



Roj: **AAP B 3361/2021 - ECLI:ES:APB:2021:3361A**

Id Cendoj: **08019370152021200079**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **07/05/2021**

Nº de Recurso: **633/2021**

Nº de Resolución: **82/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

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

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120198002967

**Recurso de apelación 633/2021 -3**

Materia: Concurso de acreedores

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 09 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Concurso ordinario 294/2019**

Entidad bancaria BANCO SANTANDER:

Para ingresos en caja. Concepto: 0661000012063321

Pagos por transferencia bancaria: IBAN ES55 0049 3569 9200 0500 1274.

Beneficiario: Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil

Concepto: 0661000012063321

Parte recurrente/Solicitante: KPMG CONCURDSAL SLP ( Micaela )

Procurador/a: Jose Castro Carnero

Abogado/a:

Parte recurrida: HIJOS DE A CANO S.A, Eladio

Procurador/a: Jose Maria Cortal Pedra, Marco Antonio Bonaterra Silvani

Abogado/a: CRISTINA CANO GUIOT

Cuestiones.- Separación de administrador persona jurídica.

**AUTO núm. 82/2021**

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

DON LUIS RODRÍGUEZ VEGA

DON JOSÉ MARÍA FERNÁNDEZ SEIJO



En Barcelona, a siete de mayo de dos mil veintiuno.

**Parte apelante: KPMG CONCURSAL S.L.P.**

**Parte apelada: HIJOS DE A CANO S.A. y la administración concursal**

**Resolución recurrida:** Auto

-Fecha: 17 de junio de 2020

-Concurtido: HIJOS DE A CANO S.A.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La parte dispositiva del auto apelado es del tenor literal siguiente:

*"Desestimar el recurso de reposición interpuesto contra el auto de 21 de enero de 2020, que queda confirmado en todos sus extremos"*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de KPMG. Del recurso se dio traslado a las partes para que presentaran escrito de oposición.

**TERCERO.-** Recibidos los autos originales y formado en la Sala el rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 22 de abril de 2021.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

### **PRIMERO .- Términos de la controversia**

1. KPMG recurre en apelación el acuerdo del Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona de separarle en el cargo de administradora **concursal** de HIJOS DE A CANO S.A. y su sustitución por Eladio , persona física designada por la propia KPMG para representarla en el concurso. Son antecedentes necesarios para la resolución del recurso los siguientes:

1º) HIJOS DE A CANO S.A. fue declarada en concurso voluntario por auto del Juzgado de lo Mercantil 9 de Barcelona de 28 de febrero de 2019, designándose como administradora **concursal** a la sociedad KPMG que, a su vez, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 30 de la LC, designó a Eladio como la persona natural que le representaría y asumiría la dirección de los trabajos en el ejercicio de su cargo.

2º) A finales del año 2019, el Sr. Eladio comunicó a KPMG su baja en la sociedad, circunstancia que también puso en conocimiento del Juzgado. KPMG presentó escrito en el Juzgado comunicando que se había extinguido la relación laboral que le unía con el Sr. Eladio , designando como persona natural para que le representara a Micaela .

3º) El Juzgado, tras dar traslado de la comunicación de KPMG a la concursada y al Sr. Eladio , dictó auto de 21 de enero de 2020 acordando el cese de la administradora **concursal** KPMG y el nombramiento del Sr. Eladio , a quien dio un plazo de cinco días para que aceptara el cargo. El auto consideró que concurría justa causa para cesar a KPMG y nombrar al Sr. Eladio , por ser la persona que se había ocupado personalmente de la tramitación del concurso y conocía todas sus vicisitudes.

4º) KPMG recurrió en reposición el auto que acuerda su cese, recurso que fue desestimado por auto de 17 de junio de 2020 (resolución apelada).

2. El recurso denuncia infracciones de índole procesal en la tramitación de la separación de KPMG en el cargo de administrador **concursal**. Y, en cuanto al fondo del asunto, el recurrente alega que la separación no está justificada.

3. Dado traslado a las partes del recurso, el Sr. Eladio , nuevo administrador **concursal**, se opuso y solicitó que se confirmara la resolución apelada por sus propios fundamentos.

### **SEGUNDO.- Sobre las infracciones de índole procesal.**

4. Como hemos adelantado, el recurso denuncia una serie de infracciones de índole procesal. En concreto, señala, en primer lugar, que la concursada efectuó sus alegaciones sobre la conveniencia de designar un nuevo administrador **concursal** fuera del plazo de cinco días que a tal efecto le confirió el Juzgado. En segundo lugar, alega que el Sr. Eladio , al que también se le dio traslado de la comunicación de KPMG, no tenía legitimación para intervenir en el incidente, pues era mero representante de la persona jurídica. Por



último, el recurso aduce que no se tramitó en legal forma la petición que realizó KPMG para que se tuviera por nombrada a la nueva persona natural en representación de la persona jurídica administradora **concurzal**.

5. No creemos que las irregularidades formales o de índole procesal reseñadas en el recurso tengan trascendencia alguna. Recordemos que la infracción de normas o garantía procesales sólo son relevantes si causan efectiva indefensión a las partes ( artículos 459 y 465.4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil ). Las dos primeras (la presentación del escrito de alegaciones de la concursada fuera de plazo y la falta de legitimación activa del Sr. Eladio para efectuar manifestaciones) guardan relación con un traslado que dio el Juzgado a la concursada y al Sr. Eladio que no viene impuesto por la Ley. Recordemos que el artículo 37 de la Ley **Concurzal** (artículo 100 del vigente TRLC) permite al Juez acordar de oficio la separación de los administradores concursales, por lo que las manifestaciones de la concursada o del Sr. Eladio, por no ser necesarias, no producen efecto alguno.

6. En cuanto a la tramitación que dio el Juzgado a la comunicación de KPMG de nombramiento de un nuevo representante de la persona jurídica, que el recurso considera improcedente (estima que debió nombrarse, sin más, a la persona designada), entendemos que afecta a la cuestión de fondo. En definitiva, el recurrente considera que debió procederse por el Juzgado, sin más trámite, a tener por designado al nuevo representante, alegación que enlaza directamente con la cuestión debatida, esto es, si está justificada o no la separación.

**TERCERO.**- Sobre la separación de la administración **concurzal** por la sustitución de la persona física que le representa. Valoración del tribunal.

7. El artículo 37 de la Ley **Concurzal**, en su redacción aplicable al caso (artículo 100 del vigente TRLC), regula la separación de los miembros de la administración **concurzal** de la siguiente manera:

*" 1. Cuando concurra justa causa, el juez, de oficio o a instancia de cualquiera de las personas legitimadas para solicitar la declaración de concurso o de cualquiera de los demás miembros de la administración **concurzal**, podrá separar del cargo a los administradores concursales o revocar el nombramiento de los auxiliares delegados.*

*En todo caso será causa de separación del administrador, salvo que el juez, atendiendo a circunstancias objetivas, resuelva lo contrario, el incumplimiento grave de las funciones de administrador y la resolución de impugnaciones sobre el inventario o la lista de acreedores en favor de los demandantes por una cuantía igual o superior al veinte por ciento del valor de la masa activa o de la lista de acreedores presentada por la administración **concurzal** en su informe.*

*2. La separación del representante de una persona jurídica implicará el cese automático de ésta como administrador **concurzal**."*

8. Como dijimos en nuestro Auto de 3 de noviembre de 2015 (Rollo 313/2015) la "justa causa" para la separación constituye un concepto jurídico indeterminado al que habrá que dotar de contenido en cada caso concreto. En cualquier caso, se vincula la separación con el incumplimiento de los deberes legales, tanto en actuaciones extrajudiciales como en las procesales, como ocurre con la inobservancia de los plazos procesales (contemplada como causa de separación en los artículos 74.3º de la LC, en relación con la presentación del informe, o en el artículo 153, en cuanto a la duración de la fase de liquidación). También el desempeño del cargo sin la diligencia de un ordenado administrador y de un representante leal ( artículo 35 de la Ley **Concurzal** ) puede justificar la separación del administrador, lo que ocurrirá en aquellos casos de falta de dedicación, mala gestión, abusos en el ejercicio del cargo o cuando se antepongan los intereses propios o de un tercero al interés del concurso y del conjunto de acreedores. El hecho de que la separación conlleve como sanción que el administrador separado no pueda volver a ser designado como administrador **concurzal** por un plazo de dos años ( artículo 28.2º de la Ley **Concurzal** ), evidencia que la justa causa para acordar el cese se vincula con el incumplimiento de las funciones propias del cargo de administrador **concurzal**.

9. En este caso la resolución recurrida, sin duda bienintencionada, justifica el cese de KPMG como administradora **concurzal**, no por haber incumplido sus deberes legales, sino en razones de conveniencia u oportunidad. La juez de instancia considera que el interés del concurso se favorece si la persona física designada por el administrador **concurzal** persona jurídica, el Sr. Eladio, que reúne los requisitos para desempeñar el cargo de administrador **concurzal** ( artículo 27.1º de la LC ), continúe ejerciendo el cargo, pese a que se ha desvinculado laboralmente de la persona que le designó, por ser la persona que conoce todas las vicisitudes del concurso y que está al tanto de todas las gestiones para alcanzar un convenio con los acreedores o para la venta de la unidad productiva.

10. Pues bien, aunque podamos comprender los argumentos del auto impugnado, estimamos que no tienen cabida en la regulación legal. El cargo de administrador **concurzal**, si el designado es una persona jurídica,



recae en la propia persona jurídica, sin perjuicio de que esta deba comunicar al Juzgado " *la persona natural que haya de representarla y asumir la dirección de los trabajos en el ejercicio de su cargo*" ( artículo 30 de la LC ), como ocurre en el ámbito de las sociedades mercantiles ( artículo 212 de la LSC ). La responsabilidad también recae en la persona jurídica designada como administrador **concurzal**, interviniendo la persona física como representante de esta, sin autonomía y sujetándose a sus instrucciones. El mérito que la resolución apelada atribuye a la actuación de la administración **concurzal** debe asignarse a la persona jurídica y no directamente a su representante. En definitiva, si no ha existido incumplimiento de los deberes legales ni impericia en el ejercicio del cargo, no existe justa causa para la separación. Además, no existe indicio alguno de que KPMG se desentendiera de la labor desempeñada por el Sr. Eladio o que desconociera el estado del procedimiento. Tampoco consta que su sustitución por otra persona entorpezca la tramitación del concurso.

11. Por todo ello, debemos estimar el recurso y revocar la resolución apelada. Ello, lógicamente, no invalida las actuaciones llevadas a cabo por el Sr. Eladio ni determina que pierda su remuneración, que deberá repartirse con KPMG en la proporción que determine el Juzgado en función del tiempo que hayan ejercido el cargo y el trabajo efectivamente desempeñado.

#### **CUARTO.- Costas procesales**

12. De conformidad con lo dispuesto en el artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no se imponen las costas al recurrente.

#### **PARTE DISPOSITIVA**

Estimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de KPMG **CONCURSAL** S.L.P. contra el auto de 17 de junio de 2020, que revocamos, dejándolo sin efecto. Acordamos reponer a KPMG **CONCURSAL** S.L.P. como administradora **concurzal**, teniendo por designada a la Sra. Micaela como persona natural representante de KPMG, que deberá aceptar el cargo en el plazo que señale el Juzgado. Sin imposición de las costas del recurso.

Contra la presente resolución no cabe interponer recurso alguno.

Remítanse los autos al Juzgado de procedencia con testimonio de esta Sentencia, a los efectos pertinentes.

Así lo pronuncian mandan y firman los ilustrísimos señores magistrados componentes del tribunal, de lo que doy fe.