



Roj: **SAP M 17642/2016 - ECLI: ES:APM:2016:17642**

Id Cendoj: **28079370282016100353**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **23/12/2016**

Nº de Recurso: **148/2015**

Nº de Resolución: **450/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **ANGEL GALGO PECO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

251658240

**N.I.G.:** 28.079.00.2-2015/0063544

**Recurso de Apelación 148/2015**

Materia: Derecho concursal. Impugnación lista acreedores

Órgano judicial de procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid

Autos de origen: Incidente concursal 427/2013 (concurso 321/2013)

Parte apelante: UNICAJA BANCO, S.A.

Procurador/a: D<sup>a</sup> María Concepción Fuertes Suárez

Letrado/a: D. Joaquín Almoguera Valencia

Parte apelada: AUTOPISTA DE LA COSTA CÁLIDA CONCESIONARIA ESPAÑOLA DE AUTOPISTAS, S.A.

Procurador/a: D. Argimiro Vázquez Guillén

Letrado/a: D. José María Arribas Luque

Parte apelada: ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE AUTOPISTA DE LA COSTA CÁLIDA CONCESIONARIA ESPAÑOLA DE AUTOPISTAS, S.A.

**SENTENCIA nº 450/2016**

En Madrid, a 23 de diciembre de 2016.

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. Francisco de Borja Villena Cortés, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 148/2015, interpuesto contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid en el expediente de referencia con fecha 18 de marzo de 2014.

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



## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** La procuradora D<sup>a</sup> María Concepción Fuertes Suárez, actuando en nombre y representación de UNICAJA BANCO, S.A. presentó con fecha 18 de junio de 2013 demanda incidental sobre impugnación de la lista de acreedores presentada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE AUTOPISTA DE LA COSTA CÁLIDA CONCESIONARIA ESPAÑOLA DE AUTOPISTAS, S.A. en solicitud de sentencia por la que se modifique aquella *"en el sentido de clasificar los créditos de UNICAJA de conformidad con lo previsto en el proyecto de la lista de acreedores y, en concreto: \* Un crédito con privilegio especial por importe total de 20.404.785,83 euros en relación con los contratos "senior" y "junior", en lugar del crédito subordinado reconocido por la Administración Concursal./ \* Un crédito contingente sin cuantía determinada con la clasificación de ordinario en relación con (i) el contrato mercantil de contragarantía y relevación de fianza de fecha 2 de abril de 2004; y (ii) la póliza de contrato mercantil de contragarantía y relevación de fianza número NUM000, en lugar del crédito subordinado reconocido por la Administración Concursal./ Todo ello con imposición de costas a las demandadas en el caso de oposición a los pedimentos de esta parte, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 394 de la Ley de Enjuiciamiento Civil"*.

**SEGUNDO.-** Tanto la concursada como la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL presentaron escrito de contestación oponiéndose a los solicitados por UNICAJA BANCO, S.A.

**TERCERO.-** Seguido el juicio por su trámite, el Juzgado de lo Mercantil dictó, con fecha 18 de marzo de 2014, sentencia con el siguiente fallo: *"Que desestimando la demanda incidental interpuesta por el Procurador Sra. Fuertes Suárez en nombre y representación de Unicaja Banco, S.A. frente a la administración concursal y Autopista de la Costa Cálida, Concesionaria Española de Autopistas, S.A. representado por el Procurador Sr. Vázquez Guillén sobre impugnación de la lista de acreedores, debo absolver y absuelvo a los demandados de los pedimentos deducidos en su contra, imponiendo las costas del incidente a la parte promotora del mismo"*.

**CUARTO.-** Publicada y notificada la sentencia, UNICAJA BANCO, S.A. interpuso recurso de apelación, el cual fue admitido y tramitado en legal forma, con oposición de la concursada y de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL.

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 diciembre 2016.

**QUINTO.-** 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

### I. ANTECEDENTES RELEVANTES

1.- El presente expediente trae causa de la demanda presentada por UNICAJA BANCO, S.A. ("UNICAJA" en lo sucesivo) a fin de que se modifique la lista de acreedores presentada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE AUTOPISTA DE LA COSTA CÁLIDA CONCESIONARIA ESPAÑOLA DE AUTOPISTAS, S.A. (en adelante nos referiremos a la concursada como "**AUCOSTA**"), en el sentido de que determinados créditos de su titularidad que en ella figuran clasificados como subordinados pasen a reflejarse como crédito con privilegio especial (en relación con los que la parte denomina contratos de crédito "senior" y "junior") y crédito contingente sin cuantía determinada con la clasificación de ordinario (en relación con el contrato de contragarantía y relevación de fianza de fecha 2 de abril de 2004 y la póliza de contragarantía y relevación de fianza que se identifica en la demanda).

2.- Tal como se reflejaba en la lista de acreedores presentada por la administración concursal, el motivo de que los créditos controvertidos se hicieran figurar como subordinados era la consideración de UNICAJA como persona especialmente relacionada con el concursado, al haber formado parte del consejo de administración de **AUCOSTA** dentro de los dos años anteriores a la declaración del concurso a través de D. Maximino y D. Rodrigo, ambos empleados suyos.

3.- Como trasfondo de la controversia podemos señalar los siguientes hechos, que resultan incontrovertidos (lo mismo que la existencia e importe de los créditos):

UNICAJA es titular del 4,5% del capital social de **AUCOSTA**

Con fecha 30 de julio de 2003, los socios promotores de **AUCOSTA** suscribieron un acuerdo en el que pactaron que el consejo de administración de esa mercantil estaría compuesto por un total de 13 consejeros, según el reparto que allí se estableció, supeditado a que no se produjeran variaciones en la participación accionarial. Según dicho reparto, UNICAJA contaría con un representante en el consejo de administración.



UNICAJA fue miembro del consejo de administración en el periodo comprendido entre el 25 de marzo de 2004 y el 13 de septiembre de 2005.

Tras el cese de UNICAJA, el puesto que le correspondía en el consejo de administración fue ocupado, sucesivamente, por D. Cayetano, D. Maximino y D. Rodrigo, todos ellos empleados de UNICAJA.

D. Maximino desempeñó el cargo de consejero en el periodo comprendido entre el 2 de febrero de 2010 y el 28 de noviembre de 2011, fecha que pasó a asumirlo D. Rodrigo, quien continuaba en el cargo al tiempo de declararse el concurso.

**AUCOSTA** fue declarada en concurso el 22 de enero de 2013.

4.- Al cabo de la primera instancia, se dictó sentencia desestimatoria. Tal decisión se fundamenta en la condición de administrador de hecho de **AUCOSTA** que se atribuye a UNICAJA, concluyendo el juzgador, a partir de la batería de datos que en la sentencia se señalan, que, tras su cese como consejera, UNICAJA siguió interviniendo en la gestión de **AUCOSTA** por medio de los empleados que fueron nombrados consejeros a propuesta suya.

5.- Disconforme con lo así decidido, UNICAJA recurrió en apelación. En los apartados que siguen examinaremos, en la medida que resulte pertinente para la resolución de la controversia que se plantea, las cuestiones que afloran en el recurso.

6.- No obstante, con carácter previo, se impone dar respuesta a los reparos manifestados por **AUCOSTA** a la admisión del recurso, aduciendo que UNICAJA no recurrió el auto por el que se declara la finalización de la fase común del concurso y la apertura de la fase de convenio, tal como exige el artículo 197.4 LC. Tal respuesta no puede ser otra que la de rechazar los reparos expresados por infundados, ya que obra en autos la oportuna protesta contra la sentencia formulada por UNICAJA a los efectos de su futura impugnación mediante la apelación más próxima (escrito con registro de entrada 4 de abril de 2014, f. 327), haciendo constar expresamente en el escrito de interposición del recurso que este es subsiguiente a la notificación del auto por el que se da por finalizada la fase común, en virtud de su consideración de apelación más próxima, con lo que cabe dar por cumplidos los requisitos establecidos en la norma.

## II. EXAMEN DE LOS MOTIVOS DE IMPUGNACIÓN FORMULADOS POR UNICAJA

7.- El recurso de UNICAJA se estructura en dos apartados. En el primero, se denuncia que la sentencia hace una aplicación "análoga y extensiva" del artículo 93.2 de la Ley Concursal ("LC") para abarcar supuestos no comprendidos en el mismo, contraviniendo de este modo la jurisprudencia que establece que el precepto ha de ser interpretado restrictivamente y no puede ser objeto de aplicación análoga.

8.- Ninguna acogida merece este motivo de impugnación, toda vez que la decisión combatida no se fundamenta en la aplicación análoga del artículo 93.2.º LC. La sentencia no se basa en la aplicación del precepto indicado a un supuesto específico distinto de los contemplados en aquel a partir de la semejanza existente con estos y de la apreciación de identidad de razón. Simple y llanamente, el juzgador de la instancia precedente estima que nos encontramos ante uno de los supuestos de hecho contemplados explícitamente en la norma, por lo que aplica la consecuencia jurídica establecida en la misma.

9.- De esta forma, nuestro análisis ha de focalizarse en el segundo de los motivos de impugnación, en el que se discute precisamente que la situación contemplada resulte encajable en el concepto de administrador de hecho.

10.- El capítulo impugnatorio que nos ocupa refleja el particular análisis que UNICAJA realiza del caso a partir de las notas generales con las que se configuró en nuestra jurisprudencia el concepto de administrador de hecho, recogidas en la sentencia, para concluir que no hay base para afirmar de ella tal condición. En esencia, el razonamiento de UNICAJA se construye sobre los siguientes puntos:

(i) La existencia de un consejo de administración operativo excluye de suyo la posibilidad de un administrador de hecho.

(ii) No resulta admisible la identificación jurídica que en la sentencia se establece entre los consejeros designados sucesivamente a propuesta de UNICAJA y esta última por razón del vínculo laboral existente entre ellos. La doctrina del levantamiento del velo no resulta aplicable al faltar el elemento del fraude en la creación de la estructura societaria como nota identificadora de esta construcción.

(iii) El hecho de que uno de los miembros del consejo de administración de **AUCOSTA** sea designado a propuesta de UNICAJA no convierte a UNICAJA en administradora de hecho, ni es un indicador objetivo de que lo sea.



(iv) UNICAJA carece de capacidad para intervenir indirectamente en la gestión de **AUCOSTA** mediante el ejercicio de una influencia decisiva sobre el órgano de administración de **AUCOSTA**. En este sentido, se apunta que UNICAJA no es socio mayoritario ni socio de control, que no puede identificarse la eventual influencia que pudiera tener UNICAJA sobre uno de los consejeros por ser empleado suyo con capacidad de influencia sobre el órgano de administración de **AUCOSTA**, que ahonda en tal consideración el hecho de que el consejero designado a propuesta de UNICAJA no fuera un consejero ejecutivo, concluyendo de todo ello que UNICAJA carece de un poder autónomo en la dirección y gestión de **AUCOSTA**.

(v) La condición de administrador de hecho ha de ser probada por quien la afirma, lo que implica la acreditación de hechos concretos de injerencia y control efectivo de la sociedad, exigencia esta que no se cumple en el caso enjuiciado.

11.- Coincidimos con la recurrente en que la facultad de proponer a quien haya de cubrir los puestos del órgano de administración no convierte automáticamente a quien la tiene legítimamente reconocida en administrador de hecho. Ya señalamos en la sentencia de 8 de abril de 2013 (ECLI:ES:APM:2013:6910), citada en su recurso por UNICAJA, que la circunstancia de que el nombramiento de la mayoría de los miembros del consejo de administración tenga lugar a propuesta y con el voto concurrente del socio mayoritario o minoritario de control no atribuiría per se a este último la condición de administrador de hecho.

12.- Únicamente cabría alcanzar dicha conclusión cuando hubiese constancia bastante de que el designado se hubiese conducido en el desempeño del cargo siguiendo las instrucciones del proponente.

13.- Somos conscientes de la dificultad que la prueba de tal circunstancia puede revestir, pero ello no debe suponer una renuncia a exigir cuando menos una base indiciaria suficientemente consistente de que es el proponente quien en realidad actúa como administrador, si bien de modo indirecto, sirviéndose del administrador formalmente designado como mero intermediario.

14.- En la sentencia impugnada se subraya a tal fin, amén del hecho mismo del nombramiento a propuesta de UNICAJA, el vínculo laboral existente con los designados. La parte apelada apunta, como dato adicional, que el cargo no era retribuido.

15.- Entendemos que tales elementos, a falta de otras señales significativas de las que poder inferir la influencia determinante de UNICAJA en la actuación concreta de los designados consejeros a propuesta suya, de modo reiterado o siquiera puntualmente en relación con actuaciones especialmente trascendentes para el devenir de la sociedad, no alcanzan a satisfacer las exigencias señaladas.

16.- La sentencia también alude a las manifestaciones del representante de UNICAJA que compareció en la vista, en el sentido de que el Sr. Rodrigo actuaba como representante del accionista UNICAJA (también lo manifiesta más adelante respecto del Sr. Maximino). Consideramos que tales manifestaciones han de ser debidamente contextualizadas, poniéndolas en relación con el contenido del acuerdo de promotores al que con anterioridad se hizo referencia (vid apartado 3 supra), lo que les privaría del significado unívoco que la parte apelada pretende atribuirles.

17.- Amén de todo ello, para que UNICAJA pudiese ser considerada administradora de hecho habría de concurrir otra circunstancia que, ciertamente, falta. En efecto, la idea de desplazamiento, sustitución o suplantación del órgano de administración en las labores de gestión de la sociedad se presenta como corolario de la nota de autonomía inherente al concepto de administrador de hecho.

18.- Resulta ilustrativa a estos efectos, entre las más recientes, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de julio de 2015, ECLI:ES:TS:2015:3442 (cuya formulación reproduce la de 8 de abril de 2016 - ECLI:ES:TS:2016:1502), que sintetiza la doctrina jurisprudencial en los siguientes términos: " *Conforme a esta jurisprudencia, la noción de administrador de hecho presupone un elemento negativo (carecer de la designación formal de administrador, con independencia de que lo hubiera sido antes, o de que lo fuera después), y se configura en torno a tres elementos caracterizadores: i) debe desarrollar una actividad de gestión sobre materias propias del administrador de la sociedad; ii) esta actividad tiene que haberse realizado de forma sistemática y continuada, esto es, el ejercicio de la gestión ha de tener una intensidad cualitativa y cuantitativa; y iii) se ha de prestar de forma independiente, con poder autónomo de decisión, y con respaldo de la sociedad*". Para precisar más adelante, en relación la última de las notas señaladas, que la concurrencia de un administrador de hecho "exige que, por ejercer de facto la gestión de la sociedad, el poder de dirección, de forma soberana e independiente, el administrador de derecho carezca de la autonomía de decisión propia del cargo, porque la tenga supeditada al administrador de hecho. Y ello con independencia de que éste sea administrador de hecho notorio o que lo sea oculto, y que actúe por medio del administrador de derecho".

19.- Resulta patente que tal escenario no vendría propiciado por el eventual influjo de UNICAJA sobre el proceder de sus empleados designados sucesivamente consejeros de **AUCOSTA**. UNICAJA tenía reservado



solo uno de los trece miembros que integran el consejo de administración de la concursada, y ni siquiera se trataba de un consejero ejecutivo (así resulta de la estipulación 9ª del acuerdo de promotores, acompañado como documento número 9 con el escrito de contestación de la concursada, f. 135), lo cual aleja la idea de que esta entidad pudiera asumir el control y gestión de **AUCOSTA** bajo la cobertura que le brindarían sus empleados o que pudiera condicionar las decisiones del consejo de administración a través de aquellos.

20.- Descartada la consideración de UNICAJA como administradora de hecho, queda por examinar un último punto sobre el que se construye el razonamiento de la sentencia impugnada, al hacerse eco de los alegatos de la parte aquí apelada referentes a la concurrencia de fraude de ley. En concreto, se aduce que la proposición de empleados para la cobertura del puesto que UNICAJA tenía reservado en el consejo de administración, en vez de asumir directamente el cargo, responde a la situación generada a raíz de la concesión de un préstamo sindicado a **AUCOSTA** en el que UNICAJA participaría, estimándose que ello supone un fraude de ley, en la medida en que con dicho proceder lo que perseguía la aquí apelante era evitar el conflicto de intereses que comportaría la doble condición de consejero de **AUCOSTA** y entidad agente del crédito sindicado, manteniendo al tiempo la intervención en el consejo de administración por medio de sus empleados, meros administradores aparentes.

21.- Es de observar, no obstante, que, en la medida en que la imputación de fraude de ley se sustenta sobre aquello mismo (la condición de administrador indirecto) que por la afirmación del fraude de ley se pretende demostrar, el razonamiento carece de virtualidad.

22.- El alegato de fraude de ley podría ser examinado desde otra perspectiva, a saber, que la renuncia de UNICAJA a figurar como miembro de pleno derecho del consejo de administración de **AUCOSTA** estuviera preordenada a eludir la aplicación del artículo 93.2.2º LC, lo cual habría de traducirse, constatado tal extremo, en la aplicación de esta última norma ( artículo 6.4 del Código Civil). Carecemos, sin embargo, de un solo dato que así lo indique. Es más, la distancia existente entre el momento en que UNICAJA dejó de desempeñar el puesto de consejero (13 de septiembre de 2005) y la fecha en que **AUCOSTA** fue declarada en concurso (22 de enero de 2013) constituyen un poderoso indicio en contrario.

23.- El análisis que antecede ha de llevarnos a estimar el recurso y, consiguientemente, a acoger los pedimentos articulados en la demanda iniciadora de las actuaciones por la parte aquí apelante, toda vez que, tal como se configuró el debate, la suerte de dichos pedimentos aparece vinculada exclusivamente al veredicto sobre la condición de administrador de hecho de UNICAJA.

### III. COSTAS

24.- La estimación del recurso interpuesto por UNICAJA, que a su vez comporta el éxito de las pretensiones deducidas en su demanda, determina que las costas ocasionadas en la primera instancia deban ser a cargo de la parte contraria, por aplicación de lo dispuesto en el artículo 394.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que no proceda hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas originadas por el recurso, de conformidad con el artículo 398.2 del mismo cuerpo legal.

En atención a lo expuesto, la Sala acuerda el siguiente

### FALLO

1.- ESTIMAR EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la representación de UNICAJA BANCO, S.A. contra la sentencia de fecha 18 de marzo de 2014 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 7 de Madrid en el incidente concursal 427/2013 (concurso 321/2013).

2.- En consecuencia, revocar y dejar sin efecto la meritada sentencia y en su lugar, ESTIMANDO la demanda promovida por UNICAJA BANCO, S.A., ACORDAR:

2.1.- La modificación de la lista de acreedores presentada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL DE AUTOPISTA DE LA COSTA CÁLIDA CONCESIONARIA ESPAÑOLA DE AUTOPISTAS, S.A., a fin de que el crédito por importe de 20.404.785,83 euros en relación con los contratos "senior" y "junior" que allí figura como subordinado pase a quedar reflejado como privilegiado especial, y el crédito contingente sin cuantía determinada en relación con (i) el contrato mercantil de contragarantía y relevación de fianza de fecha 2 de abril de 2004 y (ii) la póliza de contrato mercantil de contragarantía y relevación de fianza número NUM000, que en la lista aparece clasificado como subordinado, pase a clasificarse como ordinario.

2.2.- Imponer las costas de la primera instancia a la parte contraria.

3.- No hacer expreso pronunciamiento condenatorio en cuanto a las costas derivadas del 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.

De conformidad con lo establecido en el apartado ocho de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procédase a la devolución a UNICAJA BANCO, S.A. del depósito consignado para recurrir.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ