



Roj: **SAP VA 792/2013 - ECLI:ES:APVA:2013:792**

Id Cendoj: **47186370032013100146**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valladolid**

Sección: **3**

Fecha: **10/06/2013**

Nº de Recurso: **333/2012**

Nº de Resolución: **160/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANGEL MUÑIZ DELGADO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 3

VALLADOLID

SENTENCIA: 00160/2013

AUDIENCIA PROVINCIAL DE VALLADOLID.

SECCION TERCERA.

ROLLO N1 333/12

SENTENCIA nº 160

Ilmo. Sr. Presidente:

D. JOSE JAIME SANZ CID

Ilmos. Sres. Magistrados:

D. MIGUEL ANGEL SENDINO ARENAS

D. ANGEL MUÑIZ DELGADO

En Valladolid, a diez de junio de dos mil trece.

VISTO en grado de apelación ante esta Sección 003, de la Audiencia Provincial de VALLADOLID, los Autos de PZ.INC.CONC. OPOSICION **CALIFICACION** (171) 0000206/2009, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N.1 de VALLADOLID, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 0000333 /2012, en los que aparece como parte apelante, GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCION Y SUPERMERCADOS S.A., y MINISTERIO FISCAL, representado por el Procurador de los tribunales, Sra. LAURA SANCHEZ HERRERA, asistido por el Letrado D. PABLO FUENTES MORALES, y como parte apelada, Celestino , GRUPO EMPRESARIAL DE SERVICIOS CASTELLANOS SIGLO XXI, representados por el Procurador de los tribunales, Sr. CESAR ALONSO ZAMORANO, asistidos por el Letrado D. RODRIGO CANTARIN DIAZ, y ADMINISTRACION **CONCURSAL** GRUPO EMPRESARIAL DE SERVICIOS CASTELLANOS SIGLO XXI, Demetrio , que no comparecen, sobre incidente de oposición a la **calificación**, siendo el Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANGEL MUÑIZ DELGADO.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el JDO. DE LO MERCANTIL N. 1 de VALLADOLID, se dictó sentencia con fecha 2 de abril de 2012 , en el procedimiento INCIDENTE **CONCURSAL** (171) nº 8/2011 del que dimana este recurso. Se aceptan los Antecedentes de Hecho de la resolución recurrida.

SEGUNDO.- La expresada sentencia contiene en su fallo el siguiente pronunciamiento: "Que DEBO DECLARAR Y DECLARO **CULPABLE** el concurso de GRUPO EMPRESARIAL DE SERVICIOS CASTELLANOS SIGLO XXI S.L siendo afectados por la **calificación**, don Celestino y don Demetrio , sin que haya lugar a hacer pronunciamiento relativo a inhabilitación, pérdida de derechos y cobertura de déficit.



No se hace expresa imposición de costas."

Que ha sido recurrido por la parte GRUPO EL ARBOL DISTRIBUCION Y SUPERMERCADOS SA., MINISTERIO FISCAL, habiéndose alegado por la contraria.

TERCERO.- Elevadas las actuaciones a esta Audiencia Provincial para la resolución del recurso de apelación interpuesto, se formó el correspondiente Rollo de Sala, y personadas las partes en legal forma, señalándose la audiencia del día 27 de mayo de 2013, para que tuviera lugar la deliberación, votación y fallo.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de primera instancia declara **culpable** el concurso que nos ocupa y como afectados por dicha **calificación** a los dos administradores de la entidad concursada. No efectúa pronunciamiento alguno a mayores relativo a la inhabilitación, pérdida de derechos y cobertura del déficit relativo a dichos afectados, argumentando que así lo impone el principio dispositivo y de rogación de parte pues no fueron interesados por los únicos legitimados al efecto, la Administración **Concursal** y el Ministerio Fiscal, en el momento procesal oportuno, es decir en sus respectivos informe y dictamen. Añade que a estos no les es factible formular pedimentos añadidos o complementarios en tal sentido en el acto del juicio, pues ello supondría mutación inviable de sus pretensiones. Razona seguidamente que no le es factible pronunciarse al respecto de oficio, pues a ello no obligan los arts. 172.2 y 172 bis de la Ley **Concursal**. Atribuye al tercero interesado en la pieza, único que formuló pedimentos en tal sentido, no la condición de autónoma y verdadera parte sino de parte adhesiva, coadyuvante en las pretensiones de los verdaderos legitimados y a la que es factible recurrir con independencia la sentencia de **calificación**, mas sin que pueda formular pedimentos propios e independientes en relación con las consecuencias de la **calificación** del concurso como **culpable**.

Frente a dicha resolución recurre en apelación la entidad personada en calidad de parte interesada en la pieza de **calificación** interesando, al igual que ya hizo en la primera instancia, la inhabilitación de dichos administradores durante el periodo de 7 años, la pérdida de cualquier derecho que ambos ostentaren como acreedores concursales o de la masa y su condena a pagar a los acreedores concursales el importe de sus créditos que no perciban en la liquidación de la masa activa. Afirma en primer lugar que en todo caso el art. 172.2 de la LC anuda con carácter imperativo a la declaración de culpabilidad cuando menos las dos primeras de las consecuencias solicitadas, por lo que hayan sido o no oportunamente interesadas por los legitimados al efecto deben ser impuestas de oficio por el juzgador. Añade que en todo caso el juzgado ha admitido la intervención de dicha entidad recurrente en calidad de parte en dicha pieza de **calificación**, realizando las oportunas alegaciones, contestando a la oposición a la **calificación** formulada por la concursada y uno de sus administradores, proponiendo prueba, interviniendo en su práctica y formulando conclusiones y recurriendo en apelación la sentencia de **calificación** en las mismas condiciones de autonomía e igualdad que la Administración **Concursal** y el Ministerio Fiscal, por lo que va el Juzgador contra esos sus precedentes actos al limitar o desconocer luego en la sentencia su capacidad para formular pretensiones autónomas. Añade que tras la reforma operada en el art. 168 de la LC los acreedores y terceros interesados que se personen en la pieza de **calificación** no son meros intervinientes sino que gozan de la verdadera condición de parte, hallándose por tanto plenamente legitimados para formular pretensiones con plena autonomía respecto de las otras partes necesarias constituidas por la Administración **Concursal** y el Ministerio Fiscal, ello al margen de que a su entender la AC en su informe de **calificación**, ratificado posteriormente en el acto de la vista, establecía las cifras concretas de las que debían responder los afectados por la declaración de culpabilidad. A dicho recurso se ha adherido el Ministerio Fiscal, reproduciendo el argumento de que el citado art. 172 LC obliga imperativamente a realizar los pronunciamientos en cuestión, hayan sido o no rogados, al tiempo que el art. 169.2 no especifica el contenido del dictamen del Ministerio Público.

SEGUNDO.- En nuestra sentencia de 18 de febrero de 2013 decíamos al respecto de las cuestiones hoy debatidas, analizando la primitiva redacción del art. 168 de la LC, que "La acción enderezada a determinar el carácter **culpable** del concurso, así como las personas que merecen tal **calificación** o la de cómplices, entendemos corresponde únicamente al Ministerio Fiscal y a la Administración **Concursal**. La intervención de los interesados personados no puede ir más allá de las alegaciones iniciales previstas en el art. 168 LC, con la finalidad de ilustrar a la Administración **Concursal** y al Ministerio Fiscal acerca de aquello que consideren relevante, mas sin que puedan determinar los **culpables**, las causas ni las consecuencias de esta culpabilidad. Y expresamente lo recoge la exposición de motivos donde dispone que "la **calificación** como **culpable** se decidirá tras un contradictorio, en el que serán partes el Ministerio Fiscal, la administración **concursal**, el deudor y todas las personas que pudieran resultar afectadas por la **calificación**", afectación que no cabe entender se produzca respecto de los acreedores personados dado que su estatus jurídico permanece invariable y únicamente podrían indirectamente verse beneficiados de una declaración como **culpable** del concurso si



consecuencia de ello se obligase a indemnizar a los **culpables** en determinada cantidad. Estos interesados personados en la pieza de **calificación** no ejercitan por tanto pretensión alguna, pues si el Ministerio Fiscal y de la Administración **Concursal** convienen sobre el carácter fortuito del concurso ello provoca que el juez se vea obligado al archivo de la sección, independientemente de lo que hayan podido alegar estos otros interesados personados. Pero es que por otra parte el deudor y todas las personas afectadas por la **calificación** necesitan conocer ab initio los motivos por las que se informa o dictamina el concurso como **culpable**, por qué se les considera personas afectadas o cómplices, así como el alcance de su responsabilidad. En su consecuencia estos motivos y el sustrato fáctico sobre el que se apoyan deben aparecer en los escritos iniciales de solicitud de **calificación** de la administración **concursal** y del ministerio fiscal, pues de lo contrario se irrogaría indefensión a los afectados por la **calificación**. Por tanto el informe de la administración **concursal** y el dictamen del ministerio fiscal participan en tal sentido de la naturaleza de una demanda y deben reunir los elementos esenciales que a este escrito procesal le son propios, especificando con claridad el petitum y la causa petendi, la **calificación** concreta que se pide, así como el resto de pronunciamientos que se solicitan de la sentencia de **calificación**, y las razones que lo justifican. El ministerio fiscal en su dictamen puede adherirse al informe de la administración **concursal** o discrepar del mismo, oponiéndose a la **calificación** interesada, y caso de interesarse la declaración de culpabilidad, a los pronunciamientos complementarios. En la medida en que está legitimado para pedir una **calificación** concreta y el resto de los pronunciamientos sobre los que tendría que pronunciarse la sentencia de **calificación** (art. 172.2 LC), su dictamen puede estructurarse en **forma de demanda** o similar al informe de los administradores concursales. Mas en todo caso deberá contener una petición clara y precisa de los pronunciamientos que interesa se recojan por la sentencia de **calificación** y de las razones que los justifican, aunque sea por remisión a las alegaciones fácticas y jurídicas formuladas por el informe de la administración **concursal**, si es que coincide con ellas, o en último extremo por remisión a los escritos presentados por alguno de los acreedores interesados que hayan comparecido y alegado, si es que no coincide con la Administración **Concursal**."

Tras la reforma operada en el art. 168 de la LC entendemos que la legitimación para plantear pretensiones en materia de **calificación** del concurso, para la determinación de personas afectadas por la misma y por complicidad y para interesar la condena de cualquiera de los implicados entendemos continúa confiada en exclusiva por la ley a la Administración **concursal** y al Ministerio Fiscal. No se ha legitimado ni a los acreedores ni a ninguno de los otros interesados que se hubieren podido personar en la pieza la iniciativa para formular tal tipo de pretensiones. Las facultades de estos se constriñen a poner en conocimiento de dichos órganos toda la información que entiendan relevante para la **calificación** del concurso y a ofrecer la prueba que la respalde, coadyuvando con la Administración **Concursal** y el Ministerio Fiscal para que estos puedan plantear en beneficio de todo el colectivo de afectados, una vez analizada y filtrada toda la información de la que ya disponían y la que les haya sido aportada, las pretensiones concretas que entiendan más convenientes. Estas pretensiones y solo estas son las que determinan las imputaciones de las que han de defenderse el concursado y las personas por ellos identificadas como afectadas o como cómplices, quedando en dichos términos conformado el debate en la fase alegatoria de la sección de **calificación**. Restarán por tanto fuera del objeto del proceso todas las alegaciones de los interesados que no hubieran tenido reflejo en el informe de la administración **concursal** y/o en el dictamen del Ministerio Fiscal.

Dado que la nueva redacción del art. 168 LC reconoce a dichos interesados la condición de parte, esta quedará debidamente satisfecha no solo con la posibilidad inicial de formular las alegaciones antes comentadas, sino también con la de proponer las pruebas y formular alegaciones para respaldar lo pretendido por los órganos concursales, intervenir en la práctica de dichas pruebas y en su caso sustentar en apelación esas pretensiones formuladas por los órganos concursales en la primera instancia, no otras, incluso en el caso de que estos no hubieran recurrido. Con ello entendemos se satisfacen las exigencias del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de estos interesados en el seno de la **sección de calificación del concurso**, mas dentro de lo delimitado por el legislador. Estas exigencias fueron en parte analizadas en la sentencia del Tribunal Constitucional de 13 de febrero de 2012 , que anuló unas actuaciones en las que se habían cercenado esas posibilidades iniciales de intervención. De las mismas y con expresa cita de esa sentencia del Tribunal Constitucional se hace eco el Tribunal Supremo en su sentencia de 13 de Septiembre de 2012 , en el sentido de que "La condición de parte significa la posibilidad de tener intervención en el proceso desde una determinada posición, asumiendo con ello derechos, cargas y obligaciones procesales, pero las posibilidades de actuación en el seno del mismo puedan estar configuradas de determinada manera por el legislador en función de la finalidad a la que responda el cauce procesal de que se trate. Así, pese a reconocerles la condición de parte (artículo 184 de la LC), resulta manifiesto que existen en la Ley **Concursal** tanto restricciones como condicionamientos impuestos a la actuación de los acreedores e interesados legítimos en el seno del proceso **concursal**, en función de las características peculiares de éste, en favor de los órganos concursales, a los que se confieren determinadas iniciativas. Esto no es algo que se muestre sólo en la sección de **calificación**, sino que tiene además múltiples manifestaciones a lo largo del articulado de la LC; verbigracia y sin vocación de



exhaustividad: la legitimación para instar el embargo preventivo de los bienes de los administradores sociales incumbe en exclusiva a los órganos concursales - administración **concurzal**, además de la iniciativa de oficio del juez-, tal como resulta del vigente *artículo 48 ter de la LC* (tratándose, por cierto, de una medida cautelar instrumental de la sección de **calificación**); la resolución de contratos en interés del concurso sólo incumbe promoverla a la administración **concurzal** o al concursado, según el caso - *artículo 61.2 de la LC*; la legitimación para el ejercicio de acciones rescisorias incumbe con carácter principal a la administración **concurzal** (sólo de modo subsidiario podría hacerlo un acreedor en muy determinadas circunstancias- *artículo 72.1 de la LC*) y de modo exclusivo en relación con los acuerdos de refinanciación (*artículo 72.2 de la LC*, en su versión por Ley 38/2011). Es por ello que los márgenes de actuación que se confieren a los acreedores en la sección de **calificación** vienen a ser una modalidad de intervención en el proceso diferente a la configurada por la reglas generales del *artículo 13 de la LEC*, que se justifica por las peculiaridades inherentes al proceso **concurzal**, el cual se caracteriza por la afectación a una pluralidad de afectados (pues pueden llegar a ser cientos, e incluso miles, los implicados) y en el que prevalece la defensa del interés conjunto (expresado con conceptos tales como el interés del concurso, al que se alude en la exposición de motivos y en una multiplicidad de preceptos diseminados por el articulado de la Ley **Concurzal**) sobre el particular de cada interesado. Ello explica que la iniciativa para plantear pretensiones calificadorias e instar las consecuencias a ello anudadas deba someterse al criterio objetivo de la administración **concurzal** y del Ministerio Fiscal, quedando excluida la posibilidad de emprender estrategias individuales al respecto, hasta el punto de que si ambos coincidiesen en la **calificación** como fortuito del concurso el juez debería, sin más trámites, archivar las actuaciones, sin que ningún interesado tuviese la posibilidad de recurrir su resolución (*artículo 170.1 de la LC*). La reforma por Ley 38/2011 remacha este principio al restringir a la administración **concurzal**, en el nuevo *artículo 172 bis* (relativo al antiguo 172 .2.3º), la legitimación para instar la ejecución de la condena por responsabilidad **concurzal** (de manera que sólo de modo subsidiario podría instarla un acreedor). Ahora bien, una vez formalizadas las pretensiones procesales en materia de **calificación** reservadas a los órganos concursales se abre la puerta por el legislador a la posibilidad de que los interesados, que en una primera fase sólo habrían podido hacer valer su condición de parte para que ello les brindase la ocasión de asegurarse la puesta a disposición de aquéllos de toda la información que considerasen relevante para la **calificación**, puedan en adelante no sólo coadyuvar con ellos al éxito de las pretensiones planteadas, sino que incluso puedan encargarse de suplir en adelante, si llegara a producirse, su futura inactividad".

TERCERO.- Trasladando tales consideraciones al caso que nos ocupa, basta la lectura del informe de la Administración **Concurzal** para constatar que en el mismo se postula la **calificación** del concurso como **culpable**, los hechos en que basa dicha **calificación** y a quienes afecta, mas sin formular pretensión ni solicitud alguna en torno a ninguno de los pronunciamientos contemplados en los arts. 172 .2 y 172 bis.1 de la LC . No solo no formula expresamente dichas pretensiones, sino que tampoco del análisis de su contenido cabe deducirlas siquiera implícitamente, como aduce la apelante, con la imprescindible precisión para que frente a las mismas pudieran articular los afectados su defensa en las debidas condiciones. Por mas que en tal sentido quieran interpretarse los hechos relatados en dicho informe acerca del estado de la contabilidad de la concursada, de ellos no cabe deducir con la debida precisión cual es el déficit a cubrir, si se interesa que dicha cobertura sea total o parcial y en que medida para cada uno de los dos administradores afectados por la **calificación**. El dictamen del Ministerio Fiscal se limitó a calificar el concurso como **culpable**, citando la concurrencia de los supuestos de culpabilidad previstos en los arts. 164.1 en relación con el art. 165, 2 y 3 y 1642,1 de la LC , señalando como responsables a los dos mismos administradores sociales, sin añadir pretensión o pedimento alguno a mayores. En tales términos quedó por tanto delimitado el objeto del proceso por las partes legitimadas al efecto, entre las que como decimos no se encontraba la interesada hoy recurrente, sin que una vez concluida la fase alegatoria en el incidente **concurzal** que se sustanció pueda variarse dicho objeto en el acto del juicio formulando nuevas pretensiones, pues lo veda el art. 412 de la LEC . Consideramos no puede otorgarse a dichas novedosas pretensiones articuladas en el acto del juicio la naturaleza de meras peticiones complementarias o accesorias, pues versan sobre aspectos sustanciales, de contrario se formuló oposición a ello y de haberse así admitido se irrogaría indefensión a los afectados por la **calificación**, que habían articulado su defensa y prueba en torno a unas pretensiones iniciales concretas y determinadas entre las que esas no se encontraban.

Otra cosa es que el art. 172.2 de la LC anuda a la sentencia que califique el concurso como **culpable** una serie de pronunciamientos con carácter imperativo o necesario, cual se deduce de la expresión "contendrá" que utiliza al efecto. Por ello dichos pronunciamientos entendemos quedan sustraídos al principio dispositivo y de rogación de parte, debiendo acordarse de oficio por el juzgador hayan sido o no solicitados por las partes legitimadas. Entre ellos se encuentra la inhabilitación de las personas afectadas por la **calificación** para administrar los bienes ajenos y para representar a cualquier persona durante un periodo variable en función de la concurrencia de determinadas circunstancias y comprendido entre los dos y los quince años. Al no haberse formulado solicitud alguna al respecto por la Administración **Concurzal** y el Ministerio Fiscal



y dado el carácter sancionador de dicho pronunciamiento, ha de imponerse dicha preceptiva inhabilitación en la mínima extensión que la ley contempla, es decir dos años. Otro de esos pronunciamientos necesarios es la pérdida por parte de los afectados de cualquier derecho que ostentasen en calidad de acreedores concursales o de la masa, por lo que consiguientemente también ha de estimarse en este extremo el recurso e imponerse a los afectados en relación a los derechos que pudieran ostentar frente a la concursada. El resto de pronunciamientos de carácter necesario o bien se han visto satisfechos por la sentencia (caso de la determinación de las personas afectadas por la **calificación**) o bien no se ha interesado su adopción ni en la primera instancia ni en esta segunda, por lo que huelga pronunciarse al respecto en aplicación de la obligada congruencia.

En cuanto a la cobertura del déficit a cargo de todos o algunos de los administradores es pronunciamiento que se contempla en el art. 172 bis .1 LC para el caso de que la sección de **calificación** haya sido formada o reabierta como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación. Y consideramos que no se contempla con carácter necesario sino facultativo, tal y como a diferencia de los anteriores se deduce de la expresión "podrá" que contiene el precepto así como de la variabilidad de interesados e intensidad con que se prevé. Precisa por tanto de rogación por parte legitimada al efecto, no por un interesado tal y como precedentemente ha quedado expuesto, debiendo de precisarse en la pretensión que al efecto se formule cual o cuales de los administradores de la persona jurídica concursada que hubieren sido declarados afectados por la **calificación** han de verse condenados a dicha cobertura y si esta ha de ser total o parcial en relación al déficit que la concursada arroje frente a sus acreedores. Rechazamos en su consecuencia este motivo del recurso, ante la ausencia en primera instancia de pretensión al respecto por las partes legitimadas, confirmando en este extremo la sentencia apelada.

CUARTO. -Conforme a lo dispuesto en los arts. 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , no se hace expresa imposición de las costas causadas en esta alzada al estimarse en parte el recurso.

FALLAMOS

LA SALA ACUERDA: **Se estima** en parte el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la mercantil Grupo El Árbol Distribución y Supermercados S.A., y la adhesión al mismo formulada por el Ministerio Fiscal frente a la sentencia dictada el 2 de Abril de 2012 por el Juzgado de lo Mercantil de Valladolid , en la pieza de **calificación** del concurso de acreedores de la que dimana el presente Rollo de Sala, resolución que se revoca en el único sentido de condenar a Don Demetrio y a Don Celestino a la inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona durante un periodo de 2 años, así como a la pérdida por parte de ambos de cuantos derechos tuvieran como acreedores concursales o de la masa, confirmándola en cuanto al resto de sus pronunciamientos sin efectuar expresa imposición de las costas de esta alzada.

De conformidad con lo dispuesto en el apartado octavo la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial , según redacción de la Ley Orgánica 1/2009, acordamos, también, la devolución del depósito constituido al recurrente al haberse estimado el recurso.

Frente a la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional ante esta Sala en el plazo de 20 días para su conocimiento por la Sala 1ª del Tribunal Supremo.

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