

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BARCELONA

SECCIÓN 15ª

ROLLO Nº 46/11-2ª

INCIDENTE DE IMPUGNACIÓN LISTA DE ACREEDORES Nº 805/2008

JUZGADO MERCANTIL Nº 4 DE BARCELONA

SENTENCIA Núm. 284/2011

Ilmos. Sres.

IGNACIO SANCHO GARGALLO

MARTA RALLO AYEZCUREN

LUIS GARRIDO ESPA

En la ciudad de Barcelona, a veintiocho de junio de dos mil once.

Vistos en grado de apelación, ante la Sección 15ª de esta Audiencia Provincial, los presentes autos de incidente concursal de impugnación de lista de acreedores número 805/2008 seguidos ante el Juzgado Mercantil número 4 de Barcelona, a instancia de ESTRUCTURAS VILANOVA, S.A., representada por el procurador Jordi Fontquerni Bas, y BANCO GUIPUZCOANO, S.A., representado por el procurador Francisco Javier Ranera Cahis, contra las entidades en concurso BCN COMERCIAL FERRICA, S.A., COFESA FERRICA 2003, S.L. y GTA ACEROS Y MONTAJES, S.L. y la administración concursal de estas tres entidades. Estos autos penden ante esta Sala en virtud de los recursos apelación interpuestos por ESTRUCTURAS VILANOVA, S.A. y por BANCO GUIPUZCOANO contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2009.

ANTECEDENTES DE HECHO

1. La parte dispositiva de la resolución apelada es del tenor literal siguiente: “Estimo parcialmente la demanda incidental formulado por ESTRUCTURAS VILANOVA, S.A. y, en consecuencia, acuerdo que la administración concursal proceda a rectificar la lista de los créditos contra la masa incluyendo como crédito de la actora el importe de la minuta del procurador con las correcciones mencionadas en los fundamentos de esta resolución, y desestimo íntegramente la demanda presentada por el BANCO GUIPUZCOANO, S.A., absolviendo a la administración concursal de la misma, sin hacer especial imposición de las costas”
2. Las representaciones procesales de ESTRUCTURAS VILANOVA, S.A. y de BANCO GUIPUZCOANO interpusieron sendos recursos de apelación contra la citada sentencia. Admitidos en ambos efectos, se elevaron los autos a esta Sala, previo emplazamiento de las partes, y comparecidas éstas, se siguieron los trámites legales, en el curso de los cuales se señaló para votación y fallo del recurso el día 25 de mayo de 2011.
3. Interviene como ponente el Ilmo. Sr. **Ignacio Sancho Gargallo**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. La sentencia ahora apelada resuelve dos impugnaciones de la lista de acreedores formuladas por ESTRUCTURAS VILANOVA y por BANCO GUIPUZCOANO. La primera impugnación la estima parcialmente, pues reconoce que procede incluir en la lista de créditos contra la masa los derechos del procurador de ESTRUCTURAS VILANOVA, generados por la solicitud de concurso, pero limita su cuantía. En concreto concede por la solicitud del concurso de BCN Comercial Férrica el importe de 5.102,88 euros. La sentencia desestima la segunda impugnación y argumenta sobre la procedencia, en este caso, de unificar en una sola masa pasiva a todos los acreedores y en una sola masa activa todos los bienes y derechos de contenido patrimonial, en atención a la confusión de patrimonios que existía entre las tres sociedades en concur so (BCN COMERCIAL FERRICA, COFESA FERRICA 2003 y GTA ACEROS Y MONTAJES).

En sus respectivos recursos de apelación, ambos apelantes argumentan sobre la improcedencia de consolidar una sola masa pasiva de acreedores, frente a una sola masa activa, pues no es ese el efecto legal previsto en caso de acumulación de concurso. Insisten en que con ello se están defraudando los legítimos derechos de los acreedores de cada uno de los concursos, que ven alterada su perspectiva de cobro. Además, ESTRUCTURAS VILANOVA impugna la aplicación realizada por el juez mercantil de los aranceles de procurador, ya que ha aplicado una regla indebida (art. 2 K), cuando debía haber seguido el criterio previsto en el art. 19, expresamente previsto para el cálculo de los derechos de procurador en caso de solicitud de concurso de acreedores, en aplicación del cual saldrían unos derechos de 18.223 euros.

2. Analizaremos en primer lugar el importe de los derechos del procurador instante del concurso de acreedores. El arancel de derechos de los procuradores, fue aprobado por el Real Decreto 1373/2003, de 7 de noviembre, que a su vez fue modificado por el Real Decreto 1/2006, de 13 de enero, que introdujo unas reglas especiales para el cálculo de los derechos generados con ocasión de un concurso de acreedores, en los arts. 18 y ss. En concreto, el art. 19 prevé expresamente las reglas de cálculo de los derechos generados por la presentación del concurso de acreedores, ya sea voluntario o necesario. Este precepto establece una escala de derechos en función de las posibles cuantías del pasivo de la concursada, conforme a lo previsto en el art. 18. Por lo tanto, no resulta de aplicación el invocado por el Juez Mercantil, el art. 2 k.

Si seguimos esta escala, la última cuantía prevista es 601.012,10 euros, a la que corresponden 2.115,56 euros. En lo que excede de esta cuantía del pasivo (601.012,10 euros), se prevén por cada 6.010,12 euros más, 16,52 euros de derechos para el procurador. Es por ello que, conforme a esta regla, como el pasivo total en nuestro caso es de 6.461.284 euros, al procurador le corresponderían unos derechos de 18.223 euros.

3. La segunda cuestión controvertida versa sobre los efectos de la acumulación de concursos de las entidades BCN COMERCIAL FERRICA, COFESA FERRICA 2003 y GTA ACEROS Y MONTAJES. Como muy bien argumenta el propio juez mercantil, la Ley Concursal, al permitir la declaración conjunta de varios concursos o la acumulación de los inicialmente declarados por separado, lo hace

con una perspectiva de efectos limitados y precisos: facilitar su tramitación mediante el nombramiento de administradores concursales comunes y la realización de bienes cuya titularidad sea conjunta en un régimen de comunidad que no sea por cuotas, así como también facilitar la obtención de convenios vinculados y por ello condicionados (art. 101.2 LC). En cualquier caso, la Ley no ha previsto la consolidación de masas activas y pasivas, esto es, tramitar estos concursos como si sólo fuera uno, mediante la incorporación de todos los acreedores en la misma masa pasiva y la formación de una sola masa patrimonial con los bienes y derechos de todos los deudores concursados. Ni siquiera se prevé esto en los casos de confusión de patrimonios, como pudiera ser el de los cónyuges deudores con un régimen económico matrimonial de sociedad de gananciales o equivalente. En este supuesto, tan sólo se prevé la necesidad de indicar los bienes gananciales (art. 77.2 LC) y los acreedores que tienen derecho a cobrar con cargo a los bienes gananciales (art. 86.3 LC), con vistas a la realización de las operaciones propias de la liquidación de este régimen de comunidad.

En última instancia, la no consolidación de masas activas y pasivas de los distintos deudores cuyos concursos se tramitan acumuladamente es una exigencia del respeto a la personalidad jurídica, en este caso de las sociedades afectadas. Este respeto a la personalidad jurídica, en el caso del grupo de sociedades, preserva los legítimos derechos de los socios minoritarios que no tengan intereses o vinculación con el resto de las sociedades, y sobre todo de los acreedores, porque cada uno de ellos ha contratado con una determinada sociedad y es acreedor de una o, caso de haber recabado garantías, de varias, en el marco de la confianza que le reporta el patrimonio concreto de cada uno de sus deudores, conforme al principio de responsabilidad patrimonial universal del deudor, plasmado extraconcursalmente en el art. 1911 CC y concursalmente en el art. 76 LC. Mezclar masas activas y pasivas puede perjudicar la posición de algunos acreedores, que de otro modo, por la proporción de acreedores y bienes/derechos de cada uno de sus deudores, tendrían más expectativas de cobro que al mezclarse con todos los acreedores del resto de las sociedades del grupo. Por esta razón, en principio, no procedería la consolidación realizada.

4. Ahora bien, de la misma manera que de forma excepcional, en el curso de una reclamación extraconcursal, cabe levantar el velo de una sociedad en los casos de confusión de patrimonios, para hacer responsable de las deudas de una determinada sociedad a otras del mismo grupo, no debería haber inconveniente para que, también de forma excepcional, el concurso de las sociedades de un mismo grupo que tuvieran confusión de patrimonios y que hubieran operado en el mercado como una sola empresa, no sólo se tramitaran conjuntamente sino como una sola entidad deudora, consolidando todos sus activos y pasivos.

“En ocasiones -recuerda la STS de 29 de julio de 2005 (Roj: STS 5207/2005)-, la jurisprudencia ha evitado sancionar consecuencias que, no obstante resultar inadmisibles en nuestro sistema jurídico, quedarían amparadas por una concepción hermética de la personalidad de las sociedades (normalmente, pero no únicamente, de capital), mediante la técnica de penetrar, según los descriptivos términos de la sentencia de 28 de mayo de 1984, en su *substratum* personal, con el fin de evitar que, al socaire de esa ficción o forma legal, se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude (art. 6.4 CC), con posibilidad de que los jueces puedan penetrar en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia (art. 7.2 CC) en daño ajeno o de los derechos de los demás (art. 10 CE) o contra el interés de los socios, es decir, de un mal uso de su personalidad, en un ejercicio antisocial”.

Y así, argumenta la citada STS de 29 de julio de 2005 (Roj: STS 5207/2005), “en particular, los grupos de sociedades, caracterizados por la existencia de un poder unitario de decisión sobre el conjunto de las agrupadas, ya sea por la subordinación de las demás a una de ellas (régimen jerárquico), ya por la existencia de vínculos de coordinación (régimen paritario), constituye un ámbito propicio para la aplicación de la referida técnica, precisamente en casos en que la necesidad de satisfacer el interés del conjunto se traduzca en sacrificio del de las sociedades dependientes, con daño para ellas y, por repercusión, para sus acreedores”.

5. En nuestro caso, el juez mercantil, haciéndose eco de lo manifestado por la administración concursal, justifica esta consolidación por la confusión de patrimonios de las tres sociedades y porque actuaban como si de una sola

empresa se tratara. En concreto, refiere una serie de hechos, que no han sido contradichos por las apelantes, y que a la postre son determinantes para justificar el levantamiento del velo y la consolidación de masas activas y pasivas:

- a) Las tres sociedades coinciden en socios, administradores, domicilio social y objeto social;
- b) La finalidad de mantener tres sociedades diferentes para realizar la misma actividad, según reconocieron los administradores sociales, era obtener mejor calificación de las compañías de seguro de crédito;
- c) La imagen corporativa de las tres compañías era la misma y las tres compartían teléfono, fax y dirección de correo electrónico;
- d) Las tres sociedades compartían departamento de administración, equipos informáticos y software;
- e) Los trabajadores y las máquinas realizaban servicios indistintamente para las tres;
- f) La administración concursal detectó en las cuentas bancarias de las tres entidades decenas de transferencias, que únicamente obedecían a necesidades puntuales de tesorería de cada una de ellas, pero no a operaciones contractuales reales. Llega a ser tal la confusión que, según refiere la administración concursal, resulta imposible determinar la situación real de créditos y deudas entre unas y otras compañías.

En este contexto fáctico, resulta justificado el levantamiento del velo, para adecuar el tratamiento concursal de estas tres sociedades a la realidad: si operaban frente a terceros como una sola entidad y se valían de los mismos medios humanos y materiales para desarrollar su actividad, resulta justificado consolidar en una sola masa todos sus activos y en otra sola masa todas sus deudas.

En realidad, la única pega manifestada por los apelantes es la imposibilidad de realizarlo dentro del concurso, por no ser éstos los efectos de la tramitación conjunta del concurso de varios deudores. Pero esta objeción no es suficiente para impedirlo, acudiendo, de forma excepcional, a la doctrina del levantamiento del velo.

6. Es cierto que, extraconcursalmente, cuando se solicita y se acuerda el levantamiento del velo lo es a instancia de uno de los perjudicados por la utilización abusiva de la personalidad jurídica y a través de un juicio contradictorio. En nuestro caso, en que los administradores concursales han procedido *de facto* a levantar el velo de las tres sociedades del grupo y a tramitar su concurso como si de una sociedad se tratara, podría parecer que tal decisión se habría realizado sin contar con el parecer de los afectados, que no habrían gozado de un juicio contradictorio para oponerse. Pero ello es así sólo aparentemente, pues en realidad todos los afectados han tenido conocimiento del levantamiento del velo que supone la consolidación de masas y han gozado de la posibilidad, como los ahora apelantes, de oponerse mediante la impugnación del inventario y de la lista de acreedores. De tal forma que será este trámite el adecuado para dilucidar la procedencia o improcedencia de dicha consolidación de masas.

En consecuencia, procede confirmar la resolución recurrida en este extremo y considerar adecuadamente levantado el velo de las tres sociedades en concurso, a los efectos de consolidar sus masas activas y pasivas.

7. Estimado parcialmente el recurso de apelación de ESTRUCTURAS VILANOVA, no hacemos expresa condena en costas, de conformidad con lo prescrito en el art. 398.2 LEC. Y, aunque el recurso de apelación interpuesto por BANCO GUIPUZCOANO ha resultado íntegramente desestimado, no le imponemos las costas de la apelación, en atención a las razonables dudas de derecho sobre la consolidación de masas en el caso de un concurso de varias sociedades de un mismo grupo.

FALLAMOS

DESESTIMAMOS íntegramente el recurso interpuesto por la representación de BANCO GUIPUZCOANO contra la sentencia dictada por el Juzgado Mercantil nº 4 de Barcelona, con fecha 9 de julio de 2009, cuya parte dispositiva obra transcrita en los antecedentes de la presente, y ESTIMAMOS parcialmente el recurso de apelación formulado contra la misma sentencia por la representación de ESTRUCTURAS VILANOVA, y en su consecuencia modificamos el fallo de la sentencia en el sentido de reconocer al procurador instante del concurso de acreedores un crédito contra la masa por un importe de 18.223 euros,

correspondiente a los derechos que según su arancel profesional le corresponden. Todo ello sin hacer expresa condena en costas en esta alzada.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas preparar recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los cinco días siguientes al de su notificación conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Firme que sea esta resolución, devuélvanse los autos originales al Juzgado de su procedencia, con testimonio de la misma para su cumplimiento.

Así por ésta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.