



Roj: **SJM A 195/2014 - ECLI:ES:JMA:2014:195**

Id Cendoj: **03014470012014100008**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **1**

Fecha: **26/11/2014**

Nº de Recurso: **378/2014**

Nº de Resolución: **204/2014**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 1

ALICANTE

Calle Pardo Gimeno,43

TELÉFONO: 965936096

N.I.G.: 03014-66-2-2014-0000847

Procedimiento: INCIDENTE **CONCURSAL** COMUN - 000378/2014 - RAFA

Demandante: OCHANDO S.A., HERMANOS Romeo y Cesar

Procurador: DABROWSKI PERNAS, DANIEL J., MARQUEZ MUÑOZ, M. AUXILIADORA y MARQUEZ MUÑOZ, M. AUXILIADORA

Demandado: ADMINISTRACION **CONCURSAL** OCHANDO S.A.

Procurador:

SENTENCIA NUM 204/14

En Alicante, a 26 de noviembre de dos mil catorce

El Ilmo. Sr. Rafael Fuentes Devesa, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil num Uno de Alicante, ha visto los presentes autos de oposición a la conclusión del concurso voluntario de OCHANDO SA solicitada por la Admón **concurzal**, a instancia de la concursada OCHANDO SA representada por el procurador Sr. DABROWSKI PERNAS y asistida del letrado Sr. OSCAR PEÑALVER MAESTRE y de los acreedores HERMANOS Romeo y Cesar

representada por el procurador Sr. MARQUEZ MUÑOZ y asistida del letrado Sr. JOSE ANTONIO NOGUERA PUCHOL, y a la vista de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que en este Juzgado se tramita expediente de Concurso de Acreedores de OCHANDO SA con el número de registro 905/2009

SEGUNDO.- Por la admón. **Concurzal** se presentó informe interesando la conclusión del concurso por insuficiencia de **masa** activa con los que poderse satisfacer los créditos contra la **masa** pendientes, y rendición de cuentas

TERCERO.- Habiéndose puesto de manifiesto a las partes personadas por OCHANDO SA y por los acreedores HERMANOS Romeo y Cesar se formula oposición

Acumulados los autos, se convoco a las partes a vista



CUARTO.-Celebrada el día y hora la vista con el resultado que obra en el soporte audiovisual, se acordó que quedasen los autos vistos para sentencia

QUINTO.- En la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos, excepto los plazos judiciales por la acumulación de señalamientos y asuntos concursales de preferente tramitación,ascendiendo a más de 800 y 200 el número de asuntos registrados y sentencias dictadas en 2014 a fecha de la presente resolución

FUNDAMENTOS JURIDICOS

PRIMERO.-Planteamiento

Prevé el artículo 176.1.3º LC tras la Ley 22/2003 que procederá la conclusión del concurso en cualquier estado del procedimiento, cuando se compruebe la insuficiencia de la **masa** activa para satisfacer los créditos contra la **masa**, de aplicación a los concursos en tramitación a la fecha de entrada en vigor

La administración **concursal** ha comunicado la insuficiencia de la **masa** activa y ha emitido el informe de conclusión prevenido en el art 176 bis (aunque por error indique que es por conclusión de liquidación) , relativo a que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la **masa** activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas, indicando que quedan pendientes solo hacer efectivas unas devoluciones de IVA y veinte inmuebles, pero que lo que se pudiera obtener de las primeras no sería suficiente para el pago de los créditos contra la **masa**, y que el valor de los segundos es muy inferior a la carga hipotecaria en garantía de un crédito de los hermanos Romeo frente a TORREVISA , por lo que su realización es inviable en el seno del concurso

Frente a la solicitud de conclusión se oponen la concursada y los acreedores Sres Romeo

En extracto, la primera mantiene que si bien la responsabilidad hipotecaria de los inmuebles asciende a 108 millones de euros, en realidad se adeudan solo 24 millones por TORREVISA SA , en cifras redondas, por aplicación de quita del 50% en su convenio, y que su valor en venta - sobre 25 millones - se aproxima al mismo, por lo que procede es continuar el proceso para su venta en pública subasta o venta directa, o alzamiento de garantía hipotecaria si el beneficiario de dicha garantía no pujase , para su realización libres de cargas.

Los segundos, se oponen, en esencia, por considerar que las veinte fincas deben serles adjudicadas como titulares de un crédito hipotecario en determinadas condiciones, tras hacer un extenso resumen de antecedentes de este concurso y del de TORREVISA, tramitada en su día conjuntamente al ser sociedad dominante de OCHANDO, y que concluyó con sentencia aprobatoria de convenio

Segundo. Delimitación del objeto del procedimiento

Para comprender la controversia suscitada son datos fácticos no controvertidos los siguientes

OCHANDO es titular de 20 fincas gravadas con hipoteca para responder de una deuda de TORREVISA SA frente a Don Romeo

la responsabilidad hipotecaria de las fincas asciende a 108 millones , en redondeo

el 19/11/2013 se señaló subasta de las fincas indicándose que su venta era con subsistencia de la carga hipotecaria, por imperativo del art 82.3 al no estar el crédito garantizado incluido en la **masa** pasiva

Don Romeo son acreedores ordinarios de OCHANDO

Varias precisiones conviene hacer, tal y como se suscitó en la vista, atendida la solicitud de suspensión de la oposición para celebración de subasta de los activos inmobiliarios

En primer lugar, y que fue lo que frustró esa suspensión, no es admisible la pretensión de imponer los acreedores Sres Romeo y concursada las condiciones de la subasta judicial, con un contenido de edicto y posturas condicionadas, con pronunciamientos respecto de derechos de Sres Romeo frente a terceros ajenos al concurso (Contratas Marcos SL)

En segundo lugar, no es objeto de este incidente la suerte de otro concurso, ni examinar el alcance de la sentencia de aprobación de convenio dictada en su seno, sin que, dicho sea de paso, lo determinante de una propuesta sea su "exposición de motivos " sino las quitas y esperas establecidas

En tercer lugar, tampoco es objeto del mismo resolver sobre formas de realización de inmuebles, si bien debe indicarse: (a) que no se considera posible la dación en pago a Sres Romeo propuesta, pues en este concurso son acreedores ordinarios, y esa dación - en la normativa aplicable - solo se contempla a favor de los acreedores con privilegio especial (art 155.4), y (b) la venta de los inmuebles debe realizarse con subsistencia del



gravamen hipotecario, por imperativo del art 82.3 LC , ya que la garantía hipotecaria es de deuda ajena , es decir, no incluida en la **masa** pasiva, y por ende esa garantía que subsiste lo que hace es minorar el valor del bien . Así se acordó durante el proceso de liquidación en resolución que devino firme, por lo que no se entiende que ahora se esgrima lo contrario como fundamento de la oposición

La controversia se limita, en realidad, a algo más sencillo y es verificar si la subsistencia de activos inmobiliarios de OCHADO SA con cargas hipotecarias impide la conclusión ex art 176.1.3 LC , porque dichos activos no son computables a efectos de pago de créditos contra la **masa** al no preverse la obtención de numerario alguno para su atención

Tercero. La subsistencia de activos con cargas hipotecarias

No cuestionadas las prevenciones legales del art 176.1.3 y 176bis, procede la conclusión interesada, sin que impida la declaración de insuficiencia de **masa** activa que el deudor mantenga la propiedad de los bienes antes descritos cuando no se prevé razonablemente con su venta la obtención de numerario alguno para la atención de créditos contra la **masa** pendientes de pago, que se remontan a los devengados desde noviembre 2012 por cuantía importante, y salvo el impuesto de Incremento de vade terrenos , IBI y IVTM , son los honorarios de AC

La ley prevé que no es obstáculo para la conclusión que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal

A ellos se equiparan los activos sujetos a hipoteca o gravamen real y no se prevea razonablemente la existencia de numerario una vez atendidos los acreedores privilegiados especiales, o como es el caso, deban realizarse con ese gravamen, y por ser éste elevado, su valor venal, si atendemos a esa gravamen es inexistente o ínfimo, de manera que esa venta no va a añadir nada a la **masa** activa, y por ende no se puede contar con su producto para la satisfacción de las deudas contra la **masa** pendientes, ya que no debemos olvidar que la naturaleza del concurso -como proceso universal - impide mantener el mismo como cauce de realización de activos, con los gastos que acarrea, a favor de un solo acreedor

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

En este sentido se pronuncian en la doctrina E. Beltrán y Ribelles Arellano respecto de la nueva regulación y en la práctica judicial los Autos del Juzgado Mercantil num. 1 de Alicante, de 3 de enero de 2012; de Palma de Mallorca núm. 1, de 1 de junio de 2012 y de Pontevedra núm. 2, de 19 de junio de 2012. Parecer que es el seguido por la jurisprudencia menor tanto al tratar el precedente Art 176 LC (AAP de La Coruña de 26 de marzo de 2009, AAP de Murcia de 14 de marzo de 2013 o AAP de Madrid de 23 de noviembre de 2012) o el actual art 176 bis Art , como el AAP de Alicante de 7 de junio de 2012 en el que había un inmueble, valorado en 390.762 gravado con unas hipotecas por importe pendiente de 131.330,18 y 196.000, tesis ratificada en posterior Auto de 19 de febrero de 2013 o AAP de Pontevedra de 21 de septiembre de 2012 al decir "Esta situación se produce también, como se ha indicado, cuando el único bien que reconoce el solicitando de concurso voluntario está sujeto a la garantía real de hipoteca susceptible de ejecución separada, pues el mismo servirá únicamente para satisfacer a este acreedor fuera del proceso **concursal**. Para el resto de acreedores no existe bien alguno con cuya realización pueda verse satisfecho su interés", siguiendo el parecer del previo Auto de 17 de abril de 2012

En el caso presente no se discute que (i) intentada la venta de esos activos ha sido infructuosa, sin oferta alguna; (ii) que no se explica cómo se debe reducir el valor de la responsabilidad hipotecaria a 24 millones, pues en todo caso la deuda de TORREVISIA son 48, que se verán reducidos a su mitad si se cumple el convenio, y (iii) que la única propuesta es la dación en pago - que no es posible- y que en todo caso lo que significa económicamente es que no se va a obtener ingreso alguno para la **masa** activa de OCHANDO sino, a lo sumo, cancelación de la deuda ajena



Por otra parte, la cancelación registral del deudor no se considera obstáculo para ello

En primer lugar, porque el propio legislador prevé la conclusión del concurso y cancelación registral con subsistencia de activos. Ciertamente es que la solución legal es el reconocimiento de un fracaso: el concurso no ha servido para una liquidación ordenada de todos los activos del deudor, pero es la opción legal para evitar la **sangría** de nuevos créditos contra la **masa** en tanto se mantenga abierta la fase de liquidación

En segundo lugar, no se considera que perjudique al acreedor, "toda vez que se mantiene la aptitud de la sociedad para ser titular de derechos y obligaciones, mientras no se hayan agotado todas las relaciones jurídicas pendientes de la misma (cfr. artículos 390.1, 391.2, 395.1, 398 y 399 de la Ley de Sociedades de Capital y 228 del Código de Comercio; y, por todas, la Resolución de 5 de marzo de 1996). La cancelación de los asientos registrales de una sociedad no es sino una fórmula de mecánica registral para consignar una vicisitud de la sociedad, que en el caso de la disolución, es que se considere terminada la liquidación. Por ello, no impedirá la ulterior responsabilidad de la sociedad si después de formalizarse e inscribirse la escritura pública de extinción de la sociedad aparecieren bienes sociales no tenidos en cuenta en la liquidación (cfr. artículo 398 de la Ley de Sociedades de Capital", como dice la RDGRN de 23 de mayo de 2011 asumiendo la tesis de la extinción sustantiva o material de la personalidad jurídica, ya que la Dirección General de Registros y del Notariado se inclina por admitir la posibilidad de subsistencia de la compañía aún después de operada dicha cancelación (vid. RRDGRN de 13 de mayo de 1992 y 14 de abril de 1999); doctrina que reitera la reciente Resolución de 17 de diciembre de 2012 con apoyo de la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 2011

Si bien la posterior STS de 25 de julio de 2012 se aparta de esta tesis, la ulterior STS de 20 de marzo de 2013 reitera la de 2011 y desestima la infracción de los arts. 6.1.3º y 9 de la LEC y considera que la sociedad demandada ostenta personalidad y capacidad para ser parte, a pesar de hallarse liquidada y extinguida en el Registro Mercantil antes de la presentación de la demanda, pues no implica la efectiva extinción de su personalidad jurídica, la cual no se produce hasta el agotamiento de todas las relaciones jurídicas que la sociedad entablara

Tesis que ha sido la seguida mayoritariamente en la llamada jurisprudencia menor, entre otras, en sentencias de la Audiencia Provincial de Madrid de 23 enero 2007, de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 9 de mayo de 2002, o la más reciente de la AP de Valencia de 27 de abril de 2012, con cita de la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 18 diciembre 2000, de 27 de Diciembre del 2011 o la de 22 de Diciembre del 2011

A favor de esta línea apunta el art 178.2 LC, pues si se mantiene la responsabilidad por deudas no atendidas y la posibilidad de ejecuciones contra el deudor tras el concurso será porque se le reconoce una personalidad o centro de imputación residual. Así se pronuncia la SAP de Barcelona de 9 de febrero de 2012 según la cual: "La extinción de la personalidad jurídica que dispone el Art. 178.3 LC en el supuesto de que se declare la conclusión del concurso por inexistencia de bienes, y el consiguiente cierre de la hoja registral, debe entenderse como una presunción de extinción de la sociedad a favor o en garantía de los terceros de buena fe (evitando así que la sociedad deudora e insolvente pueda seguir operando en el tráfico), pero, de un lado, resulta inoperante respecto de los acreedores subsistentes, ya que éstos, según dispone el mismo Art. 178 en su apartado 2, podrán iniciar ejecuciones singulares contra el deudor persona jurídica (pese a la declaración de extinción y a la cancelación registral), por lo que ésta ha de conservar, necesariamente, su personalidad jurídica o capacidad procesal para soportar en el lado pasivo esas reclamaciones, y de otro lado, no ha de impedir la subsistencia de su personalidad jurídica o bien de la capacidad procesal para, en el lado activo, plantear o mantener demandas judiciales en reclamación de los créditos que ostente o crea que le asistan contra otros terceros, y así poder hacer frente, precisamente, a las reclamaciones de los acreedores insatisfechos

En similar sentido ha declarado la DGRN (Resoluciones de 13 y 20 de mayo de 1992, 15 de febrero de 1999 y 14 de febrero de 2001) que incluso después de la cancelación registral persiste todavía la personalidad jurídica de la sociedad extinguida como centro residual de imputación en tanto no se agoten totalmente las relaciones jurídicas de que la sociedad es titular, doctrina que compartimos."Por ello se sentencia que "... la sociedad concursada conserva la personalidad jurídica y la capacidad procesal que tenía cuando inició el procedimiento (Art. 51 LC, y en particular su apartado 3), y no cabe duda que también el necesario interés legitimador que justifica la continuación del mismo hasta sentencia firme y su eventual ejecución"

Distinción de planos que considero totalmente acertada, y que permite conciliar el art 178.2 y 3 LC, de manera que los acreedores no solo podrán iniciar ejecuciones singulares (en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso) sino también continuarlas hasta agotar el patrimonio empresarial, sin la sumisión a la regla del dividendo, comunidad de sacrificios, o pars conditio creditorum, al declararse inservible el proceso **concurzal**, al no tener siquiera activo para soportar sus propios gastos.

Cuarto -Efectos de la conclusión



La conclusión conlleva los efectos inherentes previstos en el art 178 LC , sin perjuicio de reapertura si aparecen con posterioridad nuevos bienes o derechos del concursado en los términos del art 179, y de la facultad de los administradores concursales para, en su caso, proseguir actuaciones pendientes en defensa de intereses patrimoniales de la concursada, en aplicación de la regla de la perpetuo legitimationis (art 410 LEC) cuyo resultado positivo pueda dar lugar a su distribución entre los acreedores según el orden de pagos establecido por la LC, y del que deberá rendir cuenta inmediata la AC si no fuera procedente ni necesaria la reapertura

Quinto- Rendición de cuentas.

A la vista de la falta de oposición a la rendición de cuentas presentada en la que debe justificarse cumplidamente la utilización que se haya hecho de las facultades de administración conferidas, resultado y saldo final de las operaciones realizadas, procede conforme al art 181.3 su aprobación, que no prejuzga la procedencia o improcedencia de la acción de responsabilidad de los administradores concursales

Falta de oposición que también se puede predicar de los acreedores oponentes, pues al margen de la extrañeza que supone sus alegaciones al respecto en otrosí digo, en realidad no plantea una oposición a las rendición de cuentas de la AC sino una ausencia de previsión de un gasto a derivar por causa del cumplimiento de la sentencia de convenio de TORREVISA, que además de que no se alcanza a comprender a qué gasto se refiere, se olvida que para estar obligado por el convenio **concurzal** ajeno es preciso la firma del compromitente (art 99LC) , y OCHANDO no tiene esa condición

Sexto .- Publicidad

Por la remisión que efectúa el art. 177 al art. 23 y 24 L.C la presente resolución se notificará a las partes personadas, se publicará por medio de edicto en el Registro Publico **Concurzal** y en el tablón de anuncios de este Juzgado y se inscribirá en el Registro Mercantil en la hoja abierta a la mercantil concursada

En caso de publicarse en el Registro Público **Concurzal** por motivo de no estarlo la declaración de concurso al no estar creado en su día - el edicto en extracto se publicará en el BOE de forma gratuita por insuficiencia de bienes y derechos del concursado o de la **masa** activa

Séptimo .Costas

Las costas se imponen a las partes que formulan oposición (art 394LEC)

Visto lo expuesto,

FALLO

- 1.- Se declara concluso el concurso de acreedores de OCHANDO SA, con desestimación de la oposición formulada, con imposición de las costas a los oponentes
2. El deudor OCHANDO SA queda responsable del pago de los créditos restantes, pudiendo los acreedores iniciar ejecuciones singulares.
- 3.- Quedan sin efecto y se alzan las limitaciones de administración y disposición del deudor OCHANDO SA que vinieron en su día acordadas a salvo las que se contengan en la sentencia de calificación.
- 4.- Se acuerda la extinción de OCHANDO SA decretándose la cancelación de su hoja registral de inscripción. Para su efectividad, librese mandamiento al Sr. Registrador Mercantil de la Provincia.
5. Se aprueba la cuenta rendida por la administración **concurzal** en su informe de fecha 27 febrero 2014
6. Se acuerda el cese de los administradores concursales, a salvo la facultad para proseguir actuaciones en defensa de intereses patrimoniales de la concursada y requiérase la devolución de la credencial

Notifíquese a las partes personadas y publíquese por medio de edicto en el Registro Publico **Concurzal** y en el tablón de anuncios de este Juzgado e inscribábase en el Registro Mercantil

En caso de no publicarse en el Registro Público **Concurzal**, publíquese el edicto en extracto en el BOE de forma gratuita

Librense al efecto los correspondientes mandamientos y oficios que se entregan al Procurador del solicitante para su diligenciamiento, debiendo en el plazo de 5 días acreditar la presentación con los requisitos necesarios ante las oficinas correspondientes, bajo apercibimiento de incurrir en responsabilidad profesional en caso de demora.

Contra esta sentencia cabe recurso de apelación ante la Audiencia Provincial a interponer ante este Juzgado en el plazo de veinte días



Para la apelación será necesario previo depósito de la suma de 50 Euros que deberá ingresar en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado abierta en el Grupo Santander consignando como código 02 y como concepto "pago recurso de apelación", sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso

Así por esta sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado Juez

PUBLICACIÓN.-A la presente resolución se le ha dado la publicidad prevista por las leyes. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ