



Roj: **SAP M 14909/2017 - ECLI: ES:APM:2017:14909**

Id Cendoj: **28079370282017100431**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **10/11/2017**

Nº de Recurso: **537/2016**

Nº de Resolución: **487/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

SECCIÓN 28 (de lo mercantil)

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

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.47.2-2010/0011566

Rollo de apelación nº 537/2016

- **Materia** : Derecho concursal, acción de anulación de actos de disposición.
- **Órgano judicial de origen** : Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid
- **Autos de origen** : Incidente Concursal 760/10
- **Parte Apelante** : BANCO CAJA ESPAÑA INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A.

Procurador/a: Dña. Soledad Urzaiz Moreno

Letrado/a: D. Ángel Alonso Hernández/ Dña. Ana Julia Mendoza Chappori

- **Parte Apelada** : NOZAR S.A.

Procurador/a: D. Antonio Rafael Rodríguez Muñoz

Letrado/a: D. Francisco Prada Gayoso

SENTENCIA nº 487/2017

Ilmos Srs. Magistrados :

D. Alberto Arribas Hernández

D. José Manuel de Vicente Bobadilla

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

En Madrid, a 10 de noviembre de 2017.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 537/2016 , los autos de Incidente concursal 760/2010 336/2011, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Madrid.

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

Asimismo es parte personada en esta instancia la Administración Concursal de NOZAR S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

(1).- La parte dispositiva de la sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Que estimando la demanda incidental sobre la anulación de la ampliación del crédito por el anexo firmado el día 20 de enero de 2009 al contrato de prestado de 20 de julio de 2007 por importe de 4.754.729,94 € realizado por NOZAR a LA CAJA DE AHORROS DE SALAMANCA Y SORIA, (CAJA DUERO), hoy CAJA ESPAÑA, y que canceló otro crédito por el mismo importe que tenía NACOR con dicha entidad, debo declarar la nulidad de dicha ampliación, y en su consecuencia condenar a la demandada CAJA ESPAÑA a la devolución de 4.754.729,94 € más los intereses y costas."

(2).- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la entidad BANCO CAJA ESPAÑA INVERSIONES, SALAMANCA Y SORIA, S.A. y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 8 de noviembre de 2017.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco de Borja Villena Cortés.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Contenido de la resolución apelada.

(1).- En fecha de 18 de junio de 2015, por el Juzgado Mercantil Nº 2 de Madrid se dictó Sentencia, en el procedimiento tramitado como Incidente Concursal nº 760/2010, seguido a instancia de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL del concurso de NOZAR SA, como parte actora, contra BANCO CEISS SA, parte demandada, en la que se estimó la demanda de anulación de una ampliación de préstamo celebrada entre el deudor y tal entidad, en fecha de 20 de enero de 2009.

(2).- Para ello, la Sentencia ahora apelada se basa esencialmente en los siguientes fundamentos:

(i).- El concurso de NOZAR SA debe entenderse declarado a todos los efectos el día 21 de noviembre de 2008, de acuerdo con la resolución dictada por la Audiencia Provincial.

(ii).- Desde tal fecha se desplegaban ya todos los efectos propios del concurso, incluida la intervención de facultades del deudor.

(iii).- No es presupuesto de esta acción de anulación por falta de intervención de la Administración Concursal el daño o perjuicio para la masa, ya que no se está en sede de reintegración concursal.

(iv).- El acto atacado está dentro del periodo concursal y se realizó sin intervención de aquel órgano concursal, lo que conlleva su anulación, al no haber sido confirmado.

Objeto del recurso de apelación .

(3).- *Apelación* . Por BANCO CEISS SA se interpone recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 2 de Madrid, en el que insta la total revocación de la misma y la desestimación de la demanda interpuesta.

Para ello, el recurso de apelación se sustenta en los motivos de impugnación que más adelante se expondrán.

(4).- *Oposición al recurso* . Por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL se presentó escrito de oposición al recurso de apelación formulado por la parte contraria, e instó la ratificación de la sentencia apelada, con imposición de costas de la alzada a la misma.

Previo: orden de examen de los motivos de recurso .

(5).- Dadas las especiales circunstancias procesales del presente asunto, razones de sistemática jurídica llevan a considerar necesario dar respuesta en primer lugar a los motivos de recurso dirigidos a combatir el fundamento básico de la Sentencia apelada. Además, la estructura del Suplico del escrito de recurso de BANCO CEISS SA conforma los demás motivos como subsidiarios de aquel como principal.

Motivo primero: infracción del art. 40.7 LC .

(6).- *Exposición del motivo* . La alegación esencial del recurso de BANCO CEISS SA pivota sobre la posible estimación de una cuestión prejudicial relativa al recurso de apelación contra el Auto de fecha 17 de septiembre de 2010 del Juzgado Mercantil Nº 2 de Madrid, en el que se fijó como fecha de declaración de concurso de



NOZAR SA, para desplegar todos sus efectos, el día 21 de noviembre de 2008, fecha de presentación de la solicitud de concurso necesario contra ella, inicialmente desestimada.

Al respecto, señala el recurso de BANCO CEISS SA, que de quedar modificado dicho Auto de 17 de septiembre de 2010 en lo relativo a la fecha de declaración de concurso, no podría sostenerse que el acto de disposición objeto de acción anulación por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL infringe el art. 40.7 LC , al no desplegar efectos dicho precepto para actos anteriores a la fecha de declaración de concurso.

A ello añade el escrito de recurso que, incluso para el caso de no llegar a producirse tal estimación del recurso de apelación contra el Auto de fecha 17 de septiembre de 2010 , no podría estimarse la acción de anulación deducida por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, ya que la alteración de la fecha de declaración de concurso y los efectos que de ella derivan, no puede tener efecto retroactivo en perjuicio de terceros, al no permitir observar un periodo temporal donde realmente no había declaración de concurso, como si realmente hubiera existido el mismo, ya que de hecho, ni existía Administración Concursal nombrada.

(7).- Circunstancias procesales relevantes . Antes de resolver sobre el fondo del motivo es necesario dejar sentados los principales hitos de tramitación que atañen a esta cuestión. Son los siguientes:

1º.- En fecha de 21 de noviembre de 2008, un acreedor, Avalatransa, presentó solicitud de concurso necesario contra NOZAR SA, la cual se opuso a dicha solicitud.

2º.- El Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Madrid dictó Auto en fecha de 5 de mayo de 2009 en el que desestimó dicha solicitud de concurso necesario.

3º.- En fecha de 15 de septiembre de 2009, el citado Juzgado acordó mediante Auto la declaración de concurso voluntario de NOZAR SA, a su instancia.

4º.- Por el acreedor instante del concurso necesario, Avalatransa, se había interpuesto recurso de apelación contra el Auto desestimatorio de su solicitud, el de fecha 5 de mayo de 2009 . Ese recurso fue resuelto por Auto de la AP de Madrid, sec. 28ª, de fecha 28 de junio de 2010 , el cual estimó el recurso, e indicó que la solicitud de concurso necesario debía ser estimada.

5º.- Tal Auto de 28 de junio de 2010, de la AP de Madrid, dispuso además la necesidad de adaptar a ese pronunciamiento los efectos del concurso que el Juzgado ya había declarado como voluntario. Y en tal sentido señaló que " *Lo procedente a estas alturas no es una nueva declaración de concurso necesario para seguir un proceso al margen del ya existente, sino la adaptación de éste, que ha de resultar absorbido por aquél (pues la ley contempla siempre un único expediente concursal en los casos de pluralidad de solicitudes referidas al mismo deudor - artículo 15 de la LC), a las consecuencias del éxito obtenido, merced a la presente apelación, por la solicitud de concurso necesario de AVALATRANSA S.A. que era prioritaria en el tiempo (artículo 22.1 de la LC). En consecuencia, el juzgado de lo mercantil deberá adoptar las medidas precisas para que se aproveche el cauce procesal del concurso ya existente, realizando los trámites oportunos para su prosecución, aunque con las modificaciones inherentes a su consideración como concurso necesario (privilegio del instante -- artículo 91.6º de la LC --, cambio, si el juez del concurso lo estimase procedente, del régimen de intervención al de suspensión -- artículo 40 de la LC --, tratamiento correspondiente del crédito, al que luego se aludirá, por costas del incidente de oposición -- artículo 20.1 de la LC --, etc.), manteniendo en todo lo posible las actuaciones que hayan sido realizadas, al amparo del principio de conservación de actos procesales (artículos 243.1 de la LOPJ y 230 de la LEC) que la jurisprudencia ha considerado, también cuando se ha pronunciado a propósito de la nueva Ley Concursal (sentencia del Pleno de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo de 22 de abril de 2010), que debe prevalecer en aras a las reglas de economía procesal y de preferencia por las soluciones que puedan suponer un efecto útil para el proceso".*

6º.- En fecha de 17 de septiembre de 2010, el Juzgado Mercantil Nº 2 procedió a dictar Auto por el que, entre otros extremos, fijaba como fecha de declaración de concurso el día 21 de noviembre de 2008, al señalar tal resolución que con ello se pretendía dar cumplimiento a lo acordado por la Audiencia Provincial.

7º.- Ese Auto de fecha 17 de septiembre de 2010 también fue objeto de recurso de apelación, el cual se resolvió por Auto de fecha 12 de mayo de 2017, de la sec. 28ª. de la Audiencia Provincial, el cual acordó la nulidad radical y absoluta del pronunciamiento por el que se alteraba la fecha de declaración de concurso.

(8).- Determinación del acto objeto de ataque y el fundamento del mismo . La demanda de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL se dirige contra una ampliación de un préstamo firmada en fecha de 20 de enero de 2009, inicialmente concertado tal préstamo entre NOZAR SA y Caja Duero en fecha de 20 de julio de 2007. Mediante tal ampliación de préstamo, se pasa de una suma inicial de 15.000.000€ a una nueva entrega ahora de 4.754.729€, la cual se pacta que se destine por completo a la cancelación de otro préstamo concertado entre la propia Caja Duero y la entidad Nacor, filial de NOZAR SA.



(9).- El fundamento exclusivo de la demanda de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL fue que dicho acto de ampliación de préstamo se había hecho en periodo concursal, por su fecha, pero sin la intervención preceptiva de tal órgano concursal, art. 40.7 LC , ya que había que computar la declaración de concurso desde la fecha de 21 de noviembre de 2008, como había fijado el Auto del Juzgado de fecha 17 de septiembre de 2010 . Además, tal ADMINISTRACIÓN CONCURSAL rechazaba expresamente la confirmación de tal acto anulable, según su demanda.

(10).- *Valoración del tribunal* . Basta el contraste entre las fechas de realización del acto objeto de acción de anulación y la de efectiva y real declaración de concurso para alcanzar la conclusión de que el recurso debe ser estimado, ya que en fecha de 20 de enero de 2009 NOZAR SA no estaba en situación de concurso de acreedores, y no regían sus efectos sobre la limitación de las facultades de disposición del deudor. Esta misma problemática ha sido analizada por la SAP de Madrid, sec. 28ª (mercantil), nº 437/2017, de 2 de octubre , FJ 3º , en la cual se señala que:

" Hemos de advertir en primer lugar que los efectos de la declaración de concurso solo pueden producirse - como es obvio - a partir de tal declaración.

En este caso la declaración de concurso voluntario es de fecha 15 de septiembre de 2009, por lo que difícilmente el 31 de marzo de 2009 podían quedar afectadas las facultades patrimoniales del deudor.

Es más, el auto que en su día dictamos en relación a la declaración de concurso necesario únicamente establecía la obligación de adaptar el pronunciamiento al concurso voluntario ya declarado desde el 15 de septiembre de 2009. En ningún caso procedía fijar una nueva fecha de declaración de concurso, que acaba por retrotraer sus efectos al 21 de noviembre de 2008, tal y como hace el auto del Juzgado de lo mercantil de 17 de septiembre de 2010 , y ello sobre la base de una pretendida "armonización" de la resolución dictada por la Sala con el concurso voluntario declarado en virtud de auto de 15 de septiembre de 2009 , lo que resulta incomprensible.

Así lo hemos expuesto en nuestro auto de 12 de mayo de 2017 (R. 15/2017) por el que se declara la nulidad del pronunciamiento efectuado en el citado auto del Juzgado de lo mercantil de 17 de septiembre de 2010 , que se retrotrae la declaración de concurso al 21 de noviembre de 2008. A tal efecto señalamos que tal pronunciamiento carece de apoyo legal y está en manifiesta contradicción con lo resuelto por la Sala en nuestro auto de fecha 28 de junio de 2010 , antes citado.

En consecuencia, el recurso debe ser estimado en cuanto en la fecha en que se efectuó la cancelación parcial del crédito no se había producido ningún efecto derivado de la declaración de concurso, y por lo tanto no concurre el presupuesto que para la acción de nulidad contempla el artículo 40.7 LC "

Resto de los motivos de recurso .

(11).- Una vez alcanzada la conclusión de que procede estimar el recurso por el motivo articulado por BANCO CEISS SA como principal, no es procedente ya continuar con el análisis de los demás motivos.

Revisión del pronunciamiento de costas de la primera instancia .

(12).- Una vez alcanzada la conclusión en esta apelación de que debió ser desestimada íntegramente en la primera instancia la demanda presentada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, de acuerdo con todos los elementos de juicio ya presentes entonces, el criterio para determinar la imposición de costas, por remisión del art. 196.2 LC , debió ser el fijado en el art. 394.1 LEC , " *las costas de la primera instancia se impondrán a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones* ", el cual recoge el principio objetivo de imposición por vencimiento procesal, criterio claro y seguro para la determinación de la condena. Y ello " *salvo que el tribunal aprecie, y así lo razone, que le caso presenta serias dudas de hecho o de derecho* ", añade el precepto, como excepción a aquel principio general.

Concurren en este supuesto especiales dudas de Derecho, derivadas de la situación generada para las partes por el Auto del Juzgado que alteró la fecha de los efectos de declaración de concurso, que llevan a no imponer costas, como se razonará igualmente para las de segunda instancia.

Costas procesales del recurso de apelación .

(13).- Dispone el art. 398.2 LEC , en cuanto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos para el supuesto de su acogimiento, aún parcial, que " *En caso de estimación total o parcial de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, no se condenará en las costas de dicho recurso a ninguno de los litigantes* ".

En atención la situación de razonable duda de Derecho generada por lo que se acordó por el Juzgado, respecto a la fecha de efectividad de la declaración de concurso, no ha de procederse a la imposición de costas, ya



que la parte actora hubo de observar los hechos que daban lugar a la demanda de acuerdo con lo establecido en dicha resolución.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

FALLO

I.- Debemos estimar y estimamos en parte el recurso de apelación interpuesto por BANCO CEISS SA frente a la Sentencia de fecha 18 de junio de 2015, del Juzgado de lo Mercantil Nº 2 de Madrid, recaída en el proceso seguido como Incidente concursal nº 760/2010 de tal juzgado, del concurso del deudor NOZAR SA.

II.- Debemos revocar y revocamos íntegramente dicha resolución, y en su lugar realizamos los siguientes pronunciamientos:

1º.- Debemos desestimar y desestimamos íntegramente la demanda presentada por la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL del concurso de NOZAR SA contra BANCO CEISS SA, a la que absolvemos de las pretensiones contra ella dirigidas por aquella parte actora.

2º.- Debemos declarar y declaramos que no procede condena en costas de la primera instancia para ninguna parte litigante.

III.- Declaramos que no procede condena en costas de la segunda instancia a ninguna de las partes procesales.

IV.- Acordamos la devolución del depósito realizado, en su caso, para la interposición del recurso de apelación.

Modo de impugnación.- Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de forma conjunta, 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 nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.