



Roj: **AAP B 964/2020** - ECLI: **ES:APB:2020:964A**

Id Cendoj: **08019370152020200033**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **13/02/2020**

Nº de Recurso: **1606/2019**

Nº de Resolución: **37/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **LUIS RODRIGUEZ VEGA**

Tipo de Resolución: **Auto**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

N.I.G.: 0801947120198001818

**Recurso de apelación 1606/2019-2ª**

Materia: Concurso de acreedores

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 05 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Concurso abreviado 195/2019**

Parte recurrente/Solicitante: CONDOMINES SANCHEZ CHICCO ABOGADOS, S.L.P.

Procurador/a: Maria Concepcion Alos Espinos

Abogado/a: Luigi Chicco Corbalan

Parte recurrida: ENERKIA GLOBAL ENERGY, S.A.

Procurador/a: Ricard Simo Pascual

Abogado/a: Joan Navarro Roura

Cuestiones: Concurso. Concurso necesario y solicitud de 5 bis.

**Auto núm. 37/2020**

**Composición del tribunal:**

LUIS RODRÍGUEZ VEGA

MANUEL DÍAZ MUYOR

MARTA CERVERA MARTÍNEZ

Barcelona, a trece de febrero de dos mil veinte.

**Parte apelante:** CONDOMINES SÁNCHEZ CHICCO ABOGADOS S.L.

**Parte apelada:** ENERKIA GOBAL ENERGY S.A.

Resolución recurrida: Auto

- Fecha: 11 de marzo de 2019

- Parte demandante: CONDOMINES SÁNCHEZ CHICCO ABOGADOS S.L.



- Parte demandada: ENERKIA GOBAL ENERGY S.A

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva del auto apelado es del tenor literal siguiente: " *ACUERDO la suspensión de la solicitud de concurso necesario presentada por CONDOMINES SÁNCHEZ CHICCO ABOGADOS S.L. contra ENERKIA GOBAL ENERGY S.A hasta el momento de expiración de los plazos del art. 5 bis LC , sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas procesales*".

**SEGUNDO.** Contra el anterior auto se interpuso recurso de apelación por la parte reseñada. Admitido el recurso se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la resolución recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 23 de enero de 2020 pasado.

Ponente: magistrado Luis Rodríguez Vega.

## FUNDAMENTOS JURÍDICOS

**PRIMERO. Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.**

1. El día 24 de enero de 2019, fue turnada al Juzgado mercantil núm. 5 de Barcelona la demanda de concurso necesario presentada el día 21 de enero de 2019, por Condomines Sánchez Chicco Abogados S.L. contra la sociedad Enerkia Gobal Energy S.A., solicitud que fue admitida a trámite por auto de 18 de febrero de 2019.

2. La compañía Enerkia Gobal Energy S.A. formuló oposición alegando que ese mismo juzgado conocía de la comunicación del art. 5 bis LC, autos nº 283/2019, solicitada el 7 de febrero de 2019 y admitida por decreto de fecha 21 de febrero de 2019.

3. El juzgado acordó suspender el procedimiento hasta que expirasen los plazos del 5 bis, decisión contra la que el acreedor instante formuló recurso de apelación.

4. A pesar de que los plazos previstos en el art. 5 bis ya han transcurrido, lo que nos obligaría a pensar que el procedimiento ya se ha debido reanudar, conviene reiterar el criterio de este tribunal sobre el particular. En este caso, la solicitud de concurso necesario fue presentada antes que la solicitud del art. 5 bis LC, aunque admitida con posterioridad. Por lo que se planean cuáles son los efectos de dicha solicitud del 5 bis, sobre la declaración de concurso necesario.

**SEGUNDO. La solicitud del art. 5 bis no suspende la tramitación de la solicitud de concurso necesario presentadas antes, aunque haya sido admitidas a trámite después.**

5. El criterio de este Tribunal ya se expuso con claridad en auto de 54/2013, de 5 de abril (ECLI:ES:APB:2013:745A), a cuyos argumentos nos remitimos y que no han sido aplicados correctamente por el juez de primera instancia, a pesar de citar dicha resolución expresamente. En dicho auto dijimos que hay que estar a la fecha de presentación de las solicitudes, no a la fecha de admisión de las mismas. Por lo tanto, si la solicitud de concurso necesario se ha presentado antes que la solicitud del art. 5 bis, aunque haya sido admitido después, aquella solicitud ha de seguir su tramitación hasta su resolución definitiva, ya que la presentación de una posterior comunicación del 5bis no afecta al concurso necesario.

6. En primer lugar, no compartimos el criterio adoptado en aquel momento por los jueces mercantiles, según el cual "presentada la comunicación prevista en el artículo 5 bis, no se admitirán a trámite ni las solicitudes de concurso necesario presentadas con anterioridad a la comunicación del artículo 5 pero pendientes de proveer ni las solicitudes presentadas con posterioridad a dicha comunicación". Así lo dijimos claramente " **no consideramos que la interpretación se ajuste al sentido y a la finalidad del precepto**", para después explicar los motivos en dicho auto.

7. En segundo lugar, la fecha relevante de la solicitud de concurso, voluntario o necesario, es la fecha de la presentación y no la fecha de la admisión a trámite. De conformidad con lo previsto en el art. 22 LC, coherente con los efectos de la litispendencia regulada en el art. 410 LEC: Así dijimos que:

*<< El auto de 15 de mayo de 2009 (sección 15) tenía en cuenta el argumento de coherencia con la solución de calificación del artículo 22 de la propia LC y concluía que el artículo 15.2 LC "quiere trasladar y adaptar al ámbito del proceso concursal los efectos propios de la litispendencia, y lo hace de manera coherente con lo dispuesto por el artículo 410 LEC ("La litispendencia, con todos sus efectos procesales, se produce desde la interposición de la demanda, si después es admitida"), atendiendo al criterio de prioridad temporal de la presentación de la solicitud de concurso, bien por el deudor o bien por cualquier otro legitimado, que producirá sus efectos, los*



*propios de la litispendencia, impidiendo la tramitación y apertura de otros procedimientos concursales contra el mismo deudor, desde ese momento, el de la presentación de la primera solicitud, si es que luego esa primera solicitud es admitida a trámite">>.*

8. En tercer lugar, que la suspensión acordada tampoco está amparada por lo previsto en el último inciso del art. 15.3 LC, así explicamos que:

*<<La interpretación sustentada en el auto parece fundarse en la modificación operada en el artículo 15.3 LC por la Ley 38/2011 - cuya Exposición de motivos no hace referencia a la cuestión-. No apreciamos ese pretendido cambio en el sentido de la norma.*

*La redacción anterior decía "Para el caso en que el deudor haya realizado la comunicación del artículo 5.3, las solicitudes que se presenten con posterioridad sólo se proveerán cuando haya vencido el plazo de un mes previsto en el citado artículo si el deudor no hubiera presentado solicitud de concurso. Si el deudor presenta solicitud de concurso en el citado plazo se tramitará en primer lugar conforme al artículo 14. Declarado el concurso, las solicitudes presentadas previamente y las que se presenten con posterioridad se unirán a los autos, teniendo por comparecidos a los solicitantes*

*En lugar del párrafo único anterior, el artículo 15.3 LC tiene ahora dos párrafos, que hemos transcrito más arriba. Respecto del párrafo primero y, en particular, de su último inciso, ya hemos expuesto cuál es nuestra interpretación y sus razones.*

*En cuanto al párrafo segundo, que conserva la redacción anterior del precepto -con el solo añadido del adjetivo hábil al plazo de un mes-, no entendemos que introduzca un régimen distinto al del párrafo primero, sino que, simplemente, tiene carácter explicativo: precisa cuándo y cómo deben tramitarse las solicitudes de concurso que los acreedores presenten una vez realizada la comunicación del artículo 5 bis; es decir, las solicitudes que se presenten con posterioridad [a la comunicación prevista en el artículo 5 bis]. Entender que el segundo párrafo del artículo 15.3 se refiere a solicitudes que se presenten con posterioridad a la comunicación y que el primer párrafo, en cambio, alude, aunque no lo indique, a solicitudes presentadas con anterioridad a la comunicación pero no admitidas, y entenderlo a partir del solo dato -cuyo alcance ya hemos valorado- de que el primer párrafo dice que "no se admitirán" y solo el segundo párrafo dice "que se presenten", nos parece una interpretación forzada de la letra de la norma y contraria a su finalidad">>.*

9. Por lo tanto, ha de estimarse el recurso y dejar sin efecto la decisión de suspensión del procedimiento que deberá continuar hasta su resolución definitiva en primera instancia.

### **TERCERO. Costas.**

10. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas, al haberse estimado el recurso, razón por la que es procedente ordenar la devolución del depósito constituido al recurrir.

### **PARTE DISPOSITIVA**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por Condomines Sánchez Chicco Abogados S.L. contra la resolución del Juzgado Mercantil núm. 5 de Barcelona de fecha 11 de marzo de 2019, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que se revoca y se ordena continuar el procedimiento hasta su resolución definitiva, sin hacer especial imposición de las costas del recurso y con devolución del depósito constituido.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso extraordinario alguno.

Remítanse los autos originales al juzgado de procedencia con testimonio de esta resolución, a los efectos pertinentes.

Lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados componentes del tribunal.