



Roj: **AAP BI 1206/2019 - ECLI: ES:APBI:2019:1206A**

Id Cendoj: **48020370042019200161**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Bilbao**

Sección: **4**

Fecha: **28/06/2019**

Nº de Recurso: **1623/2018**

Nº de Resolución: **1166/2019**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA LOURDES ARRANZ FREIJO**

Tipo de Resolución: **Auto**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE BIZKAIA - SECCIÓN CUARTA
BIZKAIKO PROBINTZIA AUZITEGIA - LAUGARREN SEKZIOA

BARROETA ALDAMAR, 10-3ªplanta - C.P./PK: 48001

TEL. : 94-4016665 **Fax/ Faxes** : 94-4016992

NIG PV / IZO EAE: 48.04.2-17/019369

NIG CGPJ / IZO BJKN :48020.47.1-2017/0019369

Recurso apelación concurso LEC 2000 / Apel.errek.konk.L2 1623/2018 - E

O.Judicial origen / *Jatorriko Epaitegia* : Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Bilbao / Bilboko 2 zk.ko Merkataritza-
arloko Epaitegia

Autos de Incidente concursal 339/2018 (e)ko autoak

Recurrente / Errekurtsogilea: CONSTRUCCIONES MOYUA S L

Procurador/a/ Prokuradorea:AMAYA LAURA MARTINEZ SANCHEZ

Abogado/a / Abokatua: NEREA ARANA SAN VICENTE

Recurrido/a / Errekurritua:

Procurador/a / Prokuradorea:

Abogado/a/ Abokatua:

A U T O N.º 1166/2019

TRIBUNAL QUE LO DICTA :

ILMA. SRA. PRESIDENTA : D.ª REYES CASTRESANA GARCÍA

MAGISTRADA : D.ª LOURDES ARRANZ FREIJO

MAGISTRADO : D. EDMUNDO RODRÍGUEZ ACHÚTEGUI **LUGAR** : BILBAO (BIZKAIA)

FECHA : veintiocho de junio de dos mil diecinueve

Vistos en grado de apelación ante la Audiencia Provincial de Bilbao, Sección Cuarta, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se detallan, los presentes autos de **INCIDENTE CONCURSAL N.º 339/18** , procedentes del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao y seguidos entre partes:

Como parte recurrente **CONSTRUCCIONES MOYUA, S.L.** , representada por la Procuradora Sra. Martínez Sánchez y dirigida por la Letrada Sra. Nerea Arana San Vicente

SE ACEPTAN y se dan por reproducidos en lo esencial, los antecedentes de hecho del Auto apelado en cuanto se relacionan con el mismo.



ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Que el Auto de instancia de fecha 6 de junio de 2018 es de tenor literal siguiente:

"PARTE DISPOSITIVA: I.- ACORDAMOS DESESTIMAR el recurso de apelación formulado por la Procuradora de los Tribunales D^a AMAYA LAURA MARTÍNEZ SÁNCHEZ, en nombre y representación de BYCAM SERVICIOS, EDIFICIOS E INFRAESTRUCTURAS, S.A. y SOCIEDAD ANÓNIMA TRABAJOS Y OBRAS, UNIÓN TEMPORAL DE EMPRESAS, frente al auto n^o 182/2018, de 6 de junio, dictado por el Juzgado de lo Mercantil n^o 2 de Bilbao , en el incidente concursal n^o 359/2018 del procedimiento de concurso abreviado n^o 569/2017.

II.- DECRETAR la pérdida para el apelante del depósito consignado para recurrir.

III.- CONDENAR al demandante al pago de las costas del recurso de apelación, para el caso de que se hayan devengado".

SEGUNDO.- Notificada dicha Resolución a las partes, por la representación de **la demandante** se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación que, admitido por el Juzgado de Instancia y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo, al que ha correspondido el **n^o 1.623/18 de Registro** y que se ha suscitado con arreglo a los trámites de los de su clase.

TERCERO.- Hecho el oportuno señalamiento quedaron las actuaciones sobre la mesa del tribunal para votación y fallo.

CUARTO.- En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha sido Ponente para este trámite la Ilma. Sra. Magistrada D^a. **LOURDES ARRANZ FREIJO**.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sostiene la recurrente que la consignación debió ser aceptada en base a lo dispuesto en los arts. 8.1 y 9 de la LC .

El objeto de recurso ya ha sido analizado en nuestro Auto de 27 de Marzo de 2019 (1624/18), en los siguientes términos:

"SEGUNDO .- De la falta de competencia objetiva

12.- En lugar de afrontar el segundo motivo del recurso, razones de coherencia procesal determinan la previa resolución del tercero. *En éste sostiene la recurrente que se infringen los arts. 8 y 9 LC , y 86 LOPJ , por no aceptar que la consignación pretendida pueda realizarse ante los Juzgados de lo Mercantil, en lugar de los de primera instancia, como sostiene el auto recurrido.*

13.- Fue el propio recurrente quien acudió al Juzgado de 1^a Instancia n^o 2 de Donostia / San Sebastián a plantear la consignación, que tal órgano jurisdiccional decidió " no declarar bien hecha ". Es sólo tras dictarse tal resolución, mediante *auto 28/2018, de 25 de enero, cuando se decide acudir al Juzgado de lo Mercantil y defender, como se hizo entonces y ahora se reitera, la competencia de éste por conocer del concurso de la subcontratista, Estructuras Zamagain, S.L.*

14.- *Los preceptos que se citan por el apelante sustentan la competencia objetiva del Juzgado que tramita el concurso en que pueda incidirse en el patrimonio del deudor concursado. Resulta indudable que el punto de conexión que las normas citadas disponen para atribuir al juez del concurso la competencia es que pueda verse afectado el patrimonio del deudor concursado, afecto al resultado del concurso, de modo que cualquier demanda contra el mismo con carácter general y sin perjuicio de las excepciones previstas legalmente, supone la competencia del Juzgado que tramita el concurso.*

15.- Sin embargo la consignación pretendida no deja de ser un sustitutivo del pago conforme a lo dispuesto en los arts. 1176 y ss del Código Civil (CCv). *Por tanto, no afecta al patrimonio del deudor, sino que eventualmente lo incrementa. La consignación no pretende que se abone cantidad o declare alguna obligación con cargo a la masa activa. Así lo expresa con claridad el auto recurrido.*

16.- El apelante cita en su apoyo la STS 322/2013, de 21 mayo, rec. 2221/2010 , que versa sobre una acción directa del art. 1597 CCv. *Tal resolución, sin embargo, no afronta la cuestión de quien sea el competente para conocer de la eventual consignación. En cambio el Tribunal Supremo, en sus ATS 30 octubre 2012, rec. 173/2012 , y 4 diciembre 2012, rec. 172/2012 , cuando resuelve el conflicto entre los Juzgados de 1^a Instancia y los de lo Mercantil que conocen del concurso para conocer de expedientes de consignación judicial, afirma inaplicable el art. 50 LC , ya que el expediente consignación no afecta al patrimonio del deudor concursado, concluyendo la competencia de los Juzgados de 1^a Instancia.*



17.- La competencia objetiva para conocer de esta clase de expedientes, por tanto, no corresponde a los Juzgados de lo Mercantil que tramitan el concurso, de manera que lo resuelto por el auto apelado debe ser mantenido, y el tercer motivo del recurso desestimado.

TERCERO .- Sobre la inadmisibilidad del incidente concursal

18.- Volviendo entonces al segundo motivo del recurso, el apelante mantiene que se vulnera el art. 194 LC que sólo permite inadmitir demanda de incidente concursal en los casos en que la cuestión planteada es impertinente o carece de entidad necesaria para tramitarla por esa vía. Considera que su pretensión de consignar no es impertinente ni carece de entidad, por lo que ad limine no debió rechazarse su admisión, como hace el auto apelado.

19.- Puesto que la norma que se cita admite, sin duda alguna, que el juzgado rechace fundadamente la pretensión que se deduce en un incidente concursal, hay que precisar que la falta de competencia objetiva es razón suficiente para verificarlo. Acudiendo a la pretensión que se deduce en la solicitud de la demanda, antes reproducida en §2, puede concluirse que se pretende declarar bien hecha una consignación para pago, de modo que resuelve correctamente el auto recurrido.

20.- Hay que añadir que aunque se presente la pretensión por el cauce del incidente concursal, en lugar del expediente de consignación cuya competencia atribuye al Juzgado de 1ª Instancia el art. 98.2 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (LJV), la inadmisión estaría justificada porque la finalidad pretendida ya se ha resuelto por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Donostia / San Sebastián.

21.- También es relevante el art. 50.3 LC, que impide una vez declarado el concurso, que se presenten demandas en ejercicio de la acción directa del art. 1597 CCv ante el Juzgado de 1ª Instancia. Por otro lado el art. 51 bis 2 dispone la suspensión de los juicios en trámite, declarado el concurso, en que se ejercite la acción del art. 1597 CCv. Por tanto si los acreedores pretenden el ejercicio de la acción directa extrajudicialmente, se toparán con tales normas y tendrán que acudir al concurso a hacer valer su derecho, sin que la reclamación extrajudicial o judicial tenga eficacia a partir de que sea declarado (AAP Álava, Secc. 1ª, 20 de septiembre de 2012, rec. 392/12, y 169/2013, de 7 noviembre, rec. 440/2013).

22.- Ya no es posible que la recurrente, dueña de la obra, consigne el importe a la vista de las reclamaciones que al tiempo puedan realizar la deudora concursada y los terceros que pretendieran hacer valer su acción directa conforme al art. 1597 CCv. No es posible, porque para cuando se ha presentado la demanda incidental, el 16 de abril de 2018, que pretende se declare bien hecha la consignación, ya se ha declarado el concurso por auto de 2 de octubre de 2017. De modo que lo que ahora pretende Ormak Construcciones, S.L., con su demanda incidental, debe ser rechazado ad limine por ser impertinente en estos momentos, una vez declarado el concurso. Tuvo su razón de ser antes, cuando acudió al Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Donostia / San Sebastián, ya que entonces el concurso no estaba declarado y no operaban las prohibiciones de los arts. 50.3 y 51 bis 2 LC, ante la eventualidad de reclamaciones múltiples. Pero ahora, declarado el concurso, no cabe ejercitar la acción pretendida, contenida en el art. 1597 CCv, de modo que el pago sólo cabe en el procedimiento concursal y a la concursada. Quienes pretendan reclamar su crédito de ésta, tendrán que hacerlo en el concurso, comunicando su crédito, que una vez clasificado por la Administración Concursal se pagará por el orden dispuesto legalmente, si la masa alcanza.

23.- Cabe concluir, por tanto, que la inadmisión de la demanda de incidente concursal tiene fundamento en el art. 194 LC, al ser impertinente la cuestión, pues no tiene competencia el juzgado del concurso, ha sido resuelta ya por el Juzgado de 1ª Instancia nº 2 de Donostia / San Sebastián, y no puede reiterarse porque la demanda incidental se formula declarado el concurso el 2 de octubre de 2017. El recurso, por ello, será desestimado."

Procede por lo expuesto, la confirmación del Auto de instancia.

SEGUNDO.- La desestimación del recurso conlleva la condena al pago de las costas de la apelación.

TERCERO.- La disposición adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), regula el depósito previo que ha de constituirse para la interposición de recursos ordinarios y extraordinarios, estableciendo en su apartado 9, aplicable a este caso, que la inadmisión del recurso y la confirmación de la resolución recurrida, determinará la pérdida del depósito.

Vistos los artículos citados y los de legal y pertinente aplicación.

PARTE DISPOSITIVA

LA SALA ACUERDA, desestimar el recurso de apelación interpuesto por CONSTRUCCIONES MOYUA, S.L., contra el auto dictado por la Ilma. Sra. Magistrada Juez del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de los de Bilbao,



en Incidente Concursal nº 339/18, de que el presente rollo dimana, confirmando íntegramente su contenido, condenando a la apelante al pago de las costas del recurso.

Transfírase el depósito por la Letrada de la Administración de Justicia del Juzgado de origen a la cuenta de depósitos de recursos inadmitidos y desestimados.

Esta resolución es firme y contra la misma no cabe recurso.

Lo acuerdan y firman Sus Señorías. Doy fe.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ