



Roj: **SAP Z 2168/2017 - ECLI: ES:APZ:2017:2168**

Id Cendoj: **50297370052017100423**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Zaragoza**

Sección: **5**

Fecha: **20/10/2017**

Nº de Recurso: **626/2017**

Nº de Resolución: **635/2017**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5**

**ZARAGOZA** SENTENCIA: 00635/2017

N10250DIRECCION.- C/ GALO PONTE Nº 1 DE ZARAGOZA-50.003

Tfno.: 976208053-055-051 Fax: 976208052

**N.I.G.** 50297 42 1 2016 0021783

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000626 /2017**

**Juzgado de procedencia:** JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de ZARAGOZA

**Procedimiento de origen:** PROCEDIMIENTO ORDINARIO 0000831 /2016

Recurrente: GRUPO BONAVIA LOGISTICA S.A.

Procurador: JOSE SALVADOR ALAMAN FORNIÉS

Abogado: JORGE VILARRUBI LLORENS

Recurrido: Juan Luis

Procurador: BEATRIZ MARIA DIAZ RODRIGUEZ

Abogado: JOSE IGNACIO DE ARSUAGA Y BALLUGERA

**SENTENCIA nº 635/2017**

**ILMOS. SRES.**

**PRESIDENTE EN FUNCIONES**

**D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER**

**MAGISTRADOS**

**D. ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

**D<sup>a</sup> CAROLINA MARQUET MARCO**

En Zaragoza, a veinte de octubre de dos mil diecisiete.

En Nombre de S.M. El Rey

VISTO en grado de apelación ante esta Sección Quinta de la Audiencia Provincial de ZARAGOZA, los Autos de PROCEDIMIENTO ORDINARIO 831/2016, procedentes del JDO. PRIMERA INSTANCIA N. 11 de ZARAGOZA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 626/2017, en los que aparece como parte apelante- demandado, GRUPO BONAVIA LOGISTICA S.A., representado por el Procurador de los tribunales, Sr. JOSE SALVADOR ALAMAN FORNIÉS, asistido por el Abogado D. JORGE VILARRUBI LLORENS; y como parte apelada-demandante, Juan Luis , representado por la Procuradora de los tribunales, Sra. BEATRIZ MARIA



DIAZ RODRIGUEZ, asistido por el Abogado D. JOSE IGNACIO DE ARSUAGA Y BALLUGERA; siendo Magistrado Ponente el Ilmo. D. ANTONIO LUIS PASTOR OLIVER.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** Se aceptan los antecedentes de hecho de la resolución recurrida de fecha 11-5-2017 cuya parte dispositiva dice: "Que, estimando parcialmente la demanda promovida en JUICIO ORDINARIO Nº 831/G-2016, instado por la Procuradora Sra. Díaz Rodríguez, en nombre y representación de Dn. Juan Luis , contra GRUPO BONAVIA LOGISTICA, S.A., representada por el Procurador Sr. Alamán Forniés, DEBO CONDENAR Y CONDENO a dicha demandada a que pague al actor 46.802, 03 euros, en concepto de principal, más el interés legal de dicha suma, condenando a cada parte al pago de las costas procesales causadas a su instancia y las comunes por mitad.

**SEGUNDO.-** Contra dicha resolución se interpuso recurso de apelación por la parte demandada y dado traslado a la parte contraria, se opuso, elevándose los autos a esta Sala donde se registraron al nº de rollo arriba indicado, señalándose día para deliberación, votación y fallo el 6 de octubre de 2017.

**TERCERO.-** En la tramitación de estos autos se han observado las prescripciones legales oportunas.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO

Se aceptan en parte los de la sentencia recurrida, y

**PRIMERO.-** El demandante, socio único de la sociedad de transportes "Bonavía Logística S.A." vendió todas sus acciones a "Grupo Logístico Sesé S.L.", de tal manera que ésta pasó a ser la titular de "Bonavía Logística S.A."

La operación se desarrolló a través de dos actuaciones relacionadas. Las escrituras de 14-6-2013, propiamente de venta de acciones y la de 10-12-2013 de compraventa de una nave.

El precio de la venta fue de 1 Euro. Pero ese pacto fue acompañado de otros complementarios. En esencia, "Grupo Bonavía S.A." debe de hacerse cargo de deudas de la sociedad y del propio socio único, D. Juan Luis . Entre otras, las derivadas de sendos préstamos hipotecarios que gravan el patrimonio del Sr. Juan Luis y que "Bonavía" se compromete a pagar a éste al ritmo de los vencimientos de aquellos. Se compromete el vendedor a no competir con la sociedad en un plazo de 7 años. Además garantiza la veracidad y exactitud de declaraciones y garantías. Que la sociedad se encuentra al corriente de todas sus obligaciones fiscales, laborales, contables y administrativas, excepto las recogidas en un Anexo.

Todos los *contratos laborales* están siendo ejecutados según la legislación laboral vigente. Aunque la compradora aportará 443.000 euros para pagar salarios no satisfechos.

En todo caso el vendedor (Sr. Juan Luis ) responde frente al comprador y/o la sociedad de consecuencias que tengan su origen en fechas anteriores a la venta. Y en relación a contingencias tributarias, laborales y de seguridad social en función de la normativa aplicable en cada caso.

Se reserva la compradora la posibilidad de resolver el contrato en tres meses, si después de examinar más a fondo la situación de la sociedad aparecieran diferencias significativas (Due diligence).

Esto es la esencia del pacto inicial.

**SEGUNDO.-** Es precisamente por ello que la compradora averigua que los datos ofrecidos no resultaron del todo ajustados a la realidad, apareciendo contingencias no previstas. Sin cuantificarlas, mediante la escritura de 10-12-2013 (6 meses después) se pretende finiquitar la situación nacida con la compraventa de acciones.

Así, se vende a "Bonavía" una nave cuyo precio (1.492.844 euros) no paga la compradora, sino que lo destina al pago de obligaciones exigibles a las sociedades del Sr. Juan Luis en razón de determinados préstamos.

Pero, de nuevo se establecen otros pactos complementarios.

Concretamente, bajo el punto "5.-" será el que constituya un elemento sustancial del objeto de esta litis.

El Sr. Juan Luis y su Grupo quedan exonerados de satisfacer indemnización alguna a "Bonavía" por cualquier perjuicio que pudiera sufrir en el futuro de la falta de veracidad de declaraciones efectuadas en la cláusula 3ª de la primera escritura.

Pero añade: quedan *exceptuadas* posibles contingencias con base en *hechos anteriores* a fecha de 14-junio-2013 y que deriven de *conducta mercantil impropia* , que *no hayan sido comunicadas al comprador*.

Y concreta: su existencia y cuantificación deberá hacerse por *procedimiento arbitral*.



La aparición de aquellas contingencias no deben impedir que "Bonavía" siga atendiendo las obligaciones de pago asumidas excepto que se tratase de contingencias ciertas, por deudas firmes, que se hallaren en fase de ejecución y con origen en hechos anteriores al 14-6-2013. En este caso serán inmediatamente exigibles al vendedor.

Este es el entorno obligacional.

**TERCERO.-** En este contexto, el demandante principal, D. Juan Luis reclama de "Bonavía" el cumplimiento del pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios que se comprometió a abonar y que no hace desde junio de 2016, por un total de 41.792,55 euros; y los servicios del contrato de colaboración pactadas con aquél (13-8-2013) desde agosto 2014 hasta enero de 2015 (jubilación del Sr. Juan Luis ). Total 11.500 euros . Así como el resto de cuotas de los anteriores préstamos.

**CUARTO.-** Se *opone Bonavía y alega compensación*. El 8-4-2016 la Inspección de Trabajo y Seguridad Social requirió a Bonavía el pago de 1.113.752,31 euros por las diferencias de bases de cotización de los empleados de "Bonavía" desde el 1-1-2012 al 31-12-2015. Y ello por dos conceptos: a) menos salarios de los debidos abonar en base al Convenio Colectivo y b) haber cotizado por la categoría de conductores, cuando eran "conductores-mecánicos".

Reclama la *compensación* de 236.991,04 euros del periodo en que "Bonavía" pertenecía al Sr. Juan Luis (Enero-2012 a mayo 2013).

**QUINTO.-** *Bonavía contesta*. Dice que debía de haber reconvenido. Y que, en todo caso, no se dan los requisitos que la escritura establece para su reclamación. Hizo una "Due diligence", con lo que sabía de esa circunstancia al comprar las acciones. Y, todo esto, sólo cabía en un procedimiento arbitral.

**SEXTO.-** La *sentencia de primera instancia* , sí admite la posibilidad teórica de compensar pero respecto al contrato de venta, no al de colaboración. Respecto a éste reconoce una deuda de 5.009,48 euros, no lo reclamado.

Sin embargo, considera la sentencia que el pago de las cuotas de los préstamos hipotecarios quedaban fuera del pacto de nuevas contingencias, que se referirían más bien a la llevanza de la empresa que a los préstamos hipotecarias. Desestimando, pues la compensación.

**SEPTIMO.-** *Recorre la demandada* . Error en la valoración de la prueba e incorrecta interpretación de los contratos.

**OCTAVO.-** En primer lugar es preciso partir del alcance de la institución de la *compensación*.

La jurisprudencia se ha ocupado de examinarla a la luz del Art. 408 LEC . La S.T.s. 427/13, 13-6 razona al respecto: " *El legislador con la LEC 2000 ha introducido una novedosa redacción en el tratamiento procesal de las excepciones de compensación y nulidad absoluta, para impedir que su alegación vía excepción pudiera provocar indefensión en el actor, que, hasta ahora, carecía de trámite y fija plazo para contestar por escrito a dicha defensa argüida al contestar a la demanda.*

*Por ello, la doctrina suele hablar de excepciones reconventionales y la propia exposición de Motivos de la LEC establece que son criterios que la inspiran "por un lado, la necesidad de seguridad jurídica, y, por otro, la escasa justificación de someter a los mismos justiciables a diferentes procesos y de provocar la correspondiente actividad de los órganos jurisdiccionales, cuando la cuestión o asunto litigioso razonablemente pueden zanjarse en uno solo" Añade, además, que "la Ley evita la indebida dualidad de controversias sobre nulidad de los negocios jurídicos -una, por vía de excepción; otra, por vía de demanda o acción-" y "trata diferencialmente la alegación de compensación" (Antecedente VIII).*

*La excepción de compensación, introduce un hecho nuevo que debe ser objeto de pronunciamiento autónomo con fuerza de cosa juzgada.*

*Con anterioridad a la Nueva LEC, la jurisprudencia era rigurosa en materia de compensación, impidiendo su planteamiento como excepción, cuando de compensación judicial se trataba, pues en ésta todo quedaba por determinar, por lo que exigía su formulación como reconvencción para preservar la defensa del demandante.*

*Pese a ello hubo sentencias de esta Sala de 12 de abril , 31 de mayo de 1985 y 16 de noviembre de 1993 , que permitían el planteamiento como excepción, cuando las bases quedaran determinadas de forma clara.*

*Sin embargo, en la Nueva LEC se puede plantear la existencia de "crédito compensable", sin discriminar entre compensación legal o judicial, postura razonable, pues el actor podrá oponerse por los trámites de la contestación a la reconvencción, gozando la resolución recaída de los efectos de la cosa juzgada ( art. 222.2 LEC).*



*En suma, la excepción de compensación goza de un tratamiento procesal autónomo, pues pese a su "nomen" de excepción goza de naturaleza sustantiva, sirviendo de cauce para introducir acciones y hechos nuevos, por lo que tiene sustanciación procesal como si de reconvención se tratase, por lo que carece de sentido exigir, como en la sentencia recurrida que se formule reconvención expresa, pues la parte actora supo desde el primer momento que se articuló expresa y destacadamente la "compensación" y contestó a ella, en virtud del traslado que se le confirió ( STS 26-12-2006. Rec. 468/2000 )."*

Criterio reiterado por la posterior jurisprudencia ( S.T.S. 443/14, 24-7 , SAP Lérida, secc 2 , 411/14, 3-10 , Zaragoza, secc 5ª, 383/16, 7-7 y Huesca 138/14, 27-6 ).

Precisamente, esta última sentencia completa el círculo de la amplitud alegatoria de la compensación cuando al elevarla a la categoría de "excepción reconvencional", reitera que no es exigible la reconvención, " *ni siquiera aunque el crédito compensable provenga de una relación jurídica distinta a la que funda la demanda.*"

**NOVENO.-** Esto nos da ya paso a analizar la relación contractual a tenor de los artículos 1281 y siguientes del Código Civil .

Considera este tribunal que en una interpretación integradora del negocio jurídico de la venta de las acciones de "Bonavía" por parte de D. Juan Luis a "Grupo Sesé", el precio pactado de 1 Euro recoge un entramado de obligaciones recíprocas que pretenden que el comprador asuma las cargas que gravaban económicamente la sociedad, pero bajo unas condiciones.

"Grupo Sesé" analiza y estudia la documentación que le ofrece el vendedor y acepta en base a ella unas obligaciones. Pero, como pueden surgir contingencias con raíces anteriores a la venta pero con efectos posteriores, se pactan -fundamentalmente- dos mecanismos de defensa de los intereses del comprador. Una posibilidad de resolución contractual en el plazo de 3 meses desde la compraventa (Due diligence), si se percatara de que había diferencias significativas entre la información recibida y el resultado de dicha "Due diligence".

Y, segundo, el derecho a ser indemnizados por el Sr. Juan Luis y su Grupo cuando las nuevas contingencias que surjan: a) se basen en hechos anteriores al 14-6-2013; b) obedezcan a conducta mercantil impropia; y c) no comunicada al comprador.

Se pacta para determinar estas contingencias y su cuantía el procedimiento arbitral. Mientras tanto, no podrá el comprador dejar de pagar las obligaciones de pago asumidas; salvo que esas contingencias sean ciertas, firmes y en fase de ejecución.

**DECIMO.-** Estos requisitos son los que hay que examinar.

Empezando por el *procedimiento* . El pacto de **arbitraje** no exige necesariamente del acceso a la jurisdicción. Así lo reitera la jurisprudencia. "Como dice la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 11 de febrero de 2010 ( STS 1669/2010 ) , "el **arbitraje** supone una renuncia a la intervención de los tribunales cuando no es absolutamente indispensable (siempre que la parte interesada invoque oportunamente la cláusula arbitral). Esta renuncia ampara la exclusión de la intervención judicial, cuyos inconvenientes se compensan con los beneficios de la rapidez y flexibilidad en el orden procedimental y sustantivo que constituyen la razón de ser del **arbitraje**."

*De este principio se sigue que la cláusula de sumisión a **arbitraje** no produce efectos si no se oponen como excepción en el proceso, para lo cual está legitimado únicamente el demandado que, por sí o por las personas en las que trae causa, la ha aceptado expresamente frente al demandante con respecto a las relaciones o cuestiones planteadas en el proceso"*

Armoniza con ello, la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de **Arbitraje**, cuyo artículo 11 dispone que " El convenio arbitral obliga a las partes a cumplir lo estipulado e impide a los tribunales conocer de las controversias sometidas a **arbitraje**, siempre que la parte a quien interese lo invoque mediante declinatoria. El plazo para la proposición de la declinatoria será dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda". ( SAP Madrid, secc 13 , 270/2017 , 22,5).

La necesidad de la declinatoria la reitera la SAP Madrid secc 28 , 264/15, 2-10 , 250/16, 24-6 ( arts. 63LEC y 11 de la ley 60/2003 de **Arbitraje** ) y SAP Córdoba 447/16, 2-9 , Granada, secc. 4ª, 280/15, 20-11 y Guipúzcoa, 271/16, 14-11 .

La ausencia de declinatoria en el caso presente recupera para los tribunales el conocimiento de la cuestión litigiosa.

**UNDECIMO.-** No se discute que los hechos que han originado la inspección y subsiguiente reconocimiento de deuda con la T.G.S.S. se inició en 2012 , por lo que se cumple el primer requisito de la excepción responsabilística del Sr. Juan Luis y su Grupo.

**DUODECIMO.- Conducta mercantil impropia.-**

En ausencia de una definición expresa de tal comportamiento, resulta válido el concepto de diligencia exigido a los administradores sociales (art. 225 LSC). Es decir, un ordenado empresario ha de cumplir los deberes impuestos por las leyes. Singularmente, por tanto, de la legislación laboral, fiscal y de la Seguridad Social.

No cabe duda de que, en ocasiones, las interpretaciones de aquéllas ofrecen sombras de duda en su aplicación y ejecución. Sin embargo, en el caso presente el demandante no ha planteado esa posibilidad. Ni consta que haya interesado del comprador la discusión de los conceptos ni cuantías derivadas de la inspección laboral.

Entiende este tribunal que abonar a los trabajadores cantidades inferiores al salario mínimo establecido en Convenio Colectivo y pagar el salario correspondiente a categoría inferior, son conductas mercantiles impropias.

**DECIMOTERCERO.- Contingencias no comunicadas al comprador.-**

Tampoco se discute que este dato no se le hubiera comunicado a "Grupo Sesé". El testigo D. Ruperto , yerno del Sr. Juan Luis y titular de su Gestoría y Asesoría, reconoce que aquellas circunstancias no se le comunicaron por escrito a "Grupo Sesé"; aunque entiende que tras el examen de la documentación de la empresa y la "Due diligencia" debería de saberlo.

Reconoce que las nóminas se hacían como recoge la Inspección de trabajo, que en 2012 no se aplicó la actualización de salarios porque no había dinero y que mientras el asesoraba sí ocurría lo dicho por la Inspección, pero que no vio ninguna resolución que dijera que tenían que constar como "conductores-mecánicos" y no como "conductores".

Por tanto, la contingencia no fue comunicada.

**DECIMOCUARTO.- ¿Asumió el comprador aquellas irregularidades como Acto Propio?.**

Lo cierto es que el hecho de que el comprador pudiera o hubiera debido de darse cuenta de esa irregularidad (hablamos en hipótesis) no constituye elemento jurídico de exención de responsabilidad del vendedor.

La propia testifical del yerno del vendedor da a entender que ese tema no fue objeto de especial negociación. Y, desde luego, no puede negarse su trascendencia. Tampoco reúne, pues, los requisitos del "Acto Propio". Es decir, un comportamiento voluntario, dirigido a causar estado y que revele de forma inequívoca una determinada voluntad ( S.T.S. 448/17, 13-7 ).

El pacto o pactos complejos y prolijos entre vendedor y comprador no constituye un juego de azar ni un intento de ocultar datos a la otra parte. Se presume la lealtad negocial, dentro de una realidad con muchas aristas.

El enfoque responsabilístico de las contingencias surgidas después de la compra, pero basadas en hechos anteriores, está dirigido al equilibrio de mutuas contraprestaciones propio de los negocios sinalagmáticos: art. 1274 C.civil .

Por eso, es un pacto habitual en este tipo de negocios, ya que las situaciones desconocidas de signo económico negativo, influyen -evidentemente- en el precio. Que hubiera sido menor de haberlas conocido con exactitud.

Por eso, además, en este caso el comprador sólo reclama las consecuencias económicas imputables al comportamiento de su vendedor. Asumiendo las propias de sus decisiones. Como titular de la empresa.

Procede, pues, estimar la compensación.

**DECIMOQUINTO.-** La compensación se declara en la sentencia de este procedimiento porque se dan los requisitos de créditos y débitos concurrentes que, por tal concurrencia, se extinguen.

El hecho de que, aun a pesar de ello, el comprador debería de haber seguido satisfaciendo sus obligaciones, en tanto que sus créditos (nacidos de las contingencias) no fueran firmes, no es óbice a la compensación que aquí se declara.

Por una parte, aunque no haya sido objeto específico del pleito, en ningún momento se ha discutido la exigibilidad de lo acordado en la Resolución de la Administración laboral. Y, por otra parte, aunque así hubiera sido, ello no sería óbice para la compensación. En su caso, habría título para pedir indemnización de perjuicios por el impago. Lo que no se ha actuado.

**DECIMOSEXTO.-** Por todo lo cual, estimándose la compensación, procede desestimar la demanda. Con aplicación del principio de vencimiento en materia de costas ( arts 394 y 398 LEC ).

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





## FALLO

Que estimando el recurso de apelación interpuesto por la legal representación de "Grupo Bonavía Logística S.A.", debemos revocar la sentencia apelada. Y estimando la excepción de compensación, desestimar la demanda, absolviendo a aquélla de la misma. Con condena en costas a la parte actora. Sin condena a las costas de esta alzada. Devuélvase el depósito.

Contra la anterior Sentencia cabe interponer Recursos por Infracción Procesal y/o Casación ante esta Sala en el plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección (nº 4887) BANCO DE SANTANDER,, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia con testimonio de la presente resolución.

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

FONDO DOCUMENTAL CENDO