

AUTO N.º: XXXXX

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DON RAFAEL GIMENEZ RAMON

DOÑA MONSERRAT MOLINA PLA

En Valencia a treinta y uno de enero de dos mil veintidós.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado **DON/ DOÑA MONSERRAT MOLINA PLA**, el presente rollo de apelación número XXXXXX, dimanante de los autos de Incidente Concursal XXXXX, promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 2 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelantes a XXXXXXXXXX, S.A. (XXXXXXX), representados por los Procuradores de los Tribunales don/ña XXXXXX y XXXXXXXXX.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El auto apelado pronunciado por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL N.º 2 DE VALENCIA, en fecha 3 de noviembre de 2020, contiene la siguiente parte dispositiva: “*QUE DEBO ACORDAR Y ACUERDO DESESTIMAR la petición de separación de la AC realizada por la mercantil XXXXXXX, S.L., todo ello con imposición de las costas procesales a esta última conforme al fundamento de derecho noveno de esta resolución*”.

Por la mercantil XXXXXX, S.A., (en adelante, XXXXX), se solicitó el complemento del referido auto, dado que se fundamentaba exclusivamente en la falta de legitimación activa de XXXXXXXXX, sin dar respuesta a ninguno de los argumentos alegados por aquella entidad respecto de su solicitud de cese formulada por escrito de fecha 3 de julio de 2020.

El auto fue objeto de complemento, en concreto en su fundamentación jurídica

(fundamento de derecho tercero y quinto), incluyendo las alegaciones formuladas por XXXXX y fundamentando aquello que se consideró oportuno al respecto de las mismas, manteniendo la parte dispositiva de desestimación de la petición de separación del AC intacta.

El auto denegando la separación del administrador concursal fue objeto de recurso de reposición que, previa su tramitación, fue desestimado por auto de 24 de noviembre de 2020.

SEGUNDO.- Contra dicho auto se interpuso por XXXX recurso de apelación en tiempo y forma y, previa su admisión, se dio traslado a las demás partes personadas, presentando escrito de oposición al recurso D. XXXXXXXXX, como administrador concursal de la entidad XXXXXXXXX, S.L., (en adelante, AC y concursada, respectivamente), y también la propia concursada, con el contenido que es de ver en autos, si bien ambas denominan dichos escritos de “*impugnación al recurso de apelación*”.

TERCERO.- De los dos escritos de oposición (“*impugnación*”), del AC y concursada, se dio, de nuevo, traslado por sendas diligencias de ordenación de 22 de febrero de 2021, al apelante, XXXXXX, para que hiciera nuevas manifestaciones, lo que verificó mediante escrito de 11 de marzo de 2021, acordándose la remisión a este Tribunal de todas las actuaciones para su resolver mediante diligencia de ordenación de 22 de abril de 2021.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Por la representación de XXXX se formula recurso de apelación contra el auto del Juzgado de lo Mercantil n.º 2 de Valencia, por el que se desestima la solicitud de separación del administrador concursal Sr. XXXXXX.

La recurrente fundamenta su recurso de apelación, en síntesis, en los siguientes motivos:

1) Indebida y ausente valoración de la prueba del auto recurrido. Argumenta la recurrente que: (i) el juzgador no razona suficientemente los argumentos que le han llevado a la convicción de mantener al AC en su cargo, (ii) erra el juzgador respecto de la incidencia en la continuidad del concurso de las Diligencias Previas que se siguen en el Juzgado de Instrucción n.º XX de XXXXXX, pues el procedimiento penal y las medidas cautelares

adoptadas en el seno del mismo afectan exclusivamente a un bien inmueble titularidad de la concursada, pero no afecta a otros bienes titularidad de la concursada, como las participaciones sociales que tiene en la entidad XXXXXXXX, que tienen un comprador, ni sobre otros bienes de los que es titular, resultando del todo injustificada la paralización de la liquidación concursal y, en concreto, de la subasta notarial de dichas participaciones, (iii) nada se razona sobre la paralización generalizada del concurso, pues no ha habido ninguna operación de liquidación desde que se aprobó el plan de liquidación el 6 de noviembre de 2017; no ha procedido a llevar adelante la subastilla notarial de la participaciones sociales de XXXXXXXX; falta de respuesta a las providencias de 12 de diciembre de 2019, 1 de febrero de 2020 y 2 de marzo de 2020; incumplimiento de las providencias de 16 de enero de 2019 y 20 de febrero de 2020; falta de respuesta a la XXXXXXXX en su solicitud de 24 de febrero de 2020; falta de informes trimestrales, (iv) el auto recurrido no da respuesta fundada a las alegaciones de la recurrente.

2) Infracción del artículo 153 LC y 427 TRLC, que son normas de derecho imperativo y obligan a que la liquidación se lleva a cabo en el plazo de 1 año, y su incumplimiento aboca imperativamente a la separación del AC. Además del transcurso del plazo indicado, existe una desatención de sus funciones y obligaciones.

3) Infracción del artículo 80 TRLC, en relación con el artículo 424.1 TRLC, pues la falta de presentación de informes trimestrales es una causa legal de separación legal del AC.

El Sr. XXXXXXXX se opone por las razones que constan en el escrito de oposición al recurso unido al folio 85 y siguientes del expediente. También se opone al recurso XXXXXXX, S.L, mediante escrito cuyo contenido consta en el folio 98 y siguientes de las actuaciones de la pieza separada de solicitud de separación del AC.

SEGUNDO.- En primer lugar, se considera oportuno hacer referencia al traslado que se da a la recurrente de los escritos de oposición al recurso de apelación, y que dio lugar a la presentación por parte de XXXXXXXX de un nuevo escrito de alegaciones, como de réplica a las causas de oposición al recurso alegadas por el AC y la concursada. Una de las diligencias de ordenación de 22 de febrero de 2021 da traslado sobre la base del artículo 461 LEC.

Pues bien, el referido artículo respecto de la tramitación del recurso de apelación prevé “**Artículo 461. Traslado del escrito de interposición a la parte apelada. Oposición al recurso e impugnación de la sentencia.**”

1. Del escrito de interposición del recurso de apelación, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado a las demás partes, emplazándolas por diez días para que presenten, ante el Tribunal que dictó la resolución apelada, escrito de oposición al recurso o, en su caso, de impugnación de la resolución apelada en lo que le resulte desfavorable. 2. Los escritos de oposición al recurso y, en su caso, de impugnación de la sentencia por quien inicialmente no hubiere recurrido, se formularán con arreglo a lo establecido para el escrito de interposición. 3. (...) 4. De los escritos de impugnación a que se refieren los apartados 1 y 2 de este artículo, el Letrado de la Administración de Justicia dará traslado al apelante principal, para que en el plazo de diez días manifieste lo que tenga por conveniente sobre la admisibilidad de la impugnación y, en su caso, sobre los documentos aportados y pruebas propuestas por el apelado. 5. (...)”

A la vista del contenido del referido artículo, atendido el encabezamiento y suplico de los escritos presentados por la AC y la concursada, debemos concluir que no se produjo ninguna impugnación de la resolución apelada por parte de éstos, sino que lo que solicitaron en sus escritos fue la desestimación del recurso de apelación, si bien es cierto que refieren en los mismos “*Impugnación del recurso de apelación*”, en ningún momento se trata propiamente de una impugnación del auto objeto de recurso, es por ello por lo que el nuevo traslado dado a XXXXXX no tiene cabida en nuestra LEC ni se sustenta en el art. 461 LEC, por lo que no se tendrán en cuenta las manifestaciones contenidas en dicho escrito de “réplica” de fecha 11 de marzo de 2021 presentado por XXXXX.

TERCERO.- A la vista de las alegaciones efectuadas por la parte recurrente, la Sala ha procedido al examen de las concretas imputaciones efectuadas por la recurrente al administrador Sr. XXXXXX, así como a la revisión de las actuaciones efectuadas por las partes en el proceso, y a la revisión del contenido de la resolución apelada (especialmente en lo que concierne a la ausencia y cuestionada valoración de la prueba), todo ello atendida la función que nos atribuye la apelación en el artículo 456.1 de la LEC en relación con los artículos 218 y 465.5 de la LEC.

Respecto a la alegación de **indebida y ausente valoración de la prueba del auto recurrido**. Tal y como ya expusimos en la reciente sentencia dictada por esta sección 9, de la Audiencia Provincial de Valencia, n.º 1138/2021, de 13 de octubre de 2021, rollo n.º 369/2021, “...las sentencias deben ser congruentes y mostrar, siquiera de forma escueta, cuáles son las razones jurídicas de que se acojan o no las acciones ejercitadas en la demanda, para no resultar contrarias al derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 de la CE, conforme reiteradamente ha señalado nuestro Tribunal Constitucional: así es de ver en SS. 160/2009 de 29.6, 94/2007 de 7.5, 314/2005 de 12.12, subrayando que el requisito de la motivación de las resoluciones judiciales halla

su fundamento en la necesidad de conocer el proceso lógico-jurídico que conduce al fallo y de controlar la aplicación del Derecho realizada por los órganos judiciales a través de los oportunos recursos, a la vez que permite contrastar la razonabilidad de las resoluciones judiciales. Actúa, en definitiva, para permitir el más completo ejercicio del derecho de defensa por parte de los justiciables, quienes pueden conocer así los criterios jurídicos en los que se fundamenta la decisión judicial, y actúa también como elemento preventivo de la arbitrariedad en el ejercicio de la jurisdicción; pero **el deber de motivación de las resoluciones judiciales no autoriza a exigir un razonamiento exhaustivo y pormenorizado en todos los aspectos y perspectivas que las partes puedan tener en la cuestión que se decide o, lo que es lo mismo, no existe un derecho del justiciable a una determinada extensión de la motivación judicial** (SSTC. 14/91, 175/92, 105/97, 224/97), **sino que deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones judiciales que contengan, en primer lugar, los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella** (STC. 165/79 de 27.9) **y en segundo lugar, una fundamentación en Derecho** (SSTC. 147/99 de 4.8 y 173/2003 de 19.9), bien entendido que la suficiencia de la motivación no puede ser apreciada apriorísticamente con criterios generales, sino que es necesario examinar el caso concreto para ver si, a la vista de las circunstancias concurrentes, se ha cumplido o no este requisito de las resoluciones judiciales (por todas, SSTC. 2/97 de 13.1, 139/2000 de 29.5, 169/2009 de 29.6).

Del mismo modo el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho de alcanzar una respuesta razonada y fundada en Derecho dentro de un plazo prudente, el cual se satisface si la resolución contiene la fundamentación suficiente para que en ella se reconozca la aplicación razonable del Derecho a un supuesto específico, permitiendo saber cuáles son los argumentos que sirven de apoyatura a la decisión adoptada y quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad, pero no comprende el derecho a obtener una resolución favorable a sus pretensiones.

En definitiva, como precisa la **STS. 628/2010 de 1.7**, podrá considerarse que la resolución judicial vulnera el derecho constitucional a la tutela judicial efectiva cuando no sea fundada en derecho, lo cual ocurrirá en estos casos:

a) Cuando la resolución carezca absolutamente de motivación, es decir, no contenga los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión. Al respecto, debe traerse a colación la doctrina constitucional sobre el requisito de la motivación, que debe entenderse cumplido, si la sentencia permite conocer el motivo decisorio excluyente de un mero voluntarismo selectivo o de la pura arbitrariedad de la decisión adoptada (SSTC. 25/90 de 19.2, 101/92 de 25.6), con independencia de la parquedad del razonamiento empleado: una motivación escueta e incluso una fundamentación por remisión pueden ser suficientes porque "La CE. no garantiza un derecho fundamental del justiciable a una determinada extensión de

la motivación judicial", ni corresponde a este Tribunal censurar cuantitativamente la interpretación y aplicación del derecho a revisar la forma y estructura de la resolución judicial, sino sólo ""comprobar si existe fundamentación jurídica y, en su caso, si el razonamiento que contiene constituye lógica y jurídicamente suficiente motivación de la decisión adoptada" (STC. 175/92 de 2.11).

b) Cuando la motivación es solo aparente, es decir, el razonamiento que la funda es arbitrario, irrazonable e incurre en error patente. Es cierto como ha dicho el ATC. 284/2002 de 15.9 que ""en puridad lógica no es lo mismo ausencia de motivación y razonamiento que por su grado de arbitrariedad e irrazonabilidad debe tenerse por inexistente, pero también es cierto que este Tribunal incurriría en exceso de formalismo si admitiese como decisiones motivadas y razonadas aquellas que, a primera vista y sin necesidad de mayor esfuerzo intelectual y argumental, se comprueba que parten de premisas inexistente o patentemente erróneas o siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas". (STS. 770/2006 de 13.7).

El Tribunal Constitucional, SS. 165/93, 158/95, 46/96, 54/97 y 231/97 y esta Sala SS. 626/96 de 23.9, 1009/96 de 30.12, 621/97 de 5.5 y 553/2003 de 16.4, han fijado la finalidad y el alcance y límites de la motivación. La finalidad de la motivación será hacer conocer las razones que sirvieron de apoyatura a la decisión adoptada, quedando así de manifiesto que no se ha actuado con arbitrariedad. La motivación tendrá que tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, que el Juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una manera determinada.

En este sentido la STC. 256/2000 de 30.10 dice que el derecho a obtener la tutela judicial efectiva ""no incluye un pretendido derecho al acierto judicial en el selección, interpretación y aplicación de las disposiciones legales, salvo que con ellas se afecte el contenido de otros derechos fundamentales distintos al de tutela judicial efectiva (SSTC. 14/95 de 24.1, 199/96 de 4.6, 20/97 de 10.2)".

Según la STC. 82/2001 ""solo podrá considerarse que la resolución judicial impugnada vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, cuando el razonamiento que la funda incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestas y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución, de hecho, carece de toda motivación o razonamiento". "(el subrayado y negrita es propio).

En el caso de autos, del contenido del auto denegando la separación del AC junto con el contenido del auto de complemento del mismo y del auto resolviendo el recurso de reposición, no puede concluirse que la decisión del juez *a quo* carezca de toda fundamentación jurídica en relación con la petición de separación del AC, sino que, aunque

de forma escueta, da los motivos de por qué considera justificada “*la dilatación de la liquidación*”, en concreto refiere la existencia de unas diligencias previas abiertas en el Juzgado de Instrucción n.º XXXX de XXXXX respecto de las que se ha decretado el secreto sumarial (fundamento de derecho único del auto de complemento de fecha 27 de octubre de 2020), también fundamenta la falta de legitimación activa respecto de uno de los solicitantes de la separación (fundamento de derecho quinto del auto de 3 de septiembre de 2020), y contempla asimismo el régimen jurídico aplicable (fundamento de derecho cuarto del auto de 3 de septiembre de 2020). Por último, el auto resolviendo el recurso de reposición contra el auto desestimando la petición de separación, de fecha 24 de noviembre de 2020, también justifica la posibilidad de “*adopción de las cautelas de carácter patrimonial oportunas en garantías de las actuaciones, que incluye paralizar la subasta*” y hace referencia a los arts. 189.2 LC y actual 520 TRLC.

Es por todo ello por lo que, al margen de lo que le parezca a la parte recurrente, respecto de lo acertado o no, o respecto de la extensión de los motivos que han llevado al juez *a quo* a desestimar su petición, la fundamentación del auto recurrido le ha permitido conocer al recurrente y solicitante de la medida desestimada las razones por las que el juzgador ha tomado su decisión, cumpliendo así con el requisito de motivación de las resoluciones judiciales, por lo que procede la desestimación de este motivo de apelación. Tal y como ya dijimos en la sentencia de 28 de octubre de 2021, recurso 508/2021 “(...) *Terminamos citando, en refuerzo de nuestra posición, la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 29 de enero de 2021 (ECLI:ES:APMA:2021:385) por recoger la doctrina jurisprudencial y constitucional sobre la cuestión cuando dice: “...la sentencia es congruente y motivada al margen de que la parte deseara una argumentación distinta y ciertamente lo que demuestra en sus alegaciones la apelante es su mera disconformidad con la fundamentación de la Sentencia y con el resultado a que la misma ha conducido, pero ello no determina infracción procesal, cuando su fundamentación insistimos, permite conocer cuál ha sido la ratio decidendi del juzgadora, (...) el derecho a la tutela judicial efectiva no otorga un derecho a obtener una sentencia favorable [...]. ...la exigencia constitucional de motivación no impone “una respuesta pormenorizada, punto por punto, a cada una de las alegaciones de las partes, sino que la respuesta judicial esté fundada en Derecho y que se anude con los extremos sometidos por las partes a debate” [...] Debiéndose distinguir entre la falta de motivación, como infracción de una norma procesal reguladora de la sentencia que incluso tiene alcance constitucional por afectar al derecho a la tutela judicial efectiva (artículos 24 y 120 de la*

Constitución Española), y la presencia de una motivación que no convence a la parte por dar lugar a un resultado contrario a sus pretensiones o al menos no totalmente conforme con estas. La disconformidad del recurrente con la motivación de la sentencia impugnada no puede presentarse por tanto como falta de motivación de la propia sentencia [...] ni como vulneración de la lógica intrínseca que ha de tener la sentencia en sí. Lo que realmente ocurre en el supuesto que nos ocupa es que la apelante está en desacuerdo con el resultado de la valoración de la prueba y asimismo con los razonamientos y conclusiones a la que llega la juez a quo, en relación con las cuestiones controvertidas: ..."

CUARTO.- Sobre el error en la valoración de la prueba.

Tal y como ya indicamos en el Auto n.º 340/2018, dictado por esta sección 9 de la Audiencia Provincial de Valencia, de fecha 29 de mayo de 2018, (número de recurso 1849/2018), ponente Ilma. Sra. doña Purificación Martorell Zulueta, fundamento de derecho segundo *"Según resulta del Auto de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de La Rioja de 15 de noviembre de 2017 (ROJ: AAP LO 498/2017), y de conformidad con el tenor del artículo 37 de la LC, la separación del cargo de administrador concursal requiere de la concurrencia de justa causa, siendo causa de separación el incumplimiento grave de las funciones propias del cargo. En la misma línea, la Sección 8ª de la Audiencia de Alicante, en Sentencia de 3 de noviembre de 2014, había declarado que la Ley Concursal exige de los administradores el cumplimiento de sus tareas con diligencia y lealtad, y que los actos de gestión y organización del concurso en el desempeño de su actividad se realicen bajo al guía del respeto a los derechos individuales de los acreedores, del deudor y de los terceros. Precisa la Audiencia de la Rioja (con cita del Auto de la Sección 1ª de la Audiencia de Salamanca de 23 de febrero de 2017) que la exigencia de "justa causa " para la separación se refiere a la interdicción del uso y abuso de la posición predominante que el cargo de administrador concursal confiere a la persona que lo desempeña, tanto en un sentido positivo como negativo. /En un sentido positivo, porque el administrador concursal queda sometido al interés del concurso, a velar por él, y a dirigir su gestión hacia la consecución del objeto y finalidad del concurso. En un sentido negativo, porque el administrador queda obligado a abstenerse de actuar en perjuicio de los intereses del concurso, en cuya vertiente se comprenden, entre otros, la prohibición de desvío en su beneficio, de operaciones en perjuicio del concurso y, por supuesto, el deber de información de cualquier situación de conflicto de intereses, regulares o irregulares ...". .*

Los activos de la concursada susceptibles de liquidación en el momento en que se dicta la apertura de la liquidación son los siguientes: la finca registral n.º XXXXX del Registro de la Propiedad de XXXXX, ubicado en la calle XXXX n.º XX de XXXXX; participaciones en una sociedad denominada XXXXXXXX; participaciones en otra sociedad

denominada XXXXXXXX; derechos de superficie sobre las fincas registrales n.º XXXXXXXX, inscritas en el Registro de la Propiedad n.º XX de XXXX.

Es un hecho no controvertido que se acordó la apertura de la fase de liquidación por auto de fecha 23 de noviembre de 2016 y que se dictó auto de aprobación del plan de liquidación el día 6 de noviembre de 2017. Dicho auto fue recurrido en apelación por la entidad XXXXXX que se resolvió el 21 de junio de 2018, estimándose parcialmente la apelación, y en el que se acuerda que “*la transmisión de los derechos de superficie se lleve a cabo conforme al auto de 10 de julio de 2017 deberá hacerse de acuerdo con el contrato de derecho de superficie pactado entre las partes (Cláusulas Administrativas)*” (documento 3 aportado junto con el escrito de oposición a la apelación de la AC); contra dicho auto se presentó por el AC escrito solicitando tener por preparado recurso extraordinario por infracción procesal el 20 de julio de 2018, que fue inadmitido por auto de fecha 6 de noviembre de 2018; contra el referido auto se interpuso recurso de queja ante el Tribunal Supremo (docs. 4 a 6 del escrito de oposición al recurso de apelación), recurso que reconoce la propia AC que fue inadmitido adquiriendo firmeza el auto de aprobación del plan de liquidación en noviembre de 2018.

Respecto de la finca registral n.º XXXXX del Registro de la Propiedad de XXXXX, ubicada en la calle XXXXX n.º XX de XXX. Por la AC se presentó escrito de fecha 30 de noviembre de 2018 al Juzgado poniendo de manifiesto la existencia de una oferta por XXXXX euros desde el día XXXXXX por la mercantil XXXXXXXXX, S.L., y se solicitó dar traslado a las partes personadas (doc. 7 del escrito de oposición al recurso del AC). Por providencia de 13 de diciembre de 2018 se acordó el referido traslado solicitado, sin que conste ninguna alegación al respecto. En escrito de fecha 24 de febrero de 2020, la propia XXXXXX reconoce que no mostró su conformidad ni aceptó la enajenación como acreedor privilegiado, pues se trata de un bien afecto a un privilegio especial, y en ese momento insta que se proceda a la subasta sin más dilación (providencia y escrito que constan en la sección 5ª del procedimiento concursal). Por escrito de 26 de octubre de 2020 por parte del AC se aporta al juzgado testimonio del auto dictado por el Juzgado de Instrucción n.º XXX de XXXXXXXX, en el seno de las Diligencias Previas XXXXXX, de fecha 29 de marzo de 2019, en el que se acuerda la anotación preventiva de prohibición absoluta de disponer, vender, gravar, obligar o enajenar de los bienes inmuebles indicados, entre los que se encuentra el bien titularidad de la concursada. Dicho procedimiento se encontraba bajo secreto de sumario, y en el testimonio sólo consta parte de la información sobre los hechos objeto de investigación en los que se encuentra inmersa la concursada.

Lo bien cierto es que el recurso contra el auto aprobando el plan de liquidación se dicta el 21 de junio de 2018 y que el mismo adquiere firmeza en noviembre de 2018, el mismo noviembre de 2018 el AC presenta un escrito en el Juzgado poniendo en conocimiento del mismo la existencia de una oferta respecto del bien inmueble titularidad de la concursada y pidiendo que se de traslado a los efectos de que se pudiese mejorar la misma, no obstante respecto de este bien ocurren varios hechos que impiden su realización, en primer lugar, la negativa del acreedor privilegiado, la XXXXXXXX, a aceptar o consentir dicha venta (art. 155.4 de la derogada LC, en vigor en aquel momento), y en segundo lugar la existencia de un auto dictado por el Juzgado de Instrucción n.º XXX de XXXXX, en el seno de las Diligencias Previas XXXXXXXX, de fecha 29 de marzo de 2019, donde expresamente se dispone la prohibición de cualquier acto de disposición sobre el mismo.

Sobre los derechos de superficie, si bien no consta en el expediente digital, en el auto resolviendo el recurso de apelación contra el auto aprobando el plan de liquidación (doc. 3 del escrito de oposición al recurso del AC), se hace referencia a un auto de fecha 10 de julio de 2017 por el que, previa solicitud del AC, se autorizó la venta directa de estos derechos de superficie por más de XXXX millones de euros, y los términos de la venta directa fueron modificados por el auto de la Audiencia Provincial, en los que se establece que la transmisión se haga conforme al contrato de derecho de superficie pactado entre las partes (cláusulas administrativas), deduciendo de dicho auto, que en tales condiciones es necesaria la previa autorización del titular de la nuda propiedad del suelo (XXXXXX).

Al respecto, ciertamente el AC solicitó la autorización de venta en determinadas condiciones de dichos derechos titularidad de la concursada dado que obtuvo una oferta muy importante por los mismos, la operación presentada por la AC fue autorizada por el propio Juzgado el 10 de julio de 2017, una vez ya abierta la sección de liquidación y presentado el plan de liquidación, pero cuando aún no se había resuelto sobre el mismo. No obstante, los motivos por los que no se ha llevado a cabo la misma ha sido precisamente porque XXXXX siempre se mostró en contra del referido auto, utilizando todos los mecanismos legales a su alcance para evitar que se llevara a cabo la enajenación en los términos autorizados por el Juzgado, lo que finalmente consiguió a través del recurso de apelación contra el auto aprobando el plan de liquidación, por lo que es necesario el consentimiento de XXXXX para que pueda llevarse a cabo dicha adquisición, resultando evidente su oposición a la oferta presentada por el AC. En todo caso, lo que más llama la atención es que a instancia de la propia XXXXXXXX se ha procedido a la cancelación registral de los derechos de superficie, lo que se manifestó al Juzgado por escrito presentado el 11 de febrero de 2021, cancelación que

se llevó a cabo previa solicitud de XXXXX en agosto de 2018, y llevándose a cabo por el Registro de la Propiedad en septiembre de 2018, según consta de la documentación adjuntada al escrito poniendo de manifiesto estos hechos al juzgado en la sección 5ª, es decir, incluso antes de la firmeza del auto aprobando el plan de liquidación.

Respecto de las participaciones de la entidad XXXXXXX, S.L., consta un escrito del AC presentado el 16 de enero de 2019 por el que se solicita autorización para llevar a cabo subasta notarial, según las bases contenidas en el referido escrito, apartándose de las reglas aprobadas en el plan de liquidación, justificando los motivos por los que considera que esta forma de proceder es en interés del concurso, y así lo valora también el Juzgado desde el momento en que se dicta una providencia de fecha 16 de enero de 2019 autorizando a proceder al trámite de *“subastilla en notaría, conforme a las condiciones expuestas en su escrito y comunicando al Juzgado el resultado de su celebración”*. Respecto de las participaciones no se menciona ni se vuelve a conocer nada en el Juzgado hasta que el AC es requerido por providencia de 12 de diciembre de 2019 para que informe sobre el estado de las actuaciones y presente los oportunos informes trimestrales o informen de las causas que le han impedido su presentación. Tuvo que volver a ser requerido por providencia de 20 de febrero de 2020 para que informase sobre la celebración de la subasta notarial o sobre los motivos por los que no fue celebrada, y se le reiteró la obligación de presentar los informes trimestrales. El AC no presentó informe hasta el 28 de julio de 2020, en el que por primera vez consta en el procedimiento la existencia de unas Diligencias previas bajo secreto de sumario, en el que se han adoptado unas medidas cautelares por auto de 29 de marzo de 2019, en concreto se prevé una prohibición de disponer sobre bienes inmuebles titularidad de la concursada. Justifica en ese escrito que desde que toma conocimiento de la existencia de ese auto y dado el secreto de sumario se desconocía el alcance de la responsabilidad imputada a la concursada, y por un criterio de prudencia ha paralizado las operaciones de liquidación, pues considera que continuar liquidando activos de la concursada puede acarrear más perjuicios que su paralización.

Con respecto a las participaciones de Alquilomanía, nada consta al respecto de este bien, probablemente porque es cierto que nunca hubo un interés por un tercero, tal y como justificó la propia Administración Concursal.

Visto las incidencias acaecidas en el presente procedimiento, en el que el plan de liquidación prevé una fase previa de subasta notarial y transcurridos dos meses subasta judicial con sujeción al artículo 671 LEC, esta Sala ha considerado que, respecto de las participaciones en XXXXXXX ninguna actuación consta para su venta, ni tan siquiera que

se instara la subasta notarial o judicial, lo que permite deducir que ninguna oferta le constaba al AC sobre las mismas antes de la incoación del procedimiento penal; respecto de las participaciones de XXXXXXXX, aquí sí consta la existencia de dos ofertas y la solicitud por el AC y consiguiente autorización por el Juzgado, mediante providencia de 16 de enero de 2019, para su enajenación en una “*subastilla notarial*”, es cierto que, en este caso, ni se lleva a cabo dicha subasta ni se da ninguna explicación por parte del AC hasta que no es requerido por el Juzgado. Una vez requerido justifica la paralización en la existencia de unas Diligencias Previas bajo secreto de sumario seguidas en el Juzgado de Instrucción n.º XXXX de XXXXX, de la que tuvo conocimiento por una entrada y registro llevada a cabo por la UCO en el domicilio de la entidad concursada y de su administrador social al poco tiempo de autorizarse la celebración de la “*subastilla notarial*” de dichas participaciones. Esta actuación del AC, basada en la prudencia y paralizando toda operación liquidatoria, resulta del todo lógica, principalmente por el desconocimiento de los términos de la investigación, entendiéndose justificada que no se llevara a cabo la operación de venta prevista en breve.

Además, existen unas medidas cautelares adoptadas por auto de 29 de marzo de 2019 en el seno de dicho procedimiento penal, en el que se prevé una prohibición absoluta de disponer sobre bienes inmuebles titularidad de la concursada que es investigada; y manifiesta el AC que ha solicitado más información al referido Juzgado de Instrucción en relación con los otros bienes y derechos titularidad de la concursada, lo que así consta en sus escritos e informes que constan en la sección 5ª. No podemos obviar que la investigación versa sobre delitos contra la Hacienda Pública, falsedad documental, delito de cohecho, blanqueo de capitales y tráfico de influencias, todos ellos de trascendencia patrimonial.

Respecto de estas actuaciones concretas objeto de análisis, no apreciamos omisión del deber de diligencia por parte del administrador concursal de la que pueda concluirse que procede su separación del cargo. Debe tenerse en cuenta, además, que el auto aprobando el plan de liquidación fue firme en noviembre de 2018, que efectivamente se llevaron a cabo operaciones de liquidación y se intentó la enajenación de la masa activa, incluso con anterioridad a la firmeza del auto se intentó la realización de tales bienes, y que sólo escasos tres meses después de la firmeza del auto aprobando el plan se produce la incoación de unas Diligencias Previas, la entrada y registro en el domicilio social de la concursada y en el de su administrador social, y la adopción de medidas cautelares sobre el patrimonio de la concursada, si bien, el AC no tuvo conocimiento del auto de 29 de marzo de 2019 hasta pasado bastante tiempo, todo ello bajo secreto de sumario por lo que le ha resultado muy complicado la obtención de cualquier información respecto de la investigación en curso

relacionada con la entidad objeto de liquidación.

Todo ello, no nos permite concluir que las actuaciones llevadas a cabo hayan sido negligentes o descuidadas por parte del AC, sin perjuicio de que es cierto que podría haber tomado otras y que puede instar aquellas actuaciones que considere oportunas y adecuadas del juez del concurso para desbloquear la situación en la que se encuentra el procedimiento.

QUINTO.- Analizados los actos concretos relativos a los bienes y derechos concretos de la mas activa, procede ahora examinar la **falta de presentación de informes trimestrales y el retraso en la conclusión de la liquidación.**

Si bien la apertura de la fase de liquidación se acordó por auto de fecha 23 de noviembre de 2016, la aprobación del Plan de Liquidación no se verificó hasta el 6 de noviembre de 2017, y el mismo no resultó firme hasta el auto de la sección 9, de la Audiencia provincial, de fecha 21 de junio de 2018, que devino firme en noviembre de 2018, una vez se inadmitió el recurso extraordinario por infracción procesal. Tras adquirir firmeza el auto sí se llevan a cabo diferentes operaciones de liquidación, y así en diciembre de 2018 presenta escrito solicitando autorización enajenación de la finca registral XXXXX, lo que se autoriza por providencia de XXXXXX; por providencia de XXXXXX se le pide informe sobre las actuaciones llevadas a cabo respecto de la venta de las participaciones de la mercantil XXXXXXX, S.L., lo que se verificó solicitando autorización para su venta, que se otorgó por providencia de 16 de enero de 2019.

Ningún informe ni actuación consta llevada a cabo por el AC, pero tampoco consta ningún requerimiento efectuado por el Juzgado, ni de oficio ni a instancia de ninguno de los acreedores personados, hasta la providencia de fecha 12 de diciembre de 2019 en la que se le requiere para que presente los correspondientes informes trimestrales, lo que le tiene que ser reiterado por providencia de 20 de febrero de 2020. No es hasta el 28 de julio de 2020 cuando el AC presenta su primer informe trimestral, y la denuncia del incumplimiento de la obligación por se produce el 22 de junio de 2020 (escrito de alegaciones de XXXX que inicia el incidente concursal, cuyo testimonio consta en el mismo y el original en la sección 2 del concurso).

Es una obviedad que los informes trimestrales se han presentado con retraso, y aunque no hubo requerimiento judicial hasta el 12 de diciembre de 2019, ante el incumplimiento del mismo, se tuvo que reiterar por providencia de 20 de febrero de 2020, y en este caso sí se cumplimentó aunque el informe se presenta el 28 de julio de 2020. Ahora bien, tampoco puede obviarse que no se ha generado perjuicio alguno en el concurso por la falta de

presentación de los mismos, máxime cuando no se ha llevado a cabo ninguna operación liquidatoria.

Tampoco se aprecia causa de separación en el retraso de la conclusión por razón de los avatares con lo que se ha encontrado el AC a lo largo del procedimiento, determinantes de la duración de la liquidación y de, incluso, la imposibilidad de llevar a cabo actos concretos de liquidación, pues escasos 3 meses después de la firmeza del auto aprobando el plan de liquidación, en los que sí se llevaron a cabo, tal y como hemos analizado, distintas actuaciones liquidatorias por el AC, se produce la entrada y registro en el domicilio social de la concursada y su administrador social con la consiguiente incoación de una Diligencias Previas bajo secreto de sumario. Si bien es cierto que la existencia de un procedimiento penal no supone la suspensión del procedimiento concursal, no es menos cierto que un procedimiento penal en las circunstancias indicadas y en el momento en que se produce la incoación del mismo, puede provocar el retraso de las operaciones de liquidación, debemos pensar que la información facilitada y existente al respecto es muy complicada, por el secreto de sumario, cuando además se ha adoptado un auto de medidas cautelares sobre el patrimonio de la concursada, que si bien se concreta sobre bienes inmuebles, no es descabellado, ante la escasa información y el tipo de delitos imputados, tener prudencia a la hora de proceder a la liquidación de los bienes de la concursada.

Es cierto que la consecuencia del incumplimiento de la obligación de presentación de los informes trimestrales puede determinar la responsabilidad contemplada en los derogados artículos 36 y 37 de la LC, actuales 94 a 100 TRLC, pero conforme al derogado artículo 152 LC, actual 424.2 TRLC, no determina la separación automática del administrador, sino que requiere de la valoración judicial de la concreta situación y en el caso que nos ocupa es cierto que tardíamente pero se han presentado informes trimestrales, y que la presentación tardía no ha generado perjuicio ni daño a los acreedores, pues han sido circunstancias ajenas a la actuación de la AC las que han provocado la dificultad de enajenación de los bienes de la masa activa.

Y en lo que concierne al retraso en la conclusión de la fase de liquidación (antiguo artículo 153 de la LC, actual 427 TRLC) se ha de valorar, a los efectos de acordar una eventual separación, atendiendo a las circunstancias concurrentes, que se encuentra justificada la dilación en la liquidación, al menos hasta el momento de la solicitud del cese y la comunicación por parte del AC de la existencia del procedimiento penal, a partir de ese momento sí cabe adoptar determinadas decisiones e incluso instar del Juzgado la adopción de resoluciones como así parece que está ocurriendo.

Las alegaciones que se contienen en el recurso de apelación no se consideran suficientes para desvirtuar la decisión judicial ni permiten la apreciación automática de la causa de separación que se esgrime por el mero transcurso del tiempo, sino que se requiere que la prolongación sea indebida, y la Sala no tiene elementos de juicio para llegar a una conclusión distinta de la alcanzada por el juez *a quo*, al considerar justificada la dilación, una vez se analiza la situación en el momento en que se solicita la separación y se atiende al primer informe del AC donde aporta suficientes razones de peso, y justificaciones, basadas en la prudencia, para esperar para continuar con las operaciones liquidatorias.

Además, no hemos apreciado, según lo expuesto en el fundamento de derecho anterior, que la imposibilidad de venta de algunos de los bienes titularidad de la concursada o la frustración de las operaciones liquidatorias iniciadas por el AC, y que han devenido a lo largo del proceso, no tienen nada que ver con la falta de presentación de informes trimestrales o la dilación en la conclusión de la liquidación sino que, está relacionado con otros avatares acaecidos a los largo del procedimiento, y así lo hemos visto respecto del bien afecto a privilegio especial, la frustración de la venta directa por negativa del acreedor privilegiado o la existencia de la medida cautelar dictada en el procedimiento penal, o respecto de los derechos de superficie, principal activo de la concursada, que requieren el consentimiento para su venta de XXXXXX, habiendo dejado clara esta acreedora su oposición no sólo a su enajenación sino que incluso ha solicitado y provocado la cancelación de estos derechos titularidad de la concursada en el Registro de la Propiedad en septiembre de 2018, cuando ni tan siquiera el auto aprobando el plan de liquidación era firme. Por todo ello, no se aprecia en la conducta del AC, falta de presentación de informes trimestrales, haya causado daño a los acreedores, o que la prolongación indebida de la liquidación se encuentre injustificada en el momento en que se solicita la separación y se van obteniendo datos sobre las diligencias previas en las que se ve inmersa la concursada.

Con base en lo anteriormente expuesto, examinadas las actuaciones en su conjunto, si bien es cierto que consideramos que cabe actuar instando lo que considere oportuno del juez del concurso, procede la desestimación del recurso de apelación por las razones expuestas.

SEXTO.- Conforme al tenor del *artículo 398 de la LEC* las costas de la apelación se imponen a la parte apelante, con pérdida del importe del depósito constituido para apelar.

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente

aplicación;

LA SALA ACUERDA

DESESTIMAMOS el recurso de apelación formulado por la representación de la mercantil XXXXXXXXXXX, S.A., (XXXXXX) contra el Auto del Juzgado de lo Mercantil 2 de Valencia de 3 de septiembre de 2020, complementado por auto de 27 de octubre de 2020 (y ulterior de 24 de noviembre de 2020 resolviendo el recurso de reposición), que confirmamos, por los motivos expuestos en la presente resolución, con imposición a la recurrente de las costas de la apelación y la pérdida del importe del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución no cabe recurso alguno.

Notifíquese esta resolución a las partes personadas; y siendo firme la misma, con certificación literal de esta misma resolución y el oportuno oficio, devuélvase los autos originales al Juzgado de su procedencia sin necesidad de ulterior declaración.

Así lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos Sres. Magistrados de la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia.