



Roj: **SAP A 4992/2013 - ECLI:ES:APA:2013:4992**

Id Cendoj: **03014370082013100482**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **8**

Fecha: **05/12/2013**

Nº de Recurso: **240/2013**

Nº de Resolución: **451/2013**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **FRANCISCO JOSE SORIANO GUZMAN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE ALICANTE

SECCION OCTAVA.

TRIBUNAL DE MARCA COMUNITARIA

**ROLLO DE SALA N.º 240 (M- 68) 13.**

**PROCEDIMIENTO: concurso n.º 306 / 2011, calificación.**

**JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 1 DE ALICANTE.**

**SENTENCIA NÚM. 451/13**

Itmos.:

Presidente: Don Enrique García Chamón Cervera.

Magistrado: Don Luis Antonio Soler Pascual.

Magistrado: Don Francisco José Soriano Guzmán.

En la ciudad de Alicante, a cinco de diciembre del año dos mil trece.

La Sección Octava de la Audiencia Provincial de Alicante, integrada por los Itmos. Sres. arriba expresados, ha visto los presentes autos, dimanantes del procedimiento anteriormente indicado, seguidos en el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante; de los que conoce, en grado de apelación, en virtud del recurso interpuesto por D. Anton y D.<sup>a</sup> Rosario , apelantes por tanto en esta alzada, representados por el Procurador D. RICARDO MOLINA SÁNCHEZ-HERRUZO, con la dirección del Letrado D. LUÍS DELGADO DE MOLINA HERNÁNDEZ; siendo la parte apelada PITUSOS, JARDÍN DE INFANCIA, SL, representada por la Procuradora D.<sup>a</sup>

CARMEN LOZANO PASTOR, con la dirección del Letrado D. ANTONIO GUIU BURUNAT.

#### **I - ANTECEDENTES DE HECHO.-**

**PRIMERO.-** En los autos referidos, del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante, se dictó Sentencia, de fecha 4 de febrero del 2013 , cuyo fallo es del tenor literal siguiente: "*Que debo desestimar las pretensiones formuladas por los acreedores, Anton y Rosario , y se declara el concurso de Pitusos Jardín de Infancia S.L fortuito, absolviendo a su/s administrador/es de las pretensiones ejercitadas. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.*"

**SEGUNDO.-** Contra dicha Sentencia se preparó recurso de apelación por la parte reseñada, y tras tenerlo por preparado, presentó el escrito de interposición del recurso, del que se dio traslado a las demás partes. Seguidamente, tras emplazarlas, se elevaron los autos a este Tribunal, donde fue formado el Rollo, en el que se señaló para la deliberación, votación y fallo el día 17 / 9 / 13, en que tuvo lugar.



**TERCERO.**- En la tramitación del presente proceso, en esta alzada, se han observado las normas y formalidades legales, a excepción del plazo para dictar sentencia, debido al volumen y complejidad del asunto enjuiciado, al cúmulo de señalamientos del ponente y a permisos y licencias del mismo.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO.-

### PRIMERO. La sentencia de primera instancia, que declara fortuito el concurso.-

En la sección sexta, de **calificación**, del concurso de PITUSOS JARDÍN DE INFANCIA, SL los acreedores, D. Anton y D.ª Rosario (titulares de un crédito fijado en sentencia de fecha 10 de febrero del 2011, dictada por este Tribunal, por las graves lesiones que sufrió su bebé Cesar, cuando se encontraba en la guardería regentada por dicha sociedad) se personaron, siendo dictada la sentencia, ahora recurrida, que "*desestima las pretensiones formuladas por D. Anton y D.ª Rosario*" y lo declara fortuito, absolviendo a su administradora de las pretensiones ejercitadas, al considerar, dicho sea en síntesis:

a) Que aún cuando la administración **concurzal** y el Ministerio Fiscal coincidieran en solicitar la **calificación** del concurso como fortuito, el Juzgado (con criterio confirmado por esta Sección octava de la Audiencia Provincial) mantiene la posición de que los acreedores personados han de ser tenidos como parte (art. 168 LC), no como meros intervinientes, y, por tanto cabe que deduzcan pretensiones en sede de **calificación**, promoviendo la **calificación** del concurso como **culpable**. De ahí que, a pesar de la posición adoptada por la administración **concurzal** y el Ministerio Fiscal, el Juzgado de lo Mercantil continuara con la tramitación prevista en la LC para cuando por alguno de éstos se califica el concurso como **culpable**.

b) Que no obstante lo anterior, le está vedado al juzgador apreciar ex officio supuestos de culpabilidad no invocados o consecuencias jurídicas no pedidas.

c) Que, en el caso enjuiciado, el escrito de **calificación** de los acreedores adolecía de precisión pues no concretaba las personas afectadas, ni los cómplices ni pretensiones de condena, más allá de solicitar la declaración del concurso como **culpable** "*con los particulares del art. 172 puntos 1 a 3 de la LC*".

d) De ahí que el Juzgado solo diera traslado del escrito de **calificación** (mediante providencia de 3 de julio del 2012, que no fue impugnada) a la concursada, para que formulara oposición, y a ninguna persona más.

e) La parte actora, al comienzo del acto del juicio, aclaró que no mantenía pretensión alguna de complicidad, manteniéndolas, sin embargo, respecto de la administradora única de la sociedad. El juzgador, por "razones de economía procesal", consideró "*innecesario retrotraer las actuaciones para darle traslado formal para oposición, máxime cuando ya se adelanta, la sentencia no va a imponer condena alguna a dicha administradora societaria*". Entendió el magistrado, además, que "*de las manifestaciones de la dirección letrada se desprende que asume la defensa de su administradora -que ostenta la condición de persona afectada-...*".

f) En cualquier caso, la resolución añade que no se abordará, "*de ningún modo (...) la pretendida condena al déficit **concurzal**, pues ni siquiera se cita el precepto que la prevé \_art. 172 bis tras la Ley 38 / 2011- aplicable según la DT 10ª, ya que la sección se apertura en abril de 2012*".

g) Al analizar las distintas causas en que la parte actora ha fundado la **calificación** del concurso como **culpable**, la sentencia considera que ninguna de ella concurre en el supuesto enjuiciado y lo declara fortuito, desestimando las pretensiones de los acreedores referidos.

h) En materia de costas, resuelve que dadas "*las dudas suscitadas por la ausencia de una jurisprudencia consolidada sobre la materia, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad (art. 394 LEC)*".

### SEGUNDO. Primer motivo de recurso: nulidad de actuaciones.-

El primer motivo de recurso denuncia nulidad de actuaciones alegando, dicho sea en síntesis:

1º. Que esa parte formuló escrito de alegaciones, de conformidad con el art. 168 LC, manifestando cuanto consideraba relevante para la **calificación** del concurso como **culpable**, de conformidad con el auto de fecha 11 de abril

del 2012, que acordaba aprobar el plan de liquidación y proceder a la formación de la sección sexta, de **calificación** del concurso.

2º. Que dicha resolución no especificaba los requisitos mínimos que debían ser cumplidos en dicho trámite, razón por la que la parte simplemente cumplió lo acordado, alegando lo relevante para la **calificación** del concurso como **culpable**.



3º. Que el Juzgado admitió el escrito de personación y de alegaciones sin requerimiento alguno de subsanación..

4º. Que, sin embargo, en las providencias dictadas posteriormente por el Juzgado (en que daba traslado de dicho escrito a la administración **concurzal** y al Ministerio Fiscal), el Juzgado sí que precisaba los requisitos legales a que debía contraerse el contenido de los escritos a presentar, para el caso de que solicitaran la **calificación** del concurso como **culpable**.

5º. Que en la tramitación dada por el Juzgado a la sección sexta, dicha parte no ha tenido oportunidad procesal de cumplir con los requisitos de contenido de los escritos que se ha dado a la administración **concurzal** y al Ministerio Fiscal, pues una vez manifestada por estos dos su posición de considerar el concurso fortuito, se dio traslado del escrito presentado por dicha parte a la concursada y se citó para la vista.

6º. Que fue al comienzo de la vista cuando la parte concretó sus pretensiones de condena, precisando la solicitud formulada, la identidad de la administradora (única), la solicitud de su inhabilitación, de la pérdida de derechos, y la pretensión de condena por responsabilidad, con citas legales y jurisprudenciales.

A la vista de estos antecedentes, la recurrente alega que el juzgador bien debió de dársele traslado para que concretara "lo que (el juzgador) consideraba elementos esenciales del escrito" (de conformidad con el art. 231 LEC), bien aceptar que los términos del debate quedaran fijados en el propio acto de la vista (art. 443.4 LEC). Al no hacerlo así, se ha producido una situación de indefensión, que debe dar lugar a la nulidad de lo actuado desde la providencia de 23 de mayo del 2012.

### **TERCERO. Tramitación de la sección por el Juzgado de lo Mercantil.-**

La tramitación de la sección sexta, en lo que interesa al motivo de recurso indicado en el fundamento anterior, ha sido la siguiente:

1º. Auto de 11 de abril del 2012 que acordaba aprobar el plan de liquidación y proceder a la formación de la sección sexta, de **calificación** del concurso. Añadía: "*Dentro de los 10 días siguientes a la última publicación del presente auto, cualquier acreedor o persona con interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la **calificación** del concurso como **culpable***".

2º. Dentro del plazo concedido, los acreedores ahora recurrentes presentaron escrito de alegaciones, "*poniendo de relieve los hechos (y las consideraciones legales y jurisprudenciales) que considera relevantes para la **CALIFICACIÓN DEL CONCURSO COMO CULPABLE***". En el cuerpo de dicho escrito se alegaba que dado que ciertos hechos "*se produjeron a instancia de la Administradora (autoría) con conocimiento y aprobación de los socios de la mercantil (complicidad), interesamos se califique como **culpable** este concurso con los particulares del art. 172, puntos 1 al 3 de la LC*". El escrito contenía diversas causas de culpabilidad y concluía con un suplico en que se solicitaba se "*dicte resolución por la que califique como **culpable** el concurso voluntario (abreviado) de la mercantil PITUSOS JARDÍN DE INFANCIA, SL con los demás pronunciamientos procedentes en derecho*".

3º. Se dictó providencia de 23 de mayo del 2012, que acordaba tenerlos por personados y parte en la sección, y por hechas las manifestaciones contenidas en el escrito, en el sentido de declarar el concurso como **culpable**. Dicha providencia acordaba también: "*Dése traslado a la administración **concurzal** de citado escrito y por ello, se concede a la misma un plazo de 15 días a fin de que proceda a presentar un informe razonado y documentado (con aportación de originales o copias e indicación concreta y específica de particulares) sobre los hechos relevantes para la **calificación** del concurso, con los requisitos formales de demanda del art. 399 LEC ( artículo 169 , 171 , 172 y 194 LC ) en los que determine si propone la **calificación** como **culpable***:"

a) *Identidad de las personas a las que haya de afectar la **calificación** y las que puedan resultar cómplices.*

b) *Determinación de daños y perjuicios que, en su caso, hayan causado.*

c) *Si interesan la inhabilitación.*

d) *Si interesa la pérdida de los derechos como acreedores concursales y restitución de lo obtenido indebidamente.*

e) *Si interesa la condena a los administradores/liquidadores sociales a abonar y en qué importe, los créditos no atendidos en la liquidación de la masa activa*".

4º. La administración **concurzal** presentó informe razonado y documentado (al que acompaña, y ello llama grandemente la atención del Tribunal, un dictamen jurídico del despacho de Garrigues, firmado por dos letrados; actuación ésta de la administración **concurzal** que debería ser aclarada y depurada por el juez del concurso), que concluía con la propuesta de calificar el concurso como fortuito.



5.º Se dictó entonces providencia de 18 de junio del 2012 que acordaba tener por evacuado el trámite anterior y dar traslado de la sección al Ministerio Fiscal para que, en el plazo de diez días, procediera a "... *presentar un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la **calificación** del concurso, en los que determine, si propone la **calificación** como **culpable** ( artículos 169 , 171 y 172 LC )* :

a) *Identidad de las personas a las que haya de afectar la **calificación** y las que puedan resultar cómplices.*

b) *Determinación de daños y perjuicios que, en su caso, hayan causado.*

c) *Si interesan la inhabilitación.*

d) *Si interesa la pérdida de los derechos como acreedores concursales y restitución de lo obtenido indebidamente.*

e) *Si interesa la condena a los administradores/liquidadores sociales a abonar y en qué importe, los créditos no atendidos en la liquidación de la masa activa".*

6.º. El Ministerio Fiscal, en un escueto manuscrito de menos de cuatro líneas, manifestó que " *nada opone a la **calificación** del concurso como fortuito "* .

7.º. Se dictó providencia de 3 de julio del 2012 que acordaba dar traslado a la concursada por plazo de diez días, al amparo de los arts. 170 y 171 LC para que manifestara lo que a su derecho conviniera respecto a la **calificación** del concurso como **culpable**. Dicha providencia resaltaba expresamente que el escrito de los acreedores no identificaba persona afectada o cómplice.

8.º. La concursada evacuó el traslado conferido y presentó escrito oponiéndose a la solicitud de **calificación** del concurso como **culpable**, siendo dictada providencia de 3 de septiembre del 2012 que acordaba citar a las partes a la vista del juicio verbal.

9.º. La vista comenzó con la intervención de la parte demandada que planteó la posible indefensión que se podría producir por no haberse identificado a ningún cómplice, a lo que el abogado de la parte actora manifestó que ninguna pretensión se iba a deducir al respecto. El juzgador aclaró, entonces, que quedaba excluido del objeto del juicio cualquier pretensión respecto de posibles cómplices. Del entrecruce de alegaciones de ambos abogados, y de la intervención moderadora del magistrado, quedó claro que la vista también se dirigía contra la administradora de la sociedad, en su condición de persona afectada. Respecto de ella, el abogado de la parte actora precisó las pretensiones que deducía, entre las que se encontraba la de responsabilidad por déficit, aún cuando no se citara expresamente el art. 172 bis, pero sí referencias jurisprudenciales en que dicho precepto tenía aplicación. La parte demandada nada objetó al respecto y la posición del magistrado, que nada resolvió sobre ello, fue la de aceptar implícitamente que el objeto del pleito quedaba delimitado de conformidad con lo peticionado en dicho acto por la parte actora. En dicha vista, el letrado de la concursada nunca manifestó expresamente que asumiera la defensa de la administradora de la sociedad, como persona afectada por la **calificación**.

10.º. Como se ha indicado en el anterior fundamento de derecho, la sentencia recurrida considera que el juicio se dirigió contra la administradora de la sociedad, aún cuando reconoce que no se le dio traslado formal del escrito presentado en su día por los acreedores ahora recurrentes, entendiéndose que ello puede quedar salvado por razones de economía procesal, por desprenderse que la dirección letrada de la concursada asumía la defensa de la administradora y porque, adelantaba, la sentencia no iba a imponer condena alguna a la misma.

11.º. En el escrito de interposición del recurso de apelación, la parte apelante mantiene las pretensiones de condena respecto de la administradora de la sociedad, cuantificando incluso la condena a que debería ascender la responsabilidad por déficit.

12.º De dicho escrito de apelación no se ha dado traslado a la administradora de la sociedad, como persona afectada por la **calificación**.

#### **CUARTO. Posición del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante y de la Sección Octava de la Audiencia acerca de la intervención de los acreedores, en su condición de parte, en la sección de **calificación**.**-

El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante mantiene el criterio (ratificado por este Tribunal) de que la condición de parte de los acreedores en la sección sexta, de **calificación**, del concurso, les permite deducir pretensiones de condena, no quedando limitada su intervención a efectuar meras alegaciones sobre la **calificación** del concurso como **culpable**.

Esta posición jurisprudencial es minoritaria en la práctica de los Juzgados de lo Mercantil y Audiencias españolas.



En los casos en que algún acreedor se persona, y aún cuando la administración **concurzal** y el Ministerio Fiscal coincidan en calificar el concurso como fortuito, el Juzgado continúa la tramitación de la sección, dando audiencia a la concursada y a las personas afectadas por la **calificación**, así como a los cómplices señalados por el acreedor.

Este Tribunal tuvo ya ocasión de pronunciarse (Sentencia n.º 536 / 12, de veinte de diciembre del año dos mil doce, al conocer del recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, de fecha 26 de septiembre del 2011) sobre la cuestión relativa a la legitimación de un acreedor para deducir pretensiones en la sección de **calificación** y, caso de admitirse esa posibilidad, la resolución que debe adoptarse cuando administración **concurzal** y Ministerio Fiscal coinciden, en contra del criterio de aquél, en que el concurso se califique como fortuito. Cuando la Administración **concurzal** y el Ministerio Fiscal coinciden en calificar el concurso como fortuito, el magistrado de instancia, en lugar de proceder conforme prescribe literalmente el art. 170.1 LC (" *Si el informe de la administración **concurzal** y el dictamen que, en su caso, hubiera emitido el Ministerio Fiscal coincidieran en calificar el concurso como fortuito, el juez, sin más trámites, ordenará el archivo de las actuaciones mediante auto, contra el que no cabrá recurso alguno* "), efectúa una interpretación normativa consistente en dar al procedimiento la tramitación prevista en los arts. 170.2 y ss LC, dando audiencia a la concursada para que formule escrito de oposición, y continuándose el procedimiento por los trámites del incidente **concurzal**, con celebración de la pertinente vista y práctica de la prueba considerada pertinente. Confirmamos entonces (y ratificamos nuevamente) el criterio del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, de que el art. 170.1 LC puede ser reinterpretado a la luz del art. 168 LC (" *Personación y condición de parte* "), permitiendo que la persona personada y tenida por parte en la sección de **calificación** no se limite a alegar por escrito cuanto considere relevante para la **calificación** del concurso como **culpable**, sino que también pueda deducir pretensiones de condena en el seno de dicha sección. Con este razonamiento, el art. 170.1 LC se referiría al caso en que en la sección no hubiera acreedores personados y el Ministerio Fiscal y la administración **concurzal** coincidieran en la **calificación** del concurso como **culpable**, debiendo archivar en tal caso las actuaciones, auto contra el que no cabría recurso alguno.

#### **QUINTO. Acomodación del procedimiento al derecho a la tutela judicial efectiva y a la proscripción de la indefensión, desde la perspectiva de los acreedores personados.-**

Varias cuestiones deben ser abordadas.

a) Contenido del auto que acuerda la formación de la sección sexta.-

El auto reproduce literalmente el art. 168.1 LC : " *Dentro de los diez días siguientes a la última publicación que se hubiera dado a la resolución que acuerde la formación de la sección sexta, cualquier acreedor o persona que acredite interés legítimo podrá personarse y ser parte en la sección, alegando por escrito cuanto considere relevante para la **calificación** del concurso como **culpable*** ".

Ningún requisito adicional se exige que haya de reunir ese escrito, más allá de que contenga las alegaciones de las circunstancias relevantes para la **calificación** del concurso como **culpable**.

Llama poderosamente la atención, sin embargo, que las providencias del Juzgado que acuerdan dar traslado del escrito de los acreedores personados a la administración **concurzal** y de la sección sexta al Ministerio Fiscal sí que expresan, con todo detalle, la forma y contenido de los escritos que hayan de presentar los mismos.

Así, con relación al informe de la administración **concurzal**, el art. 169.1 LC prevé un " *informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la **calificación** del concurso, con propuesta de resolución. Si propusiera la **calificación** del concurso como **culpable**, el informe expresará la identidad de las personas a las que deba afectar la **calificación** y la de las que hayan de ser consideradas cómplices, justificando la causa, así como la determinación de los daños y perjuicios que, en su caso, se hayan causado por las personas anteriores* ". La providencia añade, yendo más allá del tenor literal del precepto, que el escrito ha de cumplir " *los requisitos formales de demanda del art. 399 LEC* ". También añade, en esa misma línea interpretativa, que, si se propone la **calificación** como **culpable**, el escrito ha de determinar (y los refiere en apartados separados) si interesa la inhabilitación, si interesa la pérdida de derechos como acreedores concursales y restitución de lo obtenido indebidamente y interesa la condena de los administradores sociales a abonar, y en qué importe, los créditos no atendidos en la liquidación de la masa activa.

En lo que atañe al dictamen del Ministerio Fiscal, el art. 169.2 LC no hace referencia alguna a su contenido, pese a lo cual, en la providencia mediante la que el Juzgado le da traslado de la sección para que presente " *un informe razonado y documentado sobre los hechos relevantes para la **calificación** del concurso* ", también acuerda que se determine, si se propone la **calificación** como **culpable**, las mismas menciones requeridas al escrito (demanda) de la administración **concurzal**.



Claro es que el detalle de las providencias tan solo responde al loable interés del magistrado de que la tramitación de la sección sexta sea la más correcta posible, de modo que las pretensiones de la administración **concursal** y del Ministerio Fiscal sean claras, precisas, concretas e identifiquen convenientemente a sus destinatarios, para facilitarles el ejercicio del derecho de defensa.

Desde esta perspectiva, es indudable que los acreedores personados, de una parte, y la administración **concursal** y Ministerio Fiscal, de otra, no se encuentran en un plano de igualdad en cuanto a la información que les es suministrada por el Juzgado, en orden a que los escritos presentados sean correctos desde el punto de vista formal y de contenido. Mientras que a los acreedores tan solo se les dice que formulen alegaciones, a la administración **concursal** se le pide que presente un escrito con **forma de demanda** y con un cierto contenido si se propone la **calificación** del concurso como **culpable** y al Ministerio Fiscal un informe (ya sin **forma de demanda**), pero con idéntico contenido para el mismo caso.

La posible indefensión en que podrían quedar los acreedores personados que cumplen escrupulosamente con lo acordado por el Juzgado (en el caso que nos ocupa, el escrito presentado en su día fue absolutamente respetuoso con el contenido del auto de 11 de abril del 2012, pues efectuó las alegaciones que éste pedía), quedaría sanada si con posterioridad, en algún trámite procesal, se les permite concretar las pretensiones que tengan a bien formular.

Consideramos que, con la finalidad de que los acreedores personados (o personas con interés legítimo) se encuentren, en su condición de parte, en igualdad de posición respecto de la ocupada por la administración **concursal** y Ministerio Fiscal (pues, a los tres, el Juzgado les permite deducir pretensiones de condena), el auto que acuerda la formación de la sección sexta debería de informar del contenido del escrito a presentar por ellos, de modo que, si a alguno interesa formular pretensiones, sepan que deben hacerlo precisamente en el escrito inicial de alegaciones.

Téngase en cuenta que la posición mantenida por el Juzgado de lo Mercantil es ciertamente minoritaria en el panorama **concursal** español y que la mera transcripción del precepto (art. 168.1) puede originar no pocas dudas en los destinatarios acerca de la corrección de la actuación procesal, y de su contenido, que se pide a los que se personen.

b) Trámites procesales posteriores al escrito de alegaciones, para la concreción de las pretensiones que la parte pretende deducir.-

En el supuesto en que la parte acreedora personada cumpla escrupulosamente con el auto, y presente escrito formulando alegaciones sobre lo que considera relevante para la **calificación** del concurso como **culpable**, la problemática se agrava cuando la administración **concursal** y el Ministerio Fiscal coinciden en solicitar que se califique como fortuito.

En tal caso, el Juzgado se ha limitado a dar traslado a la concursada para que presentara, en su caso, escrito de oposición, y, una vez presentado, ha citado a las partes a la vista.

Que el acreedor personado no haya recurrido ninguna de esas providencias no es relevante, en cuanto dichas providencias no le eran perjudiciales, ya que se limitaban a dar al procedimiento el trámite establecido. La parte personada, visto que no se le había requerido para subsanar defecto procesal alguno ( art. 231 LEC ), podía legítimamente considerar que era en el acto de la vista cuando se podrían concretar las pretensiones de condena.

c) El acto de la vista.-

El acto de la vista comenzó con la delimitación del objeto del procedimiento. La parte acreedora personada manifestó que no iba a deducir pretensión alguna de complicidad (es relevante que el abogado de la concursada nada objetó respecto de la administradora, como persona afectada por la **calificación**) y el magistrado así lo aceptó. A continuación, y sin objeción alguna del magistrado ni del abogado de la concursada, el abogado de la parte actora concretó con precisión sus pretensiones con relación a la administradora social, entre las que incluyó la responsabilidad por déficit. El acto continuó, pues, con el marco delimitado en ese mismo trámite procesal.

Sin embargo, en la sentencia, aún admitiéndose que el juicio se había dirigido contra la administradora (cuestión bastante delicada de admitir, a la vista de las circunstancias expuestas en esta resolución), limitó las pretensiones deducidas por la parte actora (eliminó, por cuestiones meramente procesales, la responsabilidad por déficit), acudiendo tanto al contenido de su escrito de alegaciones como al contenido de la vista.

Es importante señalar que, claro está, el abogado de los acreedores ninguna solicitud de nulidad pudo deducir en dicho acto, pues el magistrado nada opuso ni a que la administradora (como persona afectada) tuviera "intervención" en la vista ni a que una de las pretensiones fuera precisamente la de la condena a la cobertura



del déficit. Caso de que, planteada alguna objeción al respecto en dicho acto (bien por la concursada, que no lo hizo, bien por el magistrado, que tampoco), se hubiera resuelto excluir esa pretensión, debería de haberse articulado algún recurso, protesta o solicitud de nulidad; sin embargo, el desarrollo de la vista nada dejó entrever al respecto. Por esta razón, la petición de nulidad es respetuosa con el art. 227 LEC, siendo el recurso de apelación la primera oportunidad procesal en que la parte puede hacer valer esta petición.

#### SEXTO.-

La nulidad de actuaciones se funda, genéricamente, en el art. 225.3 y concordantes LEC.

La doctrina del Tribunal Constitucional, en materia de indefensión, se recoge, por ejemplo, en la STC 23/2003, de 10 de febrero, recuerda que « el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, que se reconoce en el art. 24.1 CE, además de incluir el derecho de acceso al proceso y a los recursos legalmente establecidos incorpora, como uno de sus contenidos esenciales, la exigencia de que en ningún caso pueda producirse indefensión, garantizando a los litigantes, en todo proceso y en todas sus instancias y recursos, un adecuado ejercicio del derecho de defensa que respete los principios de audiencia, contradicción e igualdad de armas procesales, asegurándoles la oportunidad de ser oídos y de hacer valer sus respectivos derechos e intereses legítimos ( SSTC 237/1988, de 13 de diciembre ; 6/1990, de 18 de enero ; 102/1998, de 18 de mayo ; 107/1999, de 14 de junio ; y 114/2000, de 5 de mayo ; entre otras muchas) ».

La STC 23/2003 añade que: « el derecho a la defensa con contradicción impone a los órganos judiciales el deber de excluir la indefensión, por lo que, cuando su actuación haya impedido a una parte, en el curso del proceso, el ejercicio de las facultades de alegación y, en su caso, de justificación de sus derechos e intereses legítimos, bien para la defensa de sus propias posiciones o bien para rebatir las posiciones contrarias, se vulnera el principio de contradicción y, por ende, el derecho a la tutela judicial ( STC 1/1992, de 13 de enero ), al no ser admisible un pronunciamiento de los Jueces o de los Tribunales sobre materias respecto de las que no ha existido la necesaria contradicción ( SSTC 77/1986, de 12 de junio ; 107/1999, de 14 de junio ; 114/2000, de 5 de mayo ) ». Y la STC 114/2000 puntualiza « que la regla de interdicción de la indefensión requiere del órgano jurisdiccional un indudable esfuerzo a fin de preservar los derechos de defensa de las partes, correspondiendo a los órganos judiciales procurar que en un proceso se dé la necesaria contradicción entre ellas, así como que posean idénticas posibilidades de alegar o probar y, en definitiva, de ejercer su derecho de defensa en cada una de las instancias que lo componen ( SSTC 226/1988, 28 de noviembre , 162/1993, de 18 de mayo , 110/1994, de 11 de abril , 175/1994, de 7 de junio y 102/1998, de 18 de mayo ) ».

Como señala el Auto de la Sala Primera del Tribunal Supremo de 18 de septiembre de 2.001, lo relevante es "que la parte se ve privada injustificadamente de la oportunidad de defender su respectiva posición procesal, acarreándole tal irregularidad un efectivo menoscabo de sus derechos o intereses ( STC 44/1998, de 24 de febrero, que cita las SSTC 290/1993, 185/1994, 1/1996 y 89/1997)".

Como señala la Sentencia del Tribunal Constitucional de 26 de junio de 2.000: " la indefensión padecida ha de ser material, es decir, debe tratarse de un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa y no de una mera irregularidad procesal formal, con consecuencias tan sólo potenciales o abstractas (por todas, SSTC 86/1997, FJ 1, 118/1997, FJ 2, y 26/1999, FJ 3)". En definitiva, sólo es admisible aquella indefensión que coarta, obstaculiza o hace imposible la defensa de sus derechos e intereses legítimos en el ámbito del proceso, porque como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 2.003: "la indefensión no puede equipararse a cualquier infracción o vulneración de normas procesales, que aquí, por otra parte, no se ha producido, sino solamente con aquella situación en la que el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional - sentencias del mismo Tribunal Constitucional 70/1984, de 11 de junio, 155/1988, de 22 de julio, 41/1989, de 16 de febrero, 205/1994, de 11 de julio -. La indefensión se produce cuando la vulneración de las normas procesales lleva consigo la privación del derecho a la defensa, como recogió la sentencia ya citada 155/1988".

Pues bien, entendemos que, en el caso que nos ocupa, se ha producido indefensión a la parte acreedora personada en la sección sexta de **calificación** ya que, habiendo cumplido escrupulosamente lo acordado en la resolución judicial que le permitió la personación y la formulación de alegaciones, no ha tenido oportunidad procesal para concretar las pretensiones que tenía interés en deducir, sin que el Juzgado, al advertir que ni la administración **concursal** ni el Ministerio Fiscal pretendían la **calificación culpable** del concurso, requiriera a aquella para subsanación, de entenderse, como finalmente se ha entendido en la resolución apelada, que el escrito presentado adolecía de defectos, en tanto no precisaba las pretensiones que dicha parte deducía. Con el agravante de que esa oportunidad de corrección procesal sí que se ha otorgado por el Juzgado, más allá incluso del texto de la norma, tanto a la administración **concursal** y al Ministerio Fiscal, que han tenido cabal conocimiento de los requisitos de fondo y de forma que el Juzgado requería del escrito (demanda) y del dictamen que ambos debían presentar.



Por lo dicho, se estimará el primer motivo de recurso y se accederá a la solicitud de nulidad de actuaciones a partir de la providencia de 23 de mayo del 2012 a fin de que, a la vista del escrito de alegaciones presentado de conformidad con el tenor literal del auto de 11 de abril del 2012, se otorgue un plazo a la parte para que subsane los defectos procesales que dicho escrito contiene (defectos solo perceptibles a la vista de la interpretación coincidente del Juzgado y del Tribunal sobre el alcance y naturaleza de la intervención de los acreedores personados en la sección de **calificación**), y, al igual que posteriormente se concederá a la administración **concursal** y Ministerio Fiscal, dicha parte tenga oportunidad procesal de determinar:

- a) La identidad de las personas a las que haya de afectar la **calificación** y las que puedan resultar cómplices.
- b) Los daños y perjuicios que, en su caso, hayan causado.
- c) Si interesa la inhabilitación, y su alcance.
- d) Si interesa la pérdida de los derechos como acreedores concursales y restitución de lo obtenido indebidamente.
- e) Si interesa la condena a los administradores/liquidadores sociales a abonar y en qué importe, los créditos no atendidos en la liquidación de la masa activa.

#### **SÉPTIMO.-**

La estimación del recurso conlleva la no imposición de costas a la parte recurrente. La nulidad motiva que no haya lugar a pronunciamiento alguno acerca de las costas de la primera instancia.

#### **OCTAVO.-**

De conformidad con el art. 208.4 LEC, toda resolución incluirá la mención de si es firme o cabe algún recurso contra ella, con expresión, en este caso, del recurso que proceda, del órgano ante el que deba interponerse y del plazo para recurrir.

Así, de acuerdo con lo establecido en el art. 466 y Disposición Final 16ª LEC, contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en la segunda instancia de cualquier tipo de proceso civil podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario de infracción procesal, de los que conocerá, en su caso, el Tribunal Supremo, siempre que dicha sentencia sea recurrible en casación, por encontrarse en alguno de los casos previstos en el art. 477.2 LEC. Tales recursos deberán interponerse (téngase en cuenta que la modificación introducida en la LEC por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, publicada en el BOE del día 11 de octubre, suprime el trámite de preparación de todos los recursos devolutivos, que habrán, por tanto, de ser directamente interpuestos, en plazo y forma, de conformidad con la Disposición transitoria única, Procesos en trámite) ante el tribunal que haya dictado la resolución que se impugne dentro del plazo de veinte días contados desde el día siguiente a la notificación de aquélla, constituyéndose previamente depósito para recurrir por importe de 50 euros por cada recurso que se ingresará en la Cuenta de Consignaciones de esta Sección 8ª abierta en Banesto indicando en el campo "Concepto" del documento resguardo de ingreso, que es un "Recurso", sin cuya acreditación no será admitido (LO 1/2009, de 3 noviembre).

#### **NOVENO.-**

De conformidad con la Disposición Adicional décimoquinta, número 8, de la LOPJ, introducida por la LO 1/2009, de 3 de noviembre, en caso de estimación total o parcial del recurso, procederá la devolución de la totalidad del depósito constituido por la parte para poder interponerlo.

VISTAS las disposiciones citadas y demás de general y pertinente aplicación, siendo ponente de esta Sentencia, que se dicta en nombre de SM. El Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional, el Magistrado Don Francisco José Soriano Guzmán, quien expresa el parecer de la Sala.

### **III - PARTE DISPOSITIVA**

**FALLAMOS:** Que con **estimación** del recurso de apelación interpuesto por la representación de D. Anton y D.ª Rosario contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Alicante, de fecha 4 de febrero del 2013, en los autos de **calificación concursal** n.º 306 / 11, **debemos declarar y declaramos la nulidad de actuaciones** a partir de la providencia de 23 de mayo del 2012 a fin de que, a la vista del escrito de alegaciones presentado de conformidad con el tenor literal del auto de 11 de abril del 2012, se otorgue un plazo a la parte personada a fin de que subsane los defectos procesales que dicho escrito contiene y dicha parte tenga oportunidad procesal de determinar:





- a) La identidad de las personas a las que haya de afectar la **calificación** y las que puedan resultar cómplices.
- b) Los daños y perjuicios que, en su caso, hayan causado.
- c) Si interesa la inhabilitación, y su alcance.
- d) Si interesa la pérdida de los derechos como acreedores concursales y restitución de lo obtenido indebidamente.
- e) Si interesa la condena a los administradores/liquidadores sociales a abonar y en qué importe, los créditos no atendidos en la liquidación de la masa activa.

Debiendo continuarse el procedimiento por su cauce legal.

Sin imposición de costas en ninguna de las instancias.

Procédase a la devolución de la totalidad del depósito constituido por la/s parte/s recurrente/s o impugnante/s cuyo recurso/impugnación haya sido total o parcialmente estimado.

Notifíquese esta sentencia en forma legal y, en su momento, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia, de los que se servirá acusar recibo, acompañados de certificación literal de la presente resolución a los oportunos efectos de ejecución de lo acordado, uniéndose otra al Rollo de apelación.

La presente resolución podrá ser objeto de recurso, de conformidad con lo establecido en los fundamentos de derecho de esta sentencia.

Así, por esta nuestra Sentencia, fallando en grado de apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

**PUBLICACIÓN.-** En el mismo día ha sido leída y publicada la anterior resolución por el Ilmo. Sr. Ponente que la suscribe, hallándose la Sala celebrando Audiencia Pública. Doy fe.-