



Roj: **SAP PO 2065/2017 - ECLI:ES:APPO:2017:2065**

Id Cendoj: **36038370012017100475**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **1**

Fecha: **16/10/2017**

Nº de Recurso: **511/2017**

Nº de Resolución: **486/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00486/2017

N10250

C/ ROSALIA DE CASTRO NUM. 5

-

Tfno.: 986805108 Fax: 986803962

PG

N.I.G. 36038 47 1 2012 0300191

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000511 /2017

Juzgado de procedencia: XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA

Procedimiento de origen: INCIDENTE CONCURSAL COMUN 0000173 /2012

Recurrente: Ana , Borja

Procurador: JOSE RAMON CURBERA FERNANDEZ, JOSE RAMON CURBERA FERNANDEZ

Abogado: ANGEL PIÑEIRO NOGUEIRA, ANGEL PIÑEIRO NOGUEIRA

Recurrido: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL LAGOA Y VERDES CONCURSALES S.L.

Procurador:

Abogado: ROBERTO LAGOA SANTODOMINGO

**LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS
MAGISTRADOS**

D.FRANCISCO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D.MANUEL ALMENAR BELENGUER

D.JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM. 486/17



En PONTEVEDRA, a dieciséis de octubre de dos mil diecisiete

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 001, de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los Autos de INCIDENTE CONCURSAL COMUN 0000173 /2012, procedentes del XDO. DO MERCANTIL N. 3 de PONTEVEDRA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000511 /2017, en los que aparece como parte APELANTE- DEMANDADO, Ana , Borja , representado por el Procurador de los tribunales, D. JOSE RAMON CURBERA FERNANDEZ, asistido por el Abogado D. ANGEL PIÑEIRO NOGUEIRA, y como parte **APELADA-DEMANDANTE** , ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE Ana , Borja (LAGOA Y VERDES CONCURSALES S.L.), representada por el Abogado D. ROBERTO LAGOA SANTODOMINGO, sobre Incidente Concursal Comun 173/12, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D.JACINTO JOSE PEREZ BENITEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado de lo Mercantil núm.3 de Pontevedra, con fecha 5.04.17, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"Que desestimo la excepciones planteadas por la demandada, y dispongo la extensión de los efectos del auto de fecha diecinueve de septiembre de dos mil doce, por el que se produce la sustitución de facultades de los concursados en el presente procedimiento en favor de la administración concursal, y se acuerda esta extensión de facultades de administración y disposición de bienes y derechos en favor de la administración concursal sobre la sociedad participada por los mismos, MIRANVEI S.L."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Introducción

1. El presente incidente concursal trae causa de la petición formulada por la administración concursal (AC, en adelante) de los concursos acumulados de dos personas físicas, en cuyos respectivos activos figuran un número relevante de participaciones sociales de la sociedad Miranvei, S.L. El concurso se encuentra en fase de liquidación.

2. La demanda incidental contenía una súplica heterogénea que, a la postre, ha condicionado la tramitación y el resultado del litigio. La literalidad del suplico de la demanda incidental era la siguiente: "*... previa declaración de que se cumplen los requisitos para la aplicación del levantamiento del velo de los concursados... respecto de la sociedad Miranvei, S.L., y se acuerde la sustitución de los derechos políticos de los socios concursados en la mercantil... y la de los administradores de la misma, por las de la administración concursal, ordenando la sustitución de sus facultades de administración y disposición de bienes y derechos de la mercantil Miranvei por los de la administración concursal, para que una vez acordado pueda ser elevado al Registro Mercantil e inscrito en el mismo, proceder así a la liquidación ordenada de la sociedad como parte del activo de los concursos del que procede*".

3. La AC comenzaba la exposición de hechos de su demanda describiendo la situación de obstaculización de su actividad por los concursados, y a las dificultades habidas para concluir la fase de liquidación por tal motivo. Sin excesivo detalle descriptivo, la demanda aludía a la existencia de un entramado empresarial, -que comprendería al menos la citada sociedad y la sociedad UME S.L.-, y en particular referencia a Miranvei S.L. se afirmaba que no había presentado cuentas, que se trataba de una sociedad puramente patrimonial cuyo activo se integraba por diversos inmuebles que constituían a su vez "*el activo más relevante de los concursados*", y que los administradores sociales eran parientes próximos (se aludía a la suegra y a un yerno, que a su vez habían sido declarados en concurso). A continuación se refería que Miranvei estaba procediendo a la liquidación de activos y que por tal motivo había obtenido ingresos; se señalaba que Miranvei era una "*pantalla jurídica*" y que, en consecuencia, la ejecución de los activos que en realidad pertenecían a los concursados exigía la intervención de ésta.

4. Con este fundamento fáctico la demanda invocaba la doctrina del levantamiento del velo y razonaba la exigencia de liquidación de los bienes de Miranvei como parte de la liquidación del concurso de las personas físicas, por existir un estado de confusión patrimonial. Se aludía a la necesidad de extender la suspensión de facultades acordada respecto de las personas físicas también a la sociedad; finalmente se invocaba el art. 40 LC y la jurisprudencia del TS que hacía aplicación del levantamiento del velo societario.



5. La representación de los concursados se opuso a la demanda esgrimiendo argumentos de forma y de fondo. Así, con carácter previo, se sostenía la falta de competencia objetiva del juez del concurso para el conocimiento de las acciones basadas en el levantamiento del velo de una persona jurídica, el defecto legal en el modo de proponer la demanda, la falta de requisitos del levantamiento del velo y se cuestionaban, sobre todo lo anterior, los hechos alegados por el AC.

6. Con carácter previo a la formalización del planteamiento jurídico, la contestación a la demanda ofrecía un particular relato de los antecedentes del concurso, solicitado el 8.5.12 por motivo del vencimiento de los avales concedidos por los concursados a la sociedad Mecanizados UME Producción, S.L., también en concurso. Se insistía en que las participaciones de Miranvei constaban debidamente reflejadas en el activo (tanto en el inventario como en el plan de liquidación) y se negaba la imputación de falseamiento u ocultación de hechos; del relato de hechos de la contestación se seguía la imputación de dilaciones indebidas en la ejecución de las tareas de liquidación por el AC, así como de diversas irregularidades durante su tramitación. Se daba cuenta también de diversos antecedentes procesales en el concurso, previos a la presentación de la actual demanda, así como de diversas resoluciones del juzgado, que conformaron un abrupto *iter* procedimental, jalonado de peticiones y declaraciones de nulidad y providencias de diversa índole (hitos relevantes de esta descripción fueron los autos de 21.9.16 y su posterior declaración de nulidad por auto de 14.2.17. Más adelante se insistirá sobre ello.

La sentencia del juez del concurso.

7. La sentencia comienza desestimando la excepción de falta de competencia, con un razonamiento que hace supuesto de la cuestión, al partir de la afirmación del hecho probado de que la sociedad Miranvei fue creada con el objeto de transferir el patrimonio inmobiliario de los concursados a la persona jurídica, por lo que se afirma, -ya al inicio de la argumentación del auto-, que resulta precisa la tutela judicial para conjurar tal efecto. De este razonamiento se sigue también por el juez la conclusión de que no resulta preciso demandar a la sociedad porque se trata de permitir la valoración de las participaciones de los concursados en el concurso.

8. A continuación el juez desestima la excepción de defecto legal en el modo de proponer la demanda, con la conclusión de que ésta es de una " *absoluta claridad* ".

9. El extenso fundamento jurídico segundo ilustra con la transcripción parcial de diversas resoluciones judiciales que teorizan sobre el levantamiento del velo societario. Seguidamente la sentencia constata que la sociedad tiene como activo inmuebles y que no ha presentado cuentas en los últimos ejercicios, " *lo que hace inviable la venta de las participaciones* "; se declara probado que los concursados adoptan decisiones en la sociedad " *de forma coordinada como verdaderos administradores, que estas decisiones denotan una confusión de patrimonios lo que está perjudicando el concurso...* " y sigue la afirmación de que resulta necesario extender los pronunciamientos del auto de apertura de la liquidación respecto de la suspensión de facultades de los concursados en Miranvei. Se sostiene finalmente que los concursados vienen adoptando una actitud de falta de colaboración, y se relatan diversas actuaciones de los concursados que justifican la conclusión de que distraen dinero en perjuicio de sus acreedores. La parte dispositiva de la sentencia es del siguiente tenor: " *... se acuerda esta extensión de facultades de administración y disposición de bienes y derechos en favor la administración concursal sobre la sociedad participada por los mismos, Miranvei, S.L.* "

El recurso de apelación formulado por la representación de los concursados.

10. El recurso reitera las excepciones procesales y los argumentos de fondo expuestos en el escrito de contestación a la demanda incidental. Tras un primer apartado en el que se hace resumen del litigio y de lo que la parte apelante considera antecedentes de la demanda incidental, el recurso reitera las excepciones de falta de competencia objetiva, de falta de legitimación pasiva, y de defecto legal en el modo de proponer la demanda.

11. A continuación se argumenta en el recurso la improcedencia de la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo en un supuesto como el que constituye el objeto del proceso, en el que se trata precisamente de alzar un supuesto velo de los socios.

Valoración de la Sala.

12. Compartimos la posición de la parte recurrida, pues concurren en el proceso óbices de diversa naturaleza que confluyen en la imposibilidad de alcanzar un pronunciamiento de fondo de parte de la jurisdicción.

13. Consideramos que, si bien el objeto del proceso no presenta dificultades de delimitación desde el punto de vista puramente fáctico, la pluralidad de fundamentos jurídicos esgrimidos y, a la postre, la propia redacción de la súplica del escrito rector de la AC, han convertido el litigio en una maraña inextricable que ha acabado confundiendo al propio juez de primera instancia, que ha concedido algo distinto a lo que solicitaba la demanda incidental.



14. Volviendo sobre la redacción literal de la súplica, el AC solicitaba en primer lugar un pronunciamiento declarativo sobre el cumplimiento de los requisitos del levantamiento del velo. Pues bien, consideramos acertada la tesis recurrente en el sentido de que dicho pronunciamiento, en sí mismo, no es competencia del juez del concurso, pues en puridad no se trata de una acción dirigida contra el patrimonio del concursado, sino de un tercero (la sociedad) que, además, no ha sido llamado al proceso, por lo que concurriría también una falta de litisconsorcio necesario. La competencia objetiva habría de ser por tanto la genérica, propia de la justicia mercantil, y no la específica del art. 8 LC .

15. En segundo lugar se ejercitaba una pretensión propiamente concursal, que fue la que literalmente parece acoger el juez de primer grado: la sustitución de los derechos políticos de los concursados en la sociedad Miranvei. Para el ejercicio de esta pretensión, no es precisa una declaración expresa de la jurisdicción, -y en este sentido bien se pudo hacer uso de la facultad de rechazar a limine la demanda ex art. 194.2 LC -, pues la apertura de la liquidación determina ex lege la suspensión de las facultades de administración y disposición del deudor, y su sustitución por el AC. Que entre estas facultades está el ejercicio de los derechos que, como socios, correspondía a los concursados en Miranvei, está fuera de duda; en todo caso, la norma del art. 48.5, -si bien expresamente prevista para el deudor persona jurídica-, autorizaría una pretensión de dicha clase, cuya articulación propia sería la de las autorizaciones del art. 188, y no el incidente concursal.

16. Pero a continuación se pedía una cosa diferente, pues la pretensión no se limitaba a lograr la suspensión de los derechos de los socios en la sociedad, sino que lo que se quería, como efecto final de los pedimentos previos, era algo más lejano: la liquidación de Miranvei y la integración del sobrante en la masa activa del concurso de los deudores socios. Sobre esta pretensión no existe pronunciamiento alguno en la sentencia recurrida.

17. El antecedente lógico de la pretensión de liquidación de Miranvei aparenta ser la tesis del levantamiento del velo societario: como Miranvei es un artificio utilizado espuriamente por los deudores para distraer bienes de la masa, resulta autorizado presumir que en Miranvei no hay más que un uso fraudulento de la personalidad jurídica, un mecanismo para traspasar a la sociedad bienes que, en realidad, son de los socios. Independientemente de la notoria insuficiencia probatoria que encontramos en el incidente para alcanzar tal conclusión, este pretendido efecto de la disolución y liquidación de la persona jurídica tampoco autorizaría sin más que los bienes de ésta se incorporarán al concurso y, en todo caso, debería seguirse un proceso de liquidación social que no encuentra en la demanda ningún soporte ni jurídico ni fáctico. No se ha pedido tampoco la administración judicial de la sociedad, ni la atribución de esta función al AC.

18. Por estos motivos, entendemos que se está ante un caso de demanda defectuosa. Las pretensiones articuladas en la demanda no se formulan con claridad, -ni fáctica, ni jurídica-, ni con precisión, pues se desconoce, en una sucesión de peticiones sin orden ni concierto, qué es lo verdaderamente querido: si la liquidación de Miranvei, si la atribución al AC de los derechos de los socios concursados en aquella, o si la extensión a la sociedad (*rectius* , a sus administradores, que tampoco son parte en el proceso) de la suspensión de facultades decretada respecto de los concursados, que fue lo que sorprendentemente acuerda la sentencia.

19. Por tales razones, entendemos que lo procedente es el sobreseimiento del pleito, al no resultar en absoluto posible determinar en qué consisten las pretensiones del actor (art. 424 LEC). Nos parece ésta una solución más plausible que la atención a los otros óbices procesales que denuncia el demandado, -además de resultar preferente en términos de lógica procesal-, pues la estimación de la falta de competencia objetiva del juez del concurso conduciría exactamente al mismo problema en el futuro litigio que, además, se habría de tramitar ante el único juzgado mercantil existente con jurisdicción en la localidad.

20. Por último, debe salirse al paso de la solicitud de medidas cautelares inaudita contenidas en el escrito de recurso, consistentes en que se ordene a la administración concursal que no realice temporalmente ningún acto de disposición respecto de los bienes de la mercantil MIRANVEI S.L. con fundamento en el art. 727.7 LEC .

21. Tal pretensión debe rechazarse de plano. Carece la parte de legitimación para interesar una medida cautelar pues éstas, en cuanto instrumentales del proceso, se reservan al actor, -principal o reconventional-, para asegurar la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una sentencia estimatoria, tal y como dispone el art. 721 LEC .

22. Las medidas cautelares no están previstas para asegurar una resolución desestimatoria de la pretensión en manos de la parte demandada, ni para eludir el presumible efecto no suspensivo del recurso de apelación que en la ley procesal se deduce de su art. 456.3 LEC , que remite en cuanto a los efectos de la sentencia estimatoria de la demanda a las normas sobre ejecución provisional de resoluciones judiciales. Sería en este marco jurídico en el que debería, en su caso, plantear sus cuestiones la parte apelante.



23. Contaba la parte apelada con la posibilidad de interesar la suspensión de las actuaciones que puedan verse afectadas por la resolución que se recurre en apelación, pero tal actuación debe solicitarse ante el juez del concurso, y su resolución podrá ser revisada por la Audiencia Provincial (art. 197.6 LC). Pero la articulación de esta pretensión por la vía elegida carece de apoyo en Derecho.

24. De conformidad con lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , estimado el recurso, no se formula condena en costas. Procédase a la restitución del depósito constituido.

Vistos los preceptos citados y demás de necesaria y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimamos el recurso de apelación deducido por la representación procesal de Ana , Borja , y en su lugar acordamos el sobreseimiento y archivo del presente incidente, sin pronunciamiento en costas en ninguna de las instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ