



Roj: SAP PO 2153/2014 - ECLI:ES:APPO:2014:2153
Id Cendoj: 36038370012014100329
Órgano: Audiencia Provincial
Sede: Pontevedra
Sección: 1
Nº de Recurso: 383/2014
Nº de Resolución: 326/2014
Procedimiento: CIVIL
Ponente: FRANCISCO JAVIER MENENDEZ ESTEBANEZ
Tipo de Resolución: Sentencia

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00326/2014

Rollo: RECURSO DE APELACION (LECN) 383/14

Asunto: INCIDENTE CONCURSAL 159/12

Procedencia: MERCANTIL NÚM. 2 PONTEVEDRA

LA SECCION PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE PONTEVEDRA, COMPUESTA POR LOS ILMOS MAGISTRADOS

D. FRANCISO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ

D. MANUEL ALMENAR BELENGUER

D. JACINTO JOSÉ PÉREZ BENÍTEZ,

HA DICTADO

EN NOMBRE DEL REY

LA SIGUIENTE

SENTENCIA NUM.326

En Pontevedra a nueve de octubre de dos mil catorce.

Visto en grado de apelación ante esta Sección 001 de la Audiencia Provincial de PONTEVEDRA, los autos de incidente concursal 159/12, procedentes del Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, a los que ha correspondido el Rollo núm. 383/14, en los que aparece como parte apelante-demandante: TGSS, representado por el LETRADO DE LA SEGURIDAD SOCIAL, y como parte apelado-demandado: AGRO NO MIA NOSA SL, representado por el Procurador D. ALEJANDRA FREIRE RIANDE, y asistido por el Letrado D. ANTONIO MILLAN CALENTI, y siendo Ponente el Magistrado Ilmo. Sr. D. FRANCISO JAVIER MENÉNDEZ ESTÉBANEZ, quien expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Juzgado Mercantil núm. 2 de Pontevedra, con fecha 12 mayo 2014, se dictó sentencia cuyo fallo textualmente dice:

"DESESTIMO LA DEMANDA INCIDENTAL interpuesta por TGSS contra AGRONOMIA NOSA SL.

No hago especial pronunciamiento a ninguna de las partes de las costas del incidente."

SEGUNDO.- Notificada dicha resolución a las partes, por TGGG, se interpuso recurso de apelación, que fue admitido en ambos efectos, por lo que se elevaron las actuaciones a esta Sala para la resolución de este recurso.

TERCERO.- En la tramitación de esta instancia se han cumplido todas las prescripciones y términos legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia rechaza la rescisión por incumplimiento de convenio que dice ejercita la parte apelante, la TGSS, siendo sustento de su pronunciamiento desestimatorio la falta de legitimación activa de la parte instante ya que en todo caso sería titular de créditos contra la masa (créditos consistentes en cuotas de la Seguridad Social correspondientes a más de tres mensualidades), en cuanto créditos nacidos después de la aprobación del convenio concursal.

Contra dicha sentencia se interpone recurso de apelación por el Letrado de la Administración de la Seguridad Social, en la representación que ostenta de la TGSS alegando, en primer lugar, nulidad de actuaciones por infracción de normas procesales al no celebrarse la vista que obligatoriamente procede de haberse percatado que la pretensión ejercitada no es la rescisión de convenio por incumplimiento, sino la apertura de la liquidación por darse alguno de los supuestos del art. 2.4 LC , tal y como contempla el art. 142.2 apartado segundo LC .

SEGUNDO . - Aprobado un convenio como una de las soluciones del proceso concursal, los esfuerzos del deudor durante todo ese periodo de cumplimiento deben ir encaminados precisamente a cumplir lo efectivamente comprometido en el convenio, atendiendo al plan de pagos diseñado y, en su caso, las obligaciones asumidas también en el plan de viabilidad, con la mira puesta en su íntegro cumplimiento pues sólo así podrá pretender con éxito la conclusión del concurso por cumplimiento del convenio (art. 141 LC), momento a partir del cual cesará ya cualquier efecto relacionado con el concurso de acreedores, recuperando íntegramente su libertad de actuación el que fuera concursado.

El deudor debe cuidar también de cumplir las obligaciones que se vayan generando durante el cumplimiento del convenio a consecuencia, normalmente, de la continuación de la actividad empresarial o profesional, que será el estado habitual del deudor empresario dado que las limitaciones al contenido del convenio del art. 100 LC avocan, con escaso margen, a identificar la más de las veces convenio con continuación de la actividad.

De forma que, la amenaza que pesa sobre el deudor de apertura de la liquidación por incumplimiento del convenio, debe ampliarse a la posibilidad de que la liquidación pueda también ser interesada por algún acreedor, cuando durante la vigencia del convenio acredite la existencia de alguno de los hechos que pueden fundamentar una declaración de concurso conforme al art. 2.4 LC (art. 142.2 LC), lo que se ha venido a llamar "reinsolvencia". Por lo tanto el deudor para evitar la liquidación no sólo debe cumplir el convenio sino también las nuevas obligaciones que se vayan adquiriendo durante la vigencia del convenio.

Es precisamente ante este segundo supuesto ante el que nos encontramos de una adecuada lectura de la demanda incidental presentada por la parte apelante, y no ante el ejercicio de una acción por incumplimiento del convenio. Esta confusión no solo ha determinado la incongruencia de la resolución y la ausencia del debido análisis y decisión sobre la pretensión efectivamente ejercitada sino que, además, ha eludido la celebración de un acto procesal clave como es la celebración obligatoria de la vista como dispone el art. 19 LC dada la clara remisión que al mismo hace el art. 142.2 apartado segundo LC . La referida elusión de la vista no solo ha impedido a la parte apelante hacer las alegaciones pertinentes, que además a buen seguro hubieran impedido el error en el juicio sobre la pretensión ejercitada, sino que además han impedido el desarrollo y práctica de la prueba con la que acreditar una pretensión tal relevante como la apertura de liquidación frente a un convenio en supuesto cumplimiento. Todo lo cual sin duda provoca una situación de indefensión por vulneración de normas esenciales de procedimiento que debe ser sancionada con la nulidad interesada por la parte apelante (art. 225.3 LEC por remisión de la Disposición final quinta LC).

TERCERO . - No ha lugar a especial imposición de costas.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación.

FALLAMOS

Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia de fecha 12 mayo 2014 por el Juzgado de lo Mercantil 2 de Pontevedra , revocando la misma y declarando la nulidad de lo actuado desde la diligencia de ordenación de fecha 8 mayo 2014, inclusive, debiendo convocarse a la vista prevista en el art. 19 LC . Todo ello sin imposición de costas.



Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

FONDO DOCUMENTAL • CENDOJ