|  |  |
| --- | --- |
| Auto | 29/2020 |
| Fecha | de 24 de febrero de 2020 |
| Sala | Sala Primera |
| Magistrados | Don Juan José González Rivas, don Andrés Ollero Tassara, don Santiago Martínez-Vares García, don Alfredo Montoya Melgar y doña María Luisa Balaguer Callejón. |
| Núm. de registro | 3695-2019 |
| Asunto | Recurso de amparo 3695-2019 |
| Fallo | Denegar la suspensión cautelar y las anotaciones preventivas de la demanda de amparo solicitadas en el procedimiento de concurso abreviado núm. 368-2017 que se sigue en el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia. |

**AUTO**

 **I. Antecedentes**

1. Por escrito registrado en este Tribunal el 13 de junio de 2019, la entidad Porkytrans, S.L., representada por el procurador de los tribunales don José Bernardo Cobo Martínez de Murguía, y bajo la dirección del letrado don Antonio Moreno García, interpuso recurso de amparo contra el auto de 11 de abril de 2019, dictado por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia, en el rollo de apelación núm. 1290-2018, por el que se desestimó el recurso de apelación interpuesto contra el auto de 24 de mayo de 2018 dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, en el procedimiento de concurso abreviado núm. 368-2017, por el que se declaró a la demandante de amparo en concurso de acreedores.

2. Los antecedentes relevantes para resolver la pretensión planteada, según se recogen en la demanda, son en síntesis los siguientes:

a) Por el procurador de los tribunales don Francisco Javier Berenguer López, en nombre y representación de Campofrio Food Group se presentó solicitud de declaración de concurso necesario del deudor Porkytrans, S.L. Por auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, de 6 de noviembre de 2017, se acordó admitir a trámite la solicitud de declaración de concurso y emplazar a la demandante de amparo para que compareciera y formulara oposición, proponiendo los medios de prueba de que intente valerse.

b) El emplazamiento se efectuó a través de la dirección electrónica habilitada, constando que la notificación fue puesta a disposición del recurrente en amparo el 7 de noviembre de 2017. Junto con el auto de 6 de noviembre de 2017 se enviaba la solicitud de concurso y demás documentos presentados. Dicha notificación fue rechazada automáticamente el 23 de diciembre de 2017.

c) Por diligencia de ordenación del letrado de la administración de justicia de fecha 3 de enero de 2018 se acordó tener por recibido el anterior emplazamiento positivo del artículo 15 de la Ley concursal al deudor Porkytrans, S.L., y dar cuenta y traslado al magistrado a los efectos de los artículos 15 y 18 de la Ley concursal.

d) El procurador de los tribunales don Leopoldo González Campillo en representación de Porkytrans, S.L., compareció en el procedimiento mediante escrito de fecha 6 de febrero de 2018 en el que solicitó la nulidad de actuaciones con suspensión del proceso hasta su resolución, y, simultáneamente, manifestó su oposición a la declaración de concurso necesario. Indica que no ha tenido conocimiento en tiempo y forma del auto de 6 de noviembre de 2017, siendo que la notificación intentada por el juzgado ha resultado inhábil por falta de apertura y posibilidad de acceso al contenido de la misma. Añade que lo que se comunicaba en el portal era únicamente el contenido del mencionado auto pero no figuraba incorporada la solicitud de concurso necesario, con lo que el contenido de la notificación en el caso de que se hubiera podido practicar resultaba defectuosa conforme a la Ley concursal que exige que en el emplazamiento se dé traslado de la solicitud a los efectos de la oposición en cinco días.

Por su parte la mercantil Campofrio Food Group, S.A., se opuso a la solicitud de nulidad al entender que el procedimiento no adolece de error alguno siendo que el mismo fue efectuado en sede electrónica el 7 de noviembre de 2017 y recibido en destino el 7 de noviembre de 2017, notificación que fue rechazada el 23 de diciembre de 2017, habiendo transcurrido el plazo legal de 3 días sin ser retirada.

e) Por auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de 16 de mayo de 2018 se desestimó la solicitud de nulidad de actuaciones. Se razona que no resulta discutida, a la vista de la normativa en vigor, la validez del emplazamiento mediante notificación electrónica. Por otra parte no consta en modo alguno imposibilidad de acceso al contenido de la notificación por parte de Porkytrans, S.L. Refiere que el propio documento de la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre aportado por la parte que solicita la nulidad acredita que la notificación fue puesta a disposición el 7 de noviembre de 2017 y rechazada automáticamente el 23 de diciembre de 2017, sin que se advierta de error técnico alguno en el proceso. Añade que de la documental obrante en autos, y del certificado de la letrada de la administración de Justicia, se desprende que junto al auto se enviaba la solicitud de concurso y demás documentos presentados por el solicitante del concurso. Por lo que no apreciando infracción alguna que deba dar lugar a la nulidad, desestima la petición formulada.

f) Por auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia de 24 de mayo de 2018 —rectificado por el auto del mismo juzgado de 1 de junio de 2018—, se acordó estimar la solicitud de concurso y declarar en concurso necesario de acreedores al deudor Porkytrans, S.L. El auto acordaba medidas relativas a la administración y disposición del patrimonio del deudor, al llamamiento de los acreedores del concursado, la publicación de la declaración de concurso, la práctica de anotaciones en el registro mercantil de Murcia y en los registros de la propiedad de Alhama (en relación con la finca registral núm. 11587) y en el núm. 8 de Murcia (en relación con la finca registral núm. 22798), entre otras.

g) La mercantil recurrente en amparo interpuso recurso de apelación frente al anterior auto. En el recurso alega la infracción de las garantías procesales previstas en el artículo 155.1 y 2 de la Ley de enjuiciamiento civil (LEC) por la práctica del primer emplazamiento en la sede electrónica habilitada, en vez de realizarse por remisión de la oportuna cédula de emplazamiento al domicilio físico de la apelante, dándolo por realizado por el transcurso del plazo de tres días sin que se accediera a su contenido. Indica que el artículo 155.1 LEC dedicado a los actos de comunicación con las partes aún no personadas o no representadas por procurador es de aplicación preferente al art 162 LEC, por lo que el primer emplazamiento debería haberse remitido a su domicilio, como lo solicitó la propia demandante en su demanda. Entiende que dicha infracción ha provocado la lesión de su derecho a la tutela judicial efectiva, causándole una evidente indefensión.

Por otra parte denuncia la infracción de los artículos 2.1, 2 y 4, 15.2 y 18.1 de la Ley concursal, por la indebida admisión a trámite de la solicitud de concurso al no hacer el juzgador a quo una mínima comprobación, siquiera provisional, de los hechos reveladores alegados por la propia solicitante (artículo 2.4.1 y 4 de la Ley concursal). Considera, tras examinar la documental presentada por el solicitante que pese a la palmaria inconsistencia probatoria, incluso de carácter provisional, de la solicitud de concurso de Campofrío, reconocida expresamente en la misma por la propia instante, el juzgado, con fecha 6 de noviembre de 2017, dictó auto acordando su admisión a trámite y el emplazamiento a mi representada para que compareciera y pudiera formular oposición, sin más verificación que la del cumplimiento de los requisitos procesales de competencia, capacidad, legitimación y postulación. Entiende que la solicitud de concurso fue admitida a trámite sin realizar un mínimo examen de comprobación, si quiera provisional, de los hechos reveladores alegados en la misma, a fin de determinar, aunque sea de forma indiciaria, la realidad o no de los mismos y, por ende, el carácter fundado o infundado de aquella. Expone extensamente los “hechos y circunstancias” por los que no se debió admitir a trámite la solicitud.

Recuerda que planteó incidente de nulidad y subsidiaria oposición, para el caso de que la nulidad no fuera apreciada, y en ambos casos, acompañó los certificados de la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y de la Tesorería General de la Seguridad Social acreditativos de que está al corriente en el pago y cumplimiento de sus obligaciones para con dichos organismos, así como un certificado de Cajamar justificativo de la existencia de un saldo bancario disponible (existencias/efectivo) por importe de 1.518.128,27 € y numerosa documentación contable de la concursada (cuentas anuales y balance de situación), documental toda ella que acredita, sin ambages, la incompatibilidad entre el estado de insolvencia (concurso) y la situación real (contable, económica y financiera) de la misma.

Finalmente termina indicando que no procede la declaración del concurso de forma automática por la falta de oposición del deudor, sin comprobar la insolvencia alegada. Y acompaña cinco bloques documentales en sustento de sus alegaciones.

h) Por auto de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Murcia de 11 de abril de 2019, se desestimó el recurso de apelación interpuesto por Porkytrans, S.L.

A) En relación con el defectuoso emplazamiento la resolución considera que no se cuestiona el emplazamiento en la sede electrónica, sino su validez, al ser asumida la notificación del auto de admisión a trámite del concurso necesario y emplazamiento a la deudora en el buzón de la dirección electrónica habilitada del mismo, a través del Servicio de notificaciones electrónicas del que es titular el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas. Refiere que es la propia recurrente la que aporta la certificación de la Real Fábrica de la Moneda y Timbre por la que se puso la notificación a disposición de la recurrente el día 7 de noviembre de 2017 y que no aceptó la notificación ni descargó su contenido.

Añade que:

“2. Sobre la validez de la comunicación electrónica para llevar a cabo el emplazamiento se ha pronunciado este Tribunal in extenso en el auto de 8 de marzo de 2018. Del conjunto normativo consistente en los artículos 152, 155, 158, 161, 162 y 273 LEC, puesto en relación con el artículo 33 de la Ley 18/2011, reguladora del uso de las tecnologías de la información y la comunicación en la administración de justicia, y artículos 4,11,21 y 22 del Real Decreto 1065/2015 sobre comunicaciones electrónicas en la administración de justicia en el ámbito territorial del Ministerio de Justicia y por el que se regula el sistema Lexnet llegamos a la conclusión de que “ que a partir del 1 de enero de 2017, en el llamado ‘Territorio Ministerio’ todas las personas jurídicas están obligadas a relacionarse con la administración de justicia a través de la denominada ‘sede judicial electrónica’ y ‘el Servicio compartido de gestión de notificaciones electrónicas y la carpeta ciudadana provistos por el Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas siempre que los medios tecnológicos lo permitan’, de modo que, conforme al art. 162.2 LEC, constando la correcta remisión del acto de comunicación por dichos medios técnicos, que en definitiva es un buzón de correo electrónico, sin necesidad de que la persona jurídica haya abierto el correo, ni retirado el mismo, en principio, si transcurren los plazos previstos en dicho precepto (tres días), ha de entenderse que la comunicación ha sido efectuada con plenos efectos procesales.

En consecuencia, en ese caso la persona jurídica se entiende notificada, cualquier que sea la clase de acto de comunicación, y entre ellos, ya que la ley no distingue, también requerida y emplazada para personarse en las actuaciones. En este caso los plazos para desarrollar actuaciones comenzarán a computarse desde el día siguiente al tercero previsto en el art 162.2, todos ellos hábiles. Sobre este sistema se pronuncia, en el ámbito social, el acuerdo no jurisdiccional del Pleno de la Sala Cuarta del Tribunal Supremo de 6 de julio de 2016.

Con arreglo a dichas consideraciones, en las que nos reiteramos, al no apreciar motivo para su alteración, siendo además la conclusión alcanzada por las otras secciones civiles de esta Audiencia Provincial de Murcia (Sentencia de la Sección Primera, de 7 de febrero de 2019, y de la Sección Quinta, de 17 de abril de 2018) el motivo está abocado al fracaso por cuanto no concurre infracción del art 155 y 162 LEC, al ser preceptiva la notificación por medios electrónicos al demandado, al ser persona jurídica, que desplaza a la notificación en soporte papel en el domicilio físico.

Como dijimos en nuestro precedente auto de 8 de marzo de 2018, esta respuesta que se ajusta a la doctrina jurisprudencial, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional.

Es cierto que la citación en el procedimiento, en la medida que hace posible la comparecencia del destinatario y la defensa de sus pretensiones, constituye un instrumento ineludible para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución, de tal manera que su falta o deficiente realización, siempre que se frustre la finalidad con ellos perseguida, coloca al interesado en una situación de indefensión que vulnera el referido derecho fundamental. Pero ello es así salvo que la incomparecencia sea imputable a la propia conducta del afectado por haberse situado voluntaria o negligentemente al margen del proceso. En definitiva, no hay quiebra del art 24 CE ‘cuando la indefensión alegada se deba en realidad a la pasividad, desinterés, negligencia, error técnico o impericia de las partes o los profesionales que los representan o defiendan, que la indefensión no puede equipararse a cualquier infracción o vulneración de normas procesales, sino solamente con aquella situación en la que el interesado, de modo injustificado, ve cerrada la posibilidad de impetrar la protección jurisdiccional ( Sentencias del Tribunal Constitucional 70/1984, de 11 de junio, 155/1988, de 22 de julio, y 41/1989, de 16 de febrero).’

En el caso presente, admitida la recepción por medios electrónicos del emplazamiento por aplicación de lo dispuesto en el artículo 162 de la Ley de enjuiciamiento civil antes trascrito, transcurridos tres días, se tiene por realizada dicha comunicación. Si por error la requerida consideró que no procedía esa notificación, debe asumir las consecuencias que solo a ella son imputables, sin que la ignorancia de las leyes excuse de su cumplimiento (art 6 .1 del Código civil)”.

B) En lo que a las infracciones de la Ley concursal, alegadas en el recurso de apelación, indica que: (i) no cabe revisar con motivo de la apelación del auto de 24 de mayo de 2018 el precedente auto —en referencia al de 6 de noviembre de 2017— que no fue impugnado en su día cuando se personó el deudor. Si bien, entrando en el fondo de la impugnación, sostiene que dicha resolución se ajusta a la interpretación del art 7 de la Ley concursal mantenida por la referida Sección Cuarta y expuesta, entre otros, en el auto de 14 enero de 2016. Afirma que con la solicitud se aporta documental mercantil que prima facie advera el impago de los créditos de Campofrío (1.072.817,39 €) y otros cuatro acreedores más, ascendiendo el monto total adeudado a 1.108.283,29 €, que, por su importancia cuantitativa, unida a la situación registral de los inmuebles, justifica la admisión a trámite inicial, sin que baste para minusvalorar su trascendencia afirmar que el impago deriva de la existencia de “discrepancias comerciales”; (ii) Por otra parte afirma que no cabe analizar en la alzada la solvencia de la deudora cuando ello no fue objeto de la instancia, atendido a que la declaración de concurso se basa en la ausencia de oposición en plazo. En todo caso, indica que “por agotar la respuesta”, la solvencia alegada por disponer la concursada de 1.518.128,27 € en Cajamar Caja Rural S.C.C., no es tal cuando dicha entidad presenta escrito, adjuntando extracto y certificado de la cuenta del deudor, en la que se dice que la concursada Porkytrans, S.L., no tiene dicho saldo en la cuenta, limitándose el 30 de enero de 2018 a realizar una trasferencia de 1.500.000 € y, ese mismo día, realiza un cargo, traspasándolo a otra cuenta diferente de titularidad distinta, por lo que ese mismo día el saldo resultante fue finalmente el de 18.128,27 €.

3. La demandante de amparo se queja en su recurso de la vulneración de su derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión (art. 24.1 CE).

Tras exponer el contenido de las distintas resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento y a las que ya se ha hecho referencia, considera la actuación procesal del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia ha supuesto una flagrante infracción del artículo 155.1 LEC respecto de la práctica del primer emplazamiento, que es un trámite procesal esencial, habida cuenta que, a través del mismo el demandado tiene la primera noticia de la existencia del procedimiento, de modo que, si no se realiza con las debidas garantías, aquél no habrá tenido la oportunidad de decidir, voluntariamente, cómo ejercer su derecho de defensa frente a la acción dirigida contra él. Entiende que es evidente que dicha infracción le ha causado indefensión y, por ende, ha vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 CE, toda vez que el emplazamiento en la sede electrónica no le ha permitido formular la oportuna oposición frente a la solicitud de concurso, ni proponer prueba, como permite el artículo 15.2 LEC y hubiera hecho, sin duda, si se le hubiera remitido la cédula de emplazamiento en soporte papel, con traslado de aquella y sus documentos, al domicilio expresado en la misma (domicilio social).

La vulneración del referido derecho fundamental se materializó con la declaración de la misma en concurso de acreedores, a raíz de tener por legalmente realizado el emplazamiento electrónico dirigido a ella (pese a haber sido devuelto automáticamente por el sistema) y de no presentar oposición dentro del plazo de los cinco días siguientes al mismo.

A la vista de todo ello, indica que resulta diáfano que el proceder del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, en los autos del concurso abreviado 368-2017, no se acomoda al deber de diligencia que la doctrina del Tribunal Constitucional impone al órgano judicial, a fin de garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva sin indefensión, cuando de la eficacia del acto de comunicación procesal dependa la posibilidad de personación de la parte demandada en el proceso, con la consiguiente garantía de su derecho a defensa.

Concluye solicitando que se declare que ha sido vulnerado el derecho fundamental de la demandante de amparo a la tutela judicial efectiva sin indefensión (artículo 24.1 CE) y se declare la nulidad de las resoluciones judiciales dictadas en el procedimiento, limitando la nulidad en el caso del auto de 6 de noviembre de 2017 al acuerdo por el que se establece el emplazamiento en la sede electrónica. Y se retrotraigan las actuaciones del concurso abreviado núm. 368-2017 hasta el momento pertinente para realizar un nuevo emplazamiento de manera respetuosa con su derecho fundamental a la tutela judicial efectiva sin indefensión.

Por medio de otrosí solicita al Tribunal Constitucional que acuerde la suspensión del auto de 24 de mayo de 2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, dictado en el procedimiento de concurso abreviado núm. 368-2017, por el que se declara en concurso de acreedores al demandante, habida cuenta que, los especiales efectos del proceso concursal y los riesgos que supone declarar en concurso a quien no es insolvente (entre los que destaca el de hacer insolvente a quien no lo era), pueden hacer perder al amparo su finalidad, ya que, si no se acuerda la suspensión interesada, es posible que, cuando se estime el recurso y se acuerde retrotraer las actuaciones al momento pertinente para efectuar un nuevo emplazamiento a los efectos del artículo 15.2 de la Ley concursal, la ahora concursada se encuentre en situación de insolvencia, que le impida formular con éxito la correspondiente oposición a la solicitud presentada de adverso, siendo que, al tiempo de presentarse la solicitud de concurso y declararse este, su situación era de total solvencia, tal y como se refleja, de forma objetiva e imparcial, en el informe de la administración concursal (artículos 75 y 191.2 de la Ley concursal), a cuyo tenor:

“1. […] se deduce una apariencia total de solvencia por parte del deudor […]” (apartado I.4.2, párrafo segundo, pág. 17).

“2. Este superávit (de 15.033.002 €) junto con el hecho de que la sociedad no ha cesado su actividad, y de lo actuado hasta la fecha, pone de manifiesto una apariencia de solvencia importante para hacer frente con normalidad a la totalidad de sus obligaciones con proveedores y acreedores” (apartado V, párrafo segundo, pág. 24).

Dicha circunstancia no fue tenida en cuenta por la Audiencia Provincial de Murcia (Sección Cuarta), pese a que esta parte la puso de manifiesto en la solicitud de revisión del auto de declaración del concurso, porque, según su criterio, el emplazamiento electrónico estaba bien hecho y la consecuencia de la falta de oposición en plazo no es otra que la declaración del concurso, conforme a lo establecido en el artículo 18 de la Ley concursal, aunque la concursada sea solvente.

Además, y a la vista de lo expuesto en el cuerpo del presente recurso, la vulneración del derecho fundamental de mi principal a la tutela judicial efectiva, sin indefensión, resulta flagrante, sin que, por otro lado, la suspensión solicitada ocasione perturbación grave a ningún interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona. A los efectos de este otrosí digo, se acompañan, como documentos números 5 y 6, el informe de la administración concursal y la solicitud de revisión.

4. Mediante providencia de 27 de enero de 2020 la Sección Segunda de este Tribunal acordó admitir a trámite el recurso de amparo y dirigir comunicación al Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, a fin de que, en plazo que no exceda de diez días emplace a quienes hubieran sido parte en el proceso del que trae causa el presente recurso de amparo.

5. Por providencia de la misma fecha, la Sección acordó formar la oportuna pieza para la tramitación del incidente de suspensión y, conforme a lo dispuesto en el art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), concedió un plazo común de tres días a la parte recurrente y al ministerio fiscal para que alegaran lo que estimasen pertinente sobre dicha suspensión.

6. Mediante escrito presentado el 31 de enero de 2020 la parte demandante formuló sus alegaciones, reiterando lo expuesto en el otrosí de su demanda.

Refiere que la situación impeditiva de la eficacia de una posible sentencia estimatoria del recurso de amparo presentado, podría perfectamente producirse a corto plazo, dado el estado de las actuaciones en el procedimiento concursal. En tal sentido, refiere que el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia dictó auto el 10 de enero de 2020, acordando dar por finalizada la fase común del concurso y abrir la fase de liquidación, así como declarando la disolución de la demandante, si bien dicho auto fue anulado por otro de fecha 16 de enero 2020. Se acompaña como documental copia de los dos autos aludidos.

Afirma que habiendo transcurrido ya más de veinte días desde que los textos definitivos del inventario y la lista de acreedores, presentados por la administración concursal, quedaron de manifiesto en la oficina judicial, el juez debe dictar auto poniendo fin a la fase común del concurso, abriendo la fase de concurso y ordenando la formación de la sección quinta, según dispone el artículo 111.1 in fine de la Ley concursal.

Entiende que a partir de ahí, el fracaso de la fase de concurso (por ej., porque los acreedores no aprueben ninguna propuesta de convenio) daría paso a la fase de liquidación (vid. artículo 143.1.2 de la Ley concursal), con la consiguiente venta del patrimonio social (masa activa) de mi mandante, la extinción de su personalidad jurídica y el cierre de su hoja registral en el registro mercantil, efectos y consecuencias que, aunque la sentencia estimatoria del recurso de amparo declare posteriormente nulos, de facto habrían dado lugar previa e irremediablemente a la “muerte” mercantil y financiera de aquella, sin posibilidad de “resurrección”, por cuanto que el patrimonio social habría pasado a manos de terceros protegidos (bien por la fe pública registral, bien por ser poseedores de buena fe), cuyas adquisiciones serán inatacables, y, lo que quizás sea más grave, el fondo de comercio (clientela, proveedores, relaciones financieras, etc.) no se podría restablecer de ninguna manera.

7. En escrito registrado el 11 de febrero de 2020, la fiscal ante el Tribunal Constitucional se opuso a la pretendida suspensión del procedimiento, e interesó que, alternativamente, se acuerde la anotación preventiva de la demanda de amparo en el registro mercantil de Murcia y en los registros de la propiedad en los que constan fincas inscritas a nombre de la demandante de amparo.

En su escrito se refiere a las alegaciones de la recurrente de amparo y expone los efectos que —conforme a los apartados segundo, tercero y cuarto del art. 42 y al art. 43 de la Ley concursal— produce la declaración del concurso necesario sobre el deudor, que, en este caso se han materializado en el auto de 24 de mayo de 2018. Sostiene que le corresponde al demandante de amparo la carga de acreditar el perjuicio y argumentar su carácter irreparable, tomando en consideración que el perjuicio debe ser real y actual, sin poder alegar un perjuicio hipotético. Indica que el único perjuicio alegado por el demandante de amparo es la insolvencia sobrevenida como consecuencia del concurso, esto es, basa su petición en un perjuicio futuro e hipotético. Ahora bien, considera que en tanto que el juez ha acordado la mera intervención de la empresa y no la suspensión de las facultades de administración de la demandante, no procede acceder a la suspensión interesada.

Considera, también, que procede acordar la anotación preventiva en los registros de la propiedad y mercantil “para conseguir el efecto protector deseado por el recurrente”, a los efectos de dar publicidad frente a terceros de la pendencia del recurso.

##### II. Fundamentos jurídicos

1. El objeto de esta pieza de suspensión consiste en determinar la procedencia o no de la suspensión cautelar instada por la parte recurrente en amparo y dirigida frente al auto de 24 de mayo de 2018 del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, dictado en el procedimiento de concurso abreviado núm. 368-2017, por el que se declara en concurso de acreedores. La entidad recurrente en amparo justifica inicialmente su solicitud en “los especiales efectos del proceso concursal y los riesgos que supone declarar en concurso a quien no es insolvente”, posteriormente, al formular alegaciones añade que a la vista del estado de tramitación del concurso necesario, “el fracaso de la fase de concurso (por ej., porque los acreedores no aprueben ninguna propuesta de convenio) daría paso a la fase de liquidación (vid. artículo 143.1.2 de la Ley concursal), con la consiguiente venta del patrimonio social (masa activa) y la extinción de su personalidad jurídica lo que ocasionaría irremediablemente la “muerte” mercantil y financiera de aquella, sin posibilidad de “resurrección”, por cuanto que el patrimonio social habría pasado a manos de terceros protegidos (bien por la fe pública registral, bien por ser poseedores de buena fe), cuyas adquisiciones serán inatacables”, y, lo que quizás sea más grave, el fondo de comercio (clientela, proveedores, relaciones financieras, etc.) no se podría restablecer de ninguna manera.

Por su parte la fiscal en sus alegaciones se opuso a la pretendida suspensión del procedimiento, en tanto que el juez ha acordado la mera intervención de la empresa y no la suspensión de las facultades de administración de la demandante. Alternativamente, interesa que se acuerde la anotación preventiva de la demanda de amparo en el registro mercantil de Murcia y en los registros de la propiedad en los que constan fincas inscritas a nombre de la demandante de amparo “para conseguir el efecto protector deseado por el recurrente”, a los efectos de dar publicidad frente a terceros de la pendencia del recurso.

Interesa destacar que el auto de 24 de mayo de 2017 cuya suspensión se pretende, estima la solicitud de concurso necesario y consiguientemente declara en concurso necesario a la demandante de amparo, estableciendo dieciséis pronunciamientos entre los que destacan: (i) la intervención de las facultades de administración y disposición por la administración concursal, designando la persona que la integrará, fijando el plazo de aceptación del cargo y de la obligación de presentación de inventario de bienes y derechos, así como de comunicación con los acreedores; (ii) la publicación de la declaración del concurso con el contenido establecido en los arts. 21, 23 84 y 85 de la Ley concursal, la práctica de las anotaciones en los registros públicos, la comunicación a los juzgados de primera instancia de Totana, de lo social y mercantil de Murcia, entregando a los oficios, edictos y mandamientos a tal fin, y, su notificación al fondo de garantía salarial; (iii) abrir la fase común de tramitación del concurso y formar las Secciones Segunda, Tercera y Cuarta, y, requerir al deudor para que presente la documentación a la que está obligado legalmente.

2. El art. 56.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (LOTC), en la redacción dada por Ley Orgánica 6/2007, de 24 de mayo, dispone que “cuando la ejecución del acto o sentencia impugnados produzca un perjuicio al recurrente que pudiera hacer perder al amparo su finalidad, la Sala, o la Sección en el supuesto del artículo 52.2, de oficio o a instancia del recurrente, podrá disponer la suspensión, total o parcial, de sus efectos, siempre y cuando la suspensión no ocasione perturbación grave a un interés constitucionalmente protegido, ni a los derechos fundamentales o libertades de otra persona”. Por esta razón, la pretensión cautelar analizada se configura como una medida de carácter excepcional y de aplicación restrictiva (por todos, AATC 117/2015, de 6 de julio, FJ 1; 59/2017, de 24 de abril, FJ 1, y 177/2019, de 16 de diciembre, FJ 2).

Adicionalmente, este Tribunal viene exigiendo a quien solicita la adopción de la medida cautelar de suspensión del acto o resolución judicial recurrido que alegue, pruebe o justifique, ofreciendo un principio razonable de prueba, lo irreparable o la dificultad de la reparación de los perjuicios de seguirse la ejecución del acto impugnado, y ello, con el objeto de mostrar que la ejecución del acto recurrido puede privar a la demanda de amparo de su finalidad, provocando que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado sea tardío y convirtiendo en meramente ilusorio y nominal el amparo [AATC 51/1989, de 30 de enero, 290/1995, de 23 de octubre, 370/1996, de 16 de diciembre, 283/1999, de 29 de noviembre, 90/2014, de 27 de marzo, FJ 1; 190/2015, de 5 de noviembre, , FJ 2 a); 59/2017, de 24 de abril, FJ 1; 147/2017, de 13 de noviembre, FJ 1, y 177/2019, de 16 de diciembre, FJ 2]. Ahora bien, como indica la fiscal en las alegaciones “el perjuicio irreparable debe ser real, sin que sea posible alegar un perjuicio futuro o hipotético o un simple temor” (ATC 250/2013, de 4 de noviembre, FJ 1).

3. La aplicación al caso aquí planteado de la doctrina a la que se ha hecho mención permite concluir, de acuerdo con lo manifestado por el ministerio fiscal, que resulta improcedente la suspensión solicitada. El demandante no justifica en qué medida la ejecución del auto, cuya suspensión pretende, puede privar a la demanda de amparo de su finalidad. La mayoría de los pronunciamientos del auto ya han sido ejecutados y sus efectos se han agotado. En relación con los restantes: la intervención de la administración concursal y la apertura de la fase común de tramitación del concurso y la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta, no se justifica en qué modo puede ocasionar un perjuicio real y actual, no meramente hipotético.

En tal sentido debe recordarse que hasta la aprobación judicial del convenio o la apertura de la liquidación, al administrador concursal le corresponde garantizar la viabilidad de la empresa [art. 33.1 b) 1 de la Ley concursal], por lo que no se advierte qué perjuicios pueden seguirse de que el administrador concursal continúe con sus funciones de preservar el patrimonio de la concursada.

Por otra parte, es cierto que la apertura de la fase de liquidación —por concurrir cualesquiera de las causas del art. 143 de la Ley concursal—, ocasionaría, de producirse, efectos lógicamente muy severos. El concursado quedaría sometido a la situación de suspensión en el ejercicio de sus facultades patrimoniales de administración y disposición y sería sustituido por la administración concursal. Además la apertura de la fase de liquidación determinaría la declaración de disolución de la sociedad, con las graves consecuencias asociadas, y a las que se refiere la demandante en sus alegaciones. Ese escenario provocaría, sin duda, que el restablecimiento del recurrente en el derecho constitucional vulnerado fuera tardío, convirtiendo en meramente ilusorio y nominal el amparo. Sin embargo, el propio recurrente pone de manifiesto que el auto de 10 de enero de 2020, dictado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia, en el que se acordaba dar por finalizada la fase común del concurso y abrir la fase de liquidación, declarando la disolución de la demandante, fue anulado, a instancia del recurrente, por otro posterior de fecha 16 de enero 2020, al no haber transcurrido el plazo para que la demandante de amparo pudiera presentar las propuestas de convenio, evitando de este modo la apertura de la fase de liquidación.

Por tanto, la petición efectuada por la actora, así como la subsidiaria efectuada por el ministerio fiscal han de ser denegadas, pues los perjuicios invocados por la demandante además de ser irreparables, deben ser reales, sin que sea posible alegar un perjuicio futuro o hipotético o un simple temor asociado a una eventual apertura de la fase de liquidación del concurso que no consta que se haya producido. Por eso mismo, la denegación de la solicitud de suspensión y de las anotaciones interesadas no impide que esta resolución pueda ser modificada en el curso del proceso constitucional si surgieren nuevas circunstancias (art. 57 LOTC).

Por lo expuesto, la Sala

ACUERDA

Denegar la suspensión cautelar y las anotaciones preventivas de la demanda de amparo solicitadas en el procedimiento de concurso abreviado núm. 368-2017 que se sigue en el Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Murcia.

Madrid, a veinticuatro de febrero de dos mil veinte.