



Audiencia Provincial Civil de Madrid  
 Sección Vigésimoctava  
 C/ Gral. Martínez Campos, 27, 914931988 -  
 28010  
 Tfno.: 914931988  
 37007740  
 N.I.G.: 28.079.00.2-2013/0003080

(01) 30255984988

Rollo de apelación nº 157/2013

Materia: Derecho concursal.

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid

Autos de origen: Incidente concursal 642/2012 (concurso 508/2009)

Parte apelante: ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN

Procurador/a: D. [REDACTED] LOPD

Letrado/a: D. [REDACTED] LOPD

Parte apelada: AGUAS DE PANTICOSA

Procurador/a: D. [REDACTED] LOPD

Letrado/a: D. [REDACTED] LOPD



SENTENCIA nº 21/2015

ILUSTRE COLEGIO PROCURADORES DE MADRID	
RECEPCIÓN	NOTIFICACIÓN
28 ENE 2015	29 ENE 2015
Artículo 151.2	L.E.C. 1/2000

Madrid, a 26 de enero de 2015.

En nombre de S.M. el Rey, La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados D. Angel Galgo Peco, D. Enrique García García y D. Pedro María Gómez Sánchez, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 157/2013, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid en el expediente de referencia con fecha 30 de diciembre de 2012.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

3761





## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El procurador D. LOPD, actuando en nombre y representación de AGUAS DE PANTICOSA, S.A., presentó con fecha 24 de octubre de 2012 demanda incidental sobre declaración de crédito concursal y cumplimiento de convenio contra el Ayuntamiento de Gijón, que fue admitida a trámite en relación con los pedimentos solicitados en ellas solicitados en los siguientes términos: *"Declare que el Ayuntamiento de Gijón es titular de un crédito de naturaleza concursal frente a la actora "Aguas de Panticosa, S.A.", derivado de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de los de Gijón con fecha 8 de enero de 2009, por cuantía de 9.662.240,89 euros (nueve millones seiscientos sesenta y dos mil doscientos cuarenta euros con ochenta y nueve céntimos), que es la fijada por Auto de dicho Juzgado de fecha 13 de febrero de 2012, sin que pueda reconocerse crédito alguno en concepto de Intereses frente a la actora. [...] 3º. Condene al mismo Ayuntamiento de Gijón a estar y pasar por todos los pronunciamientos anteriores. 4º. Imponga las costas del incidente al demandado"*.

**SEGUNDO.-** Seguido el juicio por su trámite, el Juzgado de lo Mercantil dictó, con fecha 30 de diciembre de 2012, sentencia con el siguiente fallo: *"ESTIMANDO la demanda formulada por AGUAS DE PANTICOSA, S.A., siendo demandado el Ayuntamiento de Gijón, debo declarar como declaro que el Ayuntamiento de Gijón es titular de un crédito de naturaleza concursal frente a la actora "Aguas de Panticosa S.A." derivado de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 3 de los de Gijón con fecha 8 de enero de 2009, por cuantía de 9.662.240,89 euros que es la fijada en el auto de dicho juzgado de fecha 13 de febrero de 2012 de naturaleza concursal y en consecuencia está sometido al convenio aprobado en el concurso de la actora (508/2009 del Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid) como incluido a efectos de satisfacción de su crédito a la fórmula de la alternativa primera de la cláusula segunda, consistente en una quita del 70% y pago en 12 años, naturaleza concursal que supondrá la aplicación durante el periodo de vigencia del concurso y hasta la aprobación del convenio de*



Madrid



las reglas contenidas en el art. 50 y siguientes de la LC./ En materia de costas no cabe hacer especial pronunciamiento".

**TERCERO.-** Publicada y notificada la sentencia, el ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición de AGUAS DE PANTICOSA, S.A.

Elevadas las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial de Madrid, se procedió a la formación del correspondiente rollo, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación, votación y fallo el día 22 de enero de 2015.

**CUARTO.-** En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

Ha actuado como ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Angel Galgo Peco, que expresa el parecer del tribunal.

#### FUNDAMENTOS JURÍDICOS

##### **PRIMERO.- ANTECEDENTES RELEVANTES Y TÉRMINOS EN LOS QUE SE SUSCITA EL DEBATE EN LA SEGUNDA INSTANCIA**

1.- El recurso que nos ocupa se plantea contra la decisión judicial de declarar la naturaleza concursal y, por consiguiente, su sumisión al convenio aprobado en el concurso de AGUAS DE PANTICOSA, S.A., del crédito que contra esta última ostenta el ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN derivado de la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 3 de esta localidad en sede de juicio ordinario 97/08.

2.- En esa otra sentencia, estimándose la demanda promovida por el ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN contra **LOPD** y AGUAS DE PANTICOSA, S.A. con fundamento en el artículo 84.2 y 3 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, se dispone el retorno a la titularidad municipal de determinada finca que la **LOPD** había adquirido por vía de





retracto y que posteriormente transmitió a AGUAS DE PANTICOSA, S.A. (a quien en la sentencia no se reconoce la condición de tercero de buena fe a los efectos previstos en el artículo 34 de la Ley Hipotecaria), previo abono por el Ayuntamiento demandante del precio del retracto.

3.- La imposibilidad de dar cumplimiento a la sentencia en sus propios términos, al haber sido la finca litigiosa objeto de ulterior transmisión a terceros amparados por la fe registral, dio lugar a que, en ejecución de sentencia, se fijase, como equivalente pecuniario, el importe de 9.662.240,89 euros y, en concepto de intereses, 624.463,36 euros, que habían de ser entregados a ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN.

4.- La sentencia del Juzgado de Primera Instancia número 3 de Gijón está fechada el 8 de enero de 2009. Devino firme el 8 de marzo 2011 (auto del Tribunal Supremo inadmitiendo el recurso de casación interpuesto contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias confirmatoria de la dictada en primera instancia). El auto por el que se fijó el importe a satisfacer ante la imposibilidad de reintegración material de la finca se dictó con fecha 13 de febrero de 2012.

5.- AGUAS DE PANTICOSA, S.A. fue declarada en concurso por auto de fecha el 29 de diciembre de 2009. En la lista de acreedores no se incluyó crédito alguno a favor del ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN. La lista de acreedores no fue objeto de impugnación en relación con este extremo. Habiéndose presentado propuesta anticipada de convenio, esta fue aprobada por sentencia de fecha 3 de septiembre de 2010, firme.

6.- La apelante defiende que su crédito no resulta subsumible en el artículo 134.1 de la Ley Concursal. El ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN esgrime como principal razón el carácter constitutivo de la sentencia dictada por el Juzgado de Gijón, de modo que el crédito a favor de esta parte no podría entenderse existente antes del momento en que aquella devino firme, el 8 de marzo de 2011 (fecha del auto del Tribunal Supremo no admitiendo el recurso de casación interpuesto contra la sentencia confirmatoria dictada en segunda instancia), resultando, por lo tanto, posterior al concurso, si bien la recurrente se inclina por considerar que el derecho de crédito no cobró carta de naturaleza específica hasta que fue cuantificado, el 13





de febrero de 2012 (fecha del auto por el que se fijó el equivalente pecuniario ante la imposibilidad de proceder a la devolución de la finca).

## SEGUNDO.- VALORACIÓN DEL TRIBUNAL SOBRE EL RECURSO

7.- El discurso impugnatorio del ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN descansa en bases equivocadas, pues la sentencia de la que deriva su derecho de crédito no tiene el carácter constitutivo que le atribuye, lo que arrumba todos sus planteamientos.

8.- Las acciones constitutivas se refieren a supuestos en los que el pronunciamiento judicial es indispensable para la constitución, modificación o extinción de una relación jurídica. Esto no ocurre en los supuestos en los que se trata de facultades de resolución contractual expresas o implícitas, pues para su ejercicio (como tiene declarado con reiteración la jurisprudencia en relación con el artículo 1124 del Código Civil – por todas, sentencia del Tribunal Supremo de 22 de mayo de 2014, con amplia cita jurisprudencial) basta una declaración no sujeta a forma alguna dirigida a la otra parte, si bien a reserva de que, de haber controversia, corresponde a los tribunales decidir sobre la procedencia de la resolución cuando sea discutida.

9.- En el caso que nos ocupa, no nos encontramos sino ante una acción de este otro tipo. En efecto, las pretensiones deducidas por el ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN en el procedimiento promovido ante los tribunales de esa capital tratan causa de lo prescrito en los apartados 2 y 3 del artículo 84 de la Ley 83/1980, de 31 de diciembre, de Arrendamientos Rústicos, cuyo tenor literal deja poco lugar a dudas acerca de la índole de la acción: "[...] 2. *Ejercitado el derecho de acceso (en este caso, derecho de retracto), el arrendatario que adquiera la propiedad de la finca arrendada no podrá, salvo que lo haga en favor del IRYDA, enajenarla, arrendarla o cederla en aparcería hasta que transcurran seis años desde la fecha de adquisición. [...] 3. Si el arrendatario incumpliere cualquiera de las prohibiciones establecidas en el apartado anterior, el arrendador podrá pedir la resolución del contrato ordinario, recuperando la propiedad de la finca, con la consiguiente resolución, según proceda, de la transmisión, arrendamiento o cesión efectuados*". El artículo 84.2 establece una limitación de carácter general para cualquiera de las formas de acceso a la propiedad específicamente contempladas en la Ley 83/1980





a favor del arrendatario (derechos de tanteo, retracto y adquisición preferente, así como, en su momento, el de adquisición forzosa contemplado en los artículos 98 y 99 -derogados por la Ley 1/1992, de 10 de febrero, de Arrendamientos Rústicos Históricos), como contrapartida al señalamiento de un precio no libremente pactado, sino inferior al de mercado, acorde con las normas restrictivas de valoración a que se refiere el articulado de la propia Ley 31/1980. De esta forma, el incumplimiento por parte del arrendatario adquirente de la obligación derivada de tal limitación atribuída al arrendador la facultad de resolver el negocio en que se plasmó la transmisión de la finca como consecuencia del ejercicio de cualquiera de los derechos anteriormente indicados, con efecto reflejo en la ulterior transmisión, arrendamiento o cesión a su vez efectuada por quien así adquirió.

10.- Constando como constaba a la administración concursal (así resulta del informe que presentó) que a la fecha de declaración del concurso ya se había dictado sentencia en primera instancia en ese otro procedimiento a favor del ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN, tal circunstancia debería haberse reflejado en la lista de acreedores (artículo 86.2 de la Ley Concursal), en forma de reconocimiento a la aquí apelante de un crédito contingente con la cualidad de ordinario. Asiste la razón al juez de la anterior instancia cuando afirma que el hecho de que el pronunciamiento judicial estimando las pretensiones deducidas en el seno de ese otro procedimiento paralelo deviniese firme con posterioridad no comporta que el derecho de la corporación aquí apelante a la entrega de la finca en cuestión y, por extensión, a su equivalente pecuniario, deba conceptuarse como crédito contra la masa. Como también le asiste la razón al anterior juzgador al señalar que el crédito en cuestión ha de entenderse sujeto al contenido del convenio aprobado, sin que en modo alguno el hecho de que no figurase en los textos definitivos constituya un óbice para ello, pues así resulta del artículo 134.1 de la Ley Concursal. Sobre estos extremos, poco cabe añadir a la fundamentación expuesta en la resolución recurrida, a la que nos remitimos.

**TERCERO.- SOBRE LA PRETENSIÓN DE LA PARTE APELADA NO EXPLICITADA CON ANTERIORIDAD DE QUE EL CRÉDITO DE LA CONTRARIA DEBERÍA SER CONSIDERADO COMO SUBORDINADO**





11.- En el último apartado de su escrito de oposición, la concursada propugna que el crédito debatido debería ser considerado como subordinado, en aplicación de lo previsto en el artículo 92.1 de la Ley Concursal, pues, se dice, en momento alguno fue comunicado. Aduciendo igualmente que tal circunstancia debería haberse reflejado en la sentencia impugnada, habida cuenta que la materia relativa a la clasificación de los créditos concursales tiene carácter indisponible para las partes, con cita del artículo 100.3 de la Ley Concursal.

12.- Amén de su carácter novedoso, tales planteamientos resultan incorrectos, en la medida en que se apoyan en un régimen expresamente exceptuado por la propia norma en la que se dicen descansar para supuestos como el que aquí nos ocupa, toda vez que, como ya se indicó, nos encontramos ante un crédito que ya a la fecha de la declaración de concurso había sido reconocido judicialmente.

#### **COSTAS.- COSTAS DE SEGUNDA INSTANCIA**

11.- La desestimación del recurso comporta que las costas ocasionadas por el mismo hayan de imponerse a la parte apelante, de conformidad con lo establecido en los artículos 398.1 y 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Vistos los preceptos legales citados y demás de pertinente y general aplicación,

#### **PARTE DISPOSITIVA**

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda:

1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN contra la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2012 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 9 de Madrid en el incidente concursal 642/2012.

2.- Condenar a ILUSTRE AYUNTAMIENTO DE GIJÓN al pago de las costas ocasionadas por el recurso.



Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta sentencia, lo acuerdan, mandan y firman los Ilustrísimos señores magistrados que constan en el encabezamiento de esta resolución.

