



Roj: **SAP V 1225/2018 - ECLI: ES:APV:2018:1225**

Id Cendoj: **46250370092018100146**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Valencia**

Sección: **9**

Fecha: **20/02/2018**

Nº de Recurso: **1408/2017**

Nº de Resolución: **133/2018**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **BEATRIZ BALLESTEROS PALAZON**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

ROLLO NÚM. 001408/2017

VTA

SENTENCIA NÚM.:133/2018

Ilustrísimos Sres.:

MAGISTRADOS

DOÑA PURIFICACIÓN MARTORELL ZULUETA

DON LUIS SELLER ROCA DE TOGORES

DOÑA BEATRIZ BALLESTEROS PALAZÓN

En Valencia a veinte de febrero de dos mil dieciocho.

Vistos por la Sección Novena de la Ilma. Audiencia Provincial de Valencia, siendo Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado DOÑA BEATRIZ BALLESTEROS PALAZÓN, el presente rollo de apelación número 001408/2017, dimanante de los autos de , promovidos ante el JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA, entre partes, de una, como apelante a HANJIN SHIPPING CO LTD, representado por el Procurador de los Tribunales INMACULADA ALBORS MENDEZ, y asistida del Letrado JAVIER PORTALES RODRIGUEZ y de otra, como apelados a KMG CONCURSAL S.L.P, ADMINISTRADOR CONCURSAL, HANJIN SPAIN S.L, TERMINAL CATALUNYA S.A y TOTAL TERMINAL INTERNATIONAL ALGECIRAS S.A.U representados por el Procurador de los Tribunales MARGARITA FERRA PASTOR, María Virtudes y Nicanor , y asistido del Letrado BEATRIZ RUA PELAEZ, FEDRA VALENCIA GARCIA, JAIME RODRIGO DE LARRUCEA y PATRICIA CRISTINA BALBUENA LOPEZ, respectivamente, en virtud del recurso de apelación interpuesto por HANJIN SHIPPING CO LTD.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- La Sentencia apelada pronunciada por el Ilmo. Sr. Magistrado del JUZGADO DE LO MERCANTIL Nº 2 DE VALENCIA en fecha 16 de junio de 2017 , contiene el siguiente FALLO: "DESESTIMAR ÍNTEGRAMENTE la petición efectuada por la representación procesal de HANJIN SHIPPING CO. LTD. contra HANJIN SPAIN, S.A. y Administración Concursal y, en consecuencia, NO HA LUGAR a la separación de bienes instada por la actora, con expresa imposición de las costas causadas en este incidente a la parte demandante." *Procediéndose a dictar auto de aclaración en fecha 30 de junio de 2017, el cual contiene la siguiente parte dispositiva:* "Estimar la solicitud de intervención voluntaria efectuada por la representación de Terminal Catalunya S.A., por lo que se admite su participación en el presente incidente en su condición de parte demandada, sin que quepa la retroacción de actuaciones".

SEGUNDO .- Que contra la misma se interpuso en tiempo y forma recurso de apelación por HANJIN SHIPPING CO LTD, dándose el trámite previsto en la Ley y remitiéndose los autos a esta Audiencia Provincial, tramitándose la alzada con el resultado que consta en las actuaciones.



TERCERO. - Que se han observado las formalidades y prescripciones legales.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- Planteamiento

La representación procesal de Hanjin Shipping interpone recurso de apelación contra la sentencia de 16 de junio de 2017, dictada por el Ilmo. Magistrado- Juez de Adscripción Territorial del Juzgado Mercantil núm. 2 en el seno del concurso ordinario 922/2016, cuya deudora es Hanjin Spain, S.L., que resuelve el incidente concursal 155/2017 de separación de bienes de la masa activa (art. 80 LC), que desestimaba la demanda incidental interpuesta por la parte recurrente contra el Administrador Concursal (en adelante AC) del concurso ordinario 922/2016 y contra la deudora, siendo coadyuvantes de la parte demandada Total Terminal International Algeciras, S.A.U. y Terminal Catalunya, S.A.

La parte actora, incurso en proceso concursal en Corea, solicita la separación de fondos por importe de 7.382.414,35 euros y 1.003.220 dólares americanos, depositados en sendas cuentas bancarias de la entidad Banco Sabadell, S.A. Su reclamación se sustenta en el contrato de agencia de 1 de enero de 2012 firmado entre las partes, donde la deudora era agente general de buques de la sociedad coreana en España por cuenta de la demandante, en calidad de consignatario de buques, como intermediario de la parte actora en España, de forma que se encargaba del pago de las operaciones (mediante provisión de fondos), cobro de operaciones, a cambio del pago de honorarios o compensación económica a la sociedad española a través de un procedimiento de liquidación de saldos.

Con tal planteamiento reclama la totalidad de los fondos depositados en dichas cuentas corrientes a tal fin, porque son propiedad de la actora, de acuerdo con el funcionamiento del sistema de cobros, envíos y pago de comisiones y gastos (folio 12).

Efectuada reclamación extrajudicial a la AC, conforme prescribe el art. 80 LC , trata de desvirtuar los argumentos de la AC para oponerse a tal separación:

Hubo un cambio en la operativa del contrato de agencia desde agosto de 2016, de forma que la sociedad española hacía sus propias liquidaciones, tras cobros y pagos, y después reintegraba el sobrante a la parte actora. Justifica que eso se debió a la declaración del concurso de la sociedad actora en Corea el 1 de septiembre de 2016.

No cabe la separación de bienes en virtud de una cláusula contractual entre la sociedad matriz (actora) y la sociedad filial (deudora). La AC no da razones, no se ha atacado la validez del contrato y se ha cumplido entre las partes y nuestro ordenamiento jurídico admite el contrato de agencia marítima.

La actora no puede cobrar antes que los demás acreedores. Alega que no es acreedor sino propietario de los fondos, que así se declara en el mismo contrato y debe proteger a sus acreedores de todo el mundo en su concurso en Corea.

Las cuentas bancarias son titularidad de la deudora española. Es un argumento meramente formal y hay que estar a la realidad. Semanalmente enviaban las remesas a la actora porque los fondos son de su propiedad.

Fungibilidad del dinero. Los fondos de las cuentas bancarias no están confundidos ni mezclados porque son cuentas separadas y los fondos son de la actora. Cabe la separación en estos casos como declara la SAP Córdoba, Sec. 1ª, de 28 de marzo de 2016 o la SAP Madrid, Sec. 28ª, de 17 de octubre de 2012 que reproduce otra de 12 de marzo de 2010.

A esta demanda se opusieron la AC (folio 2 del tomo 2), la concursada española (folio 57, tomo 2), Total Terminal International Algeciras, S.A.U. (folio 163, tomo 2) y Terminal Catalunya, S.A. (folio 301, tomo 2).

La sentencia, entrando en el fondo, afirma que estamos ante una cuestión jurídica sencilla, sin que sea admisible el informe pericial en su aspecto jurídico.

Toma como premisas que no se discute la relación de agencia, que es un negocio jurídico bilateral del que nacen derechos y obligaciones para ambas partes; que el dinero es un bien esencialmente fungible; y cuál es el funcionamiento del contrato de agencia (párrafo cuarto, FJ Tercero, folio 351).

El dinero en las cuentas bancarias es un depósito irregular porque el dinero es esencialmente fungible, ni siquiera el depositante es propietario de un dinero concreto sino que ostenta un derecho de crédito a favor del titular de las cuentas bancarias. Por ello el agente es propietario de los fondos y la naviera tiene un derecho de crédito a que se le transfiera la totalidad de los fondos (cash pool) pero no un derecho real sobre los fondos. Es un mero acreedor y no propietario.



Por otro lado, reclama la totalidad del importe y ni siquiera respeta las cantidades que puedan corresponder a la sociedad española por sus servicios.

Como conclusión reconoce un crédito subordinado a la actora con base en el art. 92.5 LC por tratarse de la sociedad matriz de la sociedad española, y deberá reconocerse en el concurso de Corea.

La parte actora formula recurso de apelación contra la sentencia invocando varios motivos, que desarrolla a lo largo de 46 páginas.

En primer lugar invoca error por rechazar la práctica de prueba y denegar a celebración de vista, solicitando se declare la nulidad de la sentencia.

Subsidiariamente, como segundo motivo, alega infracción del art. 80 LC . Manifiesta que dicho precepto también se puede aplicar excepcionalmente a fondos económicos aunque sean fungibles. Reitera que la actora es la propietaria de los fondos en virtud del contrato de agencia, que dicho contrato se rige por el Derecho Coreano y quien dude de su validez debe impugnarlo allí, que dicho contrato se cumplió hasta la declaración de concurso de cada parte y la forma de actuación acredita que ambas partes consideraban los fondos propiedad de la actora.

Por otro lado, la sentencia no menciona el cambio de procedimiento en la liquidación de los pagos y cobros. En realidad dicho cambio sólo se alegó por los demandados para generar dudas sobre la confusión de fondos, para evitar la estimación de la demanda. Los tres correos electrónicos aportados son tres ocasiones puntuales que responden a decisiones de la propia actora porque ella es la titular de los fondos. En todo caso, dicho cambio no cumple las reglas de modificación del contrato previstas en este mismo. La liquidación no puede condicionar la separación porque los fondos se remitían íntegramente por la demandada a la actora y ésta hacía las liquidaciones y su crédito ya está reconocido en el concurso de Corea.

Insiste en la jurisprudencia que admite la separación de bienes fungibles, con cita de la SAP Barcelona, Sec. 15ª, de 17 de noviembre de 2011 .

Por último, como tercer motivo, de carácter subsidiario también, impugna la condena en costas porque considera que en este caso existían dudas de hecho y de derecho.

A este recurso se opone la representación de la deudora (folio 449, tomo 2, a lo largo de 20 páginas). En primer lugar insiste, como ya hizo en la contestación a la demanda, en que la parte actora incurre en incongruencia porque pide la separación de un activo pero no la separación del pasivo por sus acreedores reconocidos en el concurso en Corea.

En relación al primer motivo, no procede porque no recurrió en forma la providencia que dejaba los autos vistos para sentencia sin celebración de vista (con cita de jurisprudencia de esta Sala, del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional).

Al segundo motivo alega que la propiedad del dinero corresponde a su poseedor hasta la entrega, conforme SAP Córdoba, Sec. 3ª, de 12 de febrero de 2013 ; que el actor es un mero acreedor como declara la sentencia y que la deudora realizaba otras actividades por su propia cuenta, distintas del contrato de agencia, que se ingresaban en la misma cuenta bancaria por una sola factura, por lo que no todo ese importe corresponde al actor.

La Terminal de Catalunya también se opone al recurso al folio 472, tomo 2. Alega que hubo un cumplimiento defectuoso desde finales de 2015 y la filial tuvo que financiar el pago a proveedores con las provisiones de fondos de la actora. Por tanto no es cierto que el cumplimiento fuera escrupuloso hasta la declaración del concurso de Corea y por ello debe desestimarse la demanda.

La sentencia hace una correcta interpretación del art. 80 LC , es un bien fungible y si pretende la validez del contrato debe probar la ley coreana.

Respecto las costas, debe aplicarse el criterio del vencimiento.

Se opone Total Terminal International Algeciras, S.A.U. al folio 488, tomo 2, a lo largo de 46 páginas. En esencia alega que la parte recurrente no justifica que exista error en la valoración de la prueba ni incorrecta aplicación del Derecho.

Por último, la AC también se opone al folio 536 del tomo 2, a lo largo de 40 páginas.

SEGUNDO.- Objeto del recurso de apelación.

1.- Vaya por delante que la Sala comparte los acertados razonamientos del juez a quo, sin perjuicio de añadir comentarios para resolver la totalidad de los motivos invocados o de introducir matizaciones.



Como ya expusimos en nuestra **Sentencia de 4 de junio de 2012** (ROJ: SAP V 2680/2012), reproducida en **Sentencia de 1 de junio de 2017** (rollo 2364/2016), se asume la correcta fundamentación de una sentencia de primera instancia en aras a evitar innecesarias reiteraciones:

" La Sala, (...) , acepta los razonamientos jurídicos contenidos en la sentencia apelada, motivación que se considera suficiente y que ha de darse por reproducida a los efectos de su confirmación por no quedar aquélla desvirtuada por las alegaciones de la parte apelante. En tal sentido, puede, y debe, la Sala remitir a dicha fundamentación a los fines de dar cumplimiento a la obligación que el artículo 120.3 de la Constitución Española impone a los Jueces y Tribunales, cual es la de dar a conocer a las partes las razones para su decisión, obligación que igualmente se contiene en el artículo 218 de la LEC . Al respecto debe recordarse que tanto la doctrina dimanante del Tribunal Constitucional (sentencias 174/1987 , 11/1995 , 24/1996 , 115/1996 , 105/97 , 231/97 , 36/98 , 116/98 , 181/98 , 187/2000), como del Tribunal Supremo (Sentencias de 5 de octubre de 1998 , 19 de octubre de 1999 , 3 y 23 de febrero , 28 de marzo , 30 de marzo , 9 de junio , ó 21 de julio de 2000 , 2 y 23 de noviembre de 2001), permite y admite la motivación por remisión a una resolución anterior, cuando la misma haya de ser confirmada y precisamente, porque en ella se exponían argumentos correctos y bastantes que fundamentasen en su caso la decisión adoptada, de forma que en tales supuestos, como precisa la Sentencia del Alto Tribunal de fecha 20 de octubre de 1997 , subsiste la motivación de la sentencia de instancia puesto que la asume explícitamente el Tribunal de segundo grado. En consecuencia, si la resolución de primer grado es acertada, la que la confirma en apelación no tiene por qué repetir o reproducir argumentos, pues en aras de la economía procesal debe corregir sólo aquello que resulte necesario (Sentencias del Tribunal Supremo de 16 de octubre y 5 de noviembre de 1992 , 19 de abril de 1993 , 5 de octubre de 1998 , y 30 de marzo y 19 de octubre de 1999) " .

2.- Valoración subjetiva de la prueba practicada en el acto del juicio

El **art. 456 LEC** establece " En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o una sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que, en los casos previstos en esta Ley, se practique ante el tribunal de apelación " .

De acuerdo con este precepto, es revisable en segunda instancia la valoración dada en primera instancia a la prueba practicada, de manera que pueda dar lugar tal revisión a un pronunciamiento si la sala alcanza diversas conclusiones. En palabras de Tribunal Constitucional, la segunda instancia se concibe (aunque con alguna limitación) "(...) como una revisio prioris instantiae, en la que el Tribunal Superior u órgano ad quem tiene plena competencia para revisar todo lo actuado por el juzgador de instancia, tanto en lo que afecta a los hechos (quaestio facti) como en lo relativo a las cuestiones jurídicas oportunamente deducidas por las partes (quaestio iuris), para comprobar si la resolución recurrida se ajusta o no a las normas procesales y sustantivas que eran aplicables al caso, con dos limitaciones: la prohibición de la reformatio in peius, y la imposibilidad de entrar a conocer sobre aquellos extremos que hayan sido consentidos por no haber sido objeto de impugnación (tantum devolutum quantum appellatum) " (Sala Primera, sentencia 120/2009, de 18 de mayo; Sala Segunda , Sentencia 2/2010 , de 11 de enero entre muchas otras).

Como señala la **Sentencia de AP de Madrid, secc 10ª de 27 de noviembre de 2013** (ROJ SAP M 22052/2013): "El análisis mismo y la verificación de la actividad probatoria desplegada y de su valoración forma parte indisoluble de la propia función revisora que el recurso de apelación está llamado a desempeñar. Como recurso ordinario, permite una irrestricta observación y, en su caso, censura, de lo actuado y decidido en el proceso, sin que, por lo mismo, se encuentren limitadas las facultades del órgano de segundo grado para conocer de la totalidad de la actividad desarrollada por el órgano judicial ante quien se ha sustanciado el primero...Y ello con independencia de que el recurso se proponga, esencialmente, anteponer el resultado de unos medios de prueba sobre otros para alcanzar un resultado más favorable a los particulares intereses de la parte recurrente, en contra del criterio más objetivo y desinteresado del órgano jurisdiccional...; señaladamente cuando la sentencia se funda en una apreciación conjunta de la prueba con atención a determinados medios en relación con lo arrojado por otros y se formula un motivo específicamente orientado a desarticular esa apreciación combinada" .

Pues bien, la lectura del escrito de interposición del recurso de apelación lleva a la conclusión que la parte actora trata de sustituir la completa y razonada valoración llevada a cabo por el Juez a quo por su propio e interesado criterio. En puridad, su recurso no combate la consideración del depósito irregular -fundamento de la desestimación de la demanda- y tampoco combate el pronunciamiento que le reconoce un crédito subordinado, sino que reproduce, básicamente, los argumentos planteados en la demanda. Precisamente por ello ambos pronunciamientos quedan fuera del presente recurso de apelación.



3.- En este procedimiento, en que se solicita la separación de determinados fondos o depósitos de la masa activa del concurso, hubo una reclamación de la parte actora dirigida a la AC, que se opuso. A consecuencia, se interpuso la presente demanda, que ha sido desestimada por asumir, en parte, los argumentos de la AC, que la propia demanda trataba de desvirtuar. En la segunda instancia, se reproducen, en esencia, los argumentos de la primera instancia.

Dado este planteamiento, procede resolver tanto los argumentos de la demanda como de la parte demandada, la AC -y demás demandadas- para oponerse a la demanda en aras a la exhaustividad.

En relación a este recurso, hay que destacar varias circunstancias, que serán resueltas a lo largo de los siguientes fundamentos:

Relevancia de la titularidad de las cuentas bancarias;

Trascendencia del contrato de agencia de 1 de enero de 2012 en relación al reconocimiento de un derecho de propiedad sobre determinados fondos y su sometimiento al Derecho Coreano;

Funcionamiento u operativa de dicho contrato de agencia y el cambio sobrevenido por la falta de liquidez de la actora y su posterior declaración de concurso;

Y si hay confusión o no de los fondos en el patrimonio de la concursada.

4.- Para el estudio de dichas circunstancias habrá que tener en cuenta los siguientes hechos probados:

- Hanjin Shipping Co LTD y Hanjin Spain, S.L. firmaron un contrato de agencia el 1 de enero de 2012 en virtud del cual la sociedad española actuaba como un consignatario de buque de la sociedad coreana en España;

- dicho contrato quedó sometido al Derecho Coreano y cualquier controversia sobre el mismo sería resuelta mediante **arbitraje** en dicho país;

- el funcionamiento de dicho contrato -perfectamente descrito en la demanda y en la sentencia- se vio alterado a partir de agosto de 2016 por la falta de liquidez de la sociedad coreana y su posterior declaración en concurso de acreedores en Corea el 1 de septiembre de 2016. De esta forma, si bien inicialmente la sociedad española recibía provisiones de fondos para el pago de los acreedores, cobraba los servicios por cuenta de la sociedad coreana y semanalmente enviaba las remesas con dichos cobros y pagos y era la sociedad coreana quien hacía la liquidación y a su vez abonaba los honorarios de la demandada, ante una situación de falta de liquidez, la sociedad coreana autorizó a la sociedad española que llevara a cabo ella misma las liquidaciones, que empleara los cobros para el pago de los acreedores y se abonara sus honorarios;

- la sociedad española opera, para todas sus actividades, mediante tres cuentas bancarias abiertas en la entidad Banco Sabadell, S.A. en las que la sociedad coreana no es titular ni persona autorizada. La parte actora no ha acreditado que ninguna de ellas fuera empleada exclusivamente para los cobros y pagos derivados del contrato de agencia, sino que se empleaban indistintamente por la sociedad española para cobros, pagos, ingresos de honorarios o sus propios servicios;

- además de sus obligaciones como agente o consignatario de buques de la sociedad coreana, la sociedad española tenía sus propios "servicios locales", cuyos cobros ingresaba en las mismas cuentas bancarias.

Es importante valorar que, con anterioridad a la solicitud de separación, las partes contratantes no han liquidado el contrato de agencia de 1 de enero de 2012, desconociendo esta Sala cuando concluyó su funcionamiento o si actualmente continúa vigente. Es decir, desconocemos en qué fecha se fijó el saldo cuya separación reclama la sociedad actora en este procedimiento.

TERCERO.- Nulidad de la sentencia por falta de celebración de la vista.

Debemos desestimar este motivo con base en el **art. 459 LEC**, que exige al recurrente acreditar que "*denunció oportunamente la infracción, si hubiere tenido oportunidad procesal para ello*". De esta manera, no se puede plantear en la segunda instancia aquellas infracciones de garantías o normas procesales si previamente ese debate no se ha suscitado en la primera instancia y se ha pronunciado sobre ellas el juez a quo.

Pues bien, dictada providencia de 24 de marzo de 2017 que acordaba que estábamos ante una cuestión jurídica conforme el art. 428.3 LEC y quedaban los autos vistos para sentencia, la parte no interpuso el oportuno recurso de reposición. Ciertamente la redacción de la providencia podía ser más acertada, pues deja a salvo que el juez al dictar la sentencia considere necesaria la celebración de vista, en cuyo caso se resolverá en resolución aparte, pero no existe ningún género de duda sobre la decisión en torno a la inadmisión de prueba y la no celebración de vista.



Hemos de añadir, además, que la parte recurrente tuvo plazo suficiente para interponer el oportuno recurso, pues dictada providencia el 24 de marzo de 2017 no se dictó sentencia hasta el 16 de junio de 2017.

Por último, en el párrafo 36 de su recurso de apelación queda patente que la parte actora comprendió perfectamente el contenido y alcance de la providencia de 24 de marzo de 2017 y lo consintió.

En conclusión, la falta de previa denuncia en la primera instancia de dicha infracción procesal, teniendo la recurrente oportunidad para ello, impide entrar a analizar si la prueba propuesta debió ser admitida y si la celebración de vista era necesaria.

En consecuencia entraremos al análisis de los motivos planteados de forma subsidiaria.

CUARTO.- Contrato de agencia de 1 de enero de 2012.

La parte actora sustenta su pretensión de separación de fondos en dicho contrato, concretamente en la cláusula 4 B, b, que dispone " *El Agente admite y reconoce que todas y cada una de las sumas o fondos cobrados por el Agente en nombre del Mandante son y serán en todo momento propiedad exclusiva del mandante, y el Agente acepta de forma irrevocable que no tendrá ningún tipo de interés o participación en dichas sumas y fondos, sino que únicamente tendrá una responsabilidad fiduciaria para con el Mandante en relación con la gestión y administración seguras de dichas sumas y fondos (...)*".

No se puede reconocer a esta cláusula el alcance que pretende la parte actora, y ello por varias razones.

En primer lugar, dicho contrato, como bien alega la parte recurrente en varias ocasiones, queda sometido al Derecho Coreano. Y ello no ha sido hecho controvertido. Por ello, la parte recurrente, como premisa, debe acreditar que dicho Derecho permite atribuir derecho de propiedad sobre fondos en virtud de una cláusula contractual.

Aun con más razón teniendo en cuenta que la transmisión de los derechos reales en Derecho español exige la concurrencia de la teoría del título y el modo (art. 609 CC), es decir, es necesario que, además de la cláusula contractual, exista una entrega del fondo, aunque sea puramente instrumental o espiritualizada -a través de un mero apunte contable- en virtud de la cual el derecho entre a formar parte de su patrimonio y ostente derecho de disposición sobre el mismo.

Pues bien, el derecho extranjero ha de ser objeto de prueba conforme el art. 281.2 LEC (" *También serán objeto de prueba la costumbre y el derecho extranjero* ") y la parte recurrente no ha desplegado ninguna actividad probatoria dirigida a tal fin, limitándose a manifestar que quien pretenda negar validez o eficacia al contrato acuda al **arbitraje** a Corea conforme el Derecho coreano a impugnarlo.

En segundo lugar, dicha cláusula se debe relacionar con la cláusula 4 A Cuentas bancarias, que dispone " a) *El Agente abrirá de inmediato dos cuentas bancarias a nombre del Mandante y empleará dichas cuentas única y exclusivamente para los cobros y gastos del Mandante* ".

Ambas previsiones están redactadas en la misma cláusula (cláusula 4) y deben ser interpretadas sistemáticamente. De esta forma, una vez abiertas dos cuentas bancarias a nombre del mandante, destinadas exclusivamente a los pagos y cobros que se hagan por cuenta y en nombre del mandante, el agente reconoce la propiedad del mandante sobre tales fondos. De ninguna manera es admisible que el agente reconozca sin discusión posible un derecho de propiedad al mandante sobre los fondos sitos en cuentas bancarias de su exclusiva titularidad.

Sin embargo, la parte recurrente omite cualquier mención a este apartado de la cláusula 4, que es alegado por la AC en su contestación a la demanda.

En tercer lugar, con base en la misma cláusula 4 A, a), hemos de afirmar que el contrato de agencia fue incumplido desde el inicio por los contratantes, pues la parte actora no ha acreditado que la sociedad española jamás abriera cuentas bancarias a nombre de la sociedad coreana.

Esta circunstancia es relevante por dos razones. Una, dicho incumplimiento fue consentido y prolongado en el tiempo por ambas partes, convirtiéndose en su forma de actuar. Esta circunstancia aun aleja más la interpretación pretendida en la demanda. Y dos, no es cierto, como alega la recurrente, que dicho contrato fuera respetado de forma escrupulosa, más bien lo contrario.

Por último, como bien indica el juez a quo, el contrato de agencia es un negocio jurídico bilateral que deriva derechos y obligaciones para ambas partes. La parte actora, en esta pretensión, olvida sus obligaciones y que el pago de los honorarios de la sociedad española se hacía en esas mismas cuentas bancarias. Ello implica que, con carácter previo a la separación ejercitada, la parte debía haber liquidado dicho contrato de forma que se cuantificara el importe de los fondos que correspondía a cada parte.



Esta motivación llevaría ya de por sí a la desestimación del recurso de apelación, sin embargo, como ya hemos advertido, entraremos a resolver los demás argumentos introducidos por las partes en el extenso debate.

QUINTO.- Circunstancias relevantes en el caso concreto.

1.- Titularidad de las cuentas bancarias

Siguiendo el hilo del Fundamento Jurídico anterior, la parte actora esgrime que la titularidad de las cuentas bancarias es un dato meramente formal que no tiene trascendencia en la resolución del presente caso. Sin embargo, no compartimos este razonamiento.

En primer lugar, por el propio tenor del contrato, remitiéndonos a lo manifestado en el Fundamento Jurídico anterior.

En segundo lugar, porque la titularidad de las cuentas determina la propiedad de los fondos, salvo prueba en contrario, especialmente respecto terceros que no son cotitulares ni están autorizados a operar con dichas cuentas. Esta presunción no queda desvirtuada por la cláusula contractual invocada, dado que está prevista para el caso de cuentas bancarias abiertas a nombre del mandante y no se ha acreditado que la cláusula tenga tal alcance conforme el Derecho coreano.

En tercer lugar, porque la parte actora reclama la totalidad de los importes contenidos en las cuentas bancarias, sin discriminar ni especificar cantidades. En este caso tiene gran importancia que la parte actora hubiera fijado la fecha del saldo que se reclama, las operaciones llevadas a cabo y los importes devengados, los pagos efectuados a la propia sociedad española, en qué cuentas se efectuaban los pagos de la sociedad coreana destinadas a pago de acreedores, en qué cuentas se llevaban a cabo los ingresos de los deudores de la sociedad coreana, etc. Es decir, era imprescindible que la parte actora hubiera realizado una previa liquidación del contrato de agencia con anterioridad a la interposición de la presente reclamación, como ya hemos indicado.

Ninguna prueba se realiza con estas finalidades, limitándose a reclamar la totalidad de los fondos con base en una cláusula contractual. Sin embargo, a título de ejemplo, en la demanda se contienen dos cuadros sobre el funcionamiento del contrato en las dos cuentas bancarias, en los folios 21 a 23, que llegan hasta 31 de octubre de 2016 y 24 de agosto de 2016, sin que se acredite que en dichas fechas concluyó la vigencia del contrato. A su vez, dicho hecho queda desvirtuado por los correos electrónicos aportados a los folios 125 y 126, que acredita que hubo operaciones en fechas 27 de septiembre, 24 y 27 de octubre de 2016.

En cuarto lugar, tampoco ha quedado acreditado que dichas cuentas bancarias hubieran sido empleadas por la sociedad española en exclusiva para el contrato de agencia, es decir, para los pagos y cobros por cuenta del mandante. Más bien lo contrario. No sólo porque la parte actora abonaba en dichas cuentas bancarias los honorarios o compensaciones económicas a que tenía derecho la sociedad española con base en dicho contrato de agencia -no ha acreditado que los abonara en distinta cuenta bancaria, hechos exigido conforme el art. 217 LEC- sino porque la sociedad española desarrollaba actividad propia a favor de terceros distintos de la parte actora, denominados "servicios locales" y los cobros de dichos servicios se ingresaban en las mismas cuentas.

Por tanto hemos de precisar que la desestimación de la demanda no radica exclusivamente en el carácter de bien fungible de los fondos, sino en que dichos fondos han sido confundidos en el patrimonio de la sociedad española. Y este requisito está contemplado en la jurisprudencia invocada en la demanda y en el recurso, por lo que no tiene aplicación en este supuesto de hecho.

En resumen, la sociedad española es titular de tres cuentas bancarias en las que opera indistintamente en relación al contrato de agencia como a sus servicios locales, tanto para efectuar los pagos y cobros de la sociedad coreana como los honorarios recibidos por dicho contrato.

2.- Funcionamiento u operativa del contrato de agencia

La parte actora alega en el recurso que el contrato ha sido cumplido de forma escrupulosa durante toda su vigencia, de forma que la sociedad coreana hacía provisiones a fondo destinadas al pago de los acreedores por la sociedad española; ésta cobraba los importes de los deudores en nombre del mandante; remitía todas las remesas semanalmente a la sociedad coreana en una cuenta ubicada en Hamburgo; y era la sociedad coreana quien hacía liquidaciones e ingresaba a nombre de la sociedad española los honorarios o derechos económicos devengados. Por ello justifica que todas las cantidades de las cuentas bancarias son de su propiedad.

Al margen de remitirnos a las manifestaciones de los dos fundamentos jurídicos anteriores sobre el pago de los honorarios a favor de la sociedad española en esas mismas cuentas bancarias y el uso de esas mismas



cuentas para los "servicios locales" desempeñados por la sociedad española; por las que negamos que la totalidad de los fondos puedan ser reconocidos a favor de la sociedad coreana, hemos de añadir que no es cierto que el contrato fuera cumplido a la perfección hasta el final.

Hemos de comenzar por destacar que no fue cumplido ni siquiera en sus inicios, por cuanto las cuentas bancarias debían haber sido abiertas a nombre del mandante y no del agente. Y, a continuación, hemos de añadir que tampoco fue respetada la operativa descrita hasta el final de su vigencia.

Uno de los argumentos de oposición de la AC, ya en su contestación extrajudicial, es que la operativa del contrato se modificó a partir de agosto de 2015. En este punto la parte actora ha ido variando los argumentos que esgrimía, pues en la demanda no lo negaba y justificaba que ello se debió a su declaración de concurso, y en la segunda instancia lo que hace es negar esta alegación de la AC. Vemos que incurre en contradicción, pues ciertamente en la demanda no negaba esta alegación.

Pues bien, en la contestación quedó acreditado dicho cambio a través de los tres correos electrónicos que mencionamos en el apartado anterior (folios 125 y 126). En ellos la sociedad coreana autoriza la retirada del dinero de la cuenta de ingresos y su destino a los pagos de los acreedores y permite compensaciones con los importes y los honorarios de la sociedad española.

La parte actora no presente prueba que desvirtúe tales correos y que acredite que fueron meras autorizaciones puntuales y no un cambio de operativa.

Vemos, entonces, que ya no se hacen transferencias semanales a la cuenta bancaria de Hamburgo, se hacen las liquidaciones y se ingresan los honorarios, sino que se autoriza a la sociedad española a disponer de las cantidades de ambas cuentas para continuar la actividad, pagar a los acreedores y cobrar sus propios honorarios.

Ciertamente, la fecha en que sucede esto coincide con la situación de insolvencia que lleva a la declaración de concurso de la empresa coreana el 1 de septiembre de 2016 y permite afirmar que, ante dicha situación de iliquidez, se modificó de hecho la forma de operar las partes contratantes. En esta nueva operativa se termina de producir la confusión de patrimonios y de fondos de las cuentas bancarias, donde opera la sociedad española según las instrucciones de la sociedad coreana en calidad de mandante, pero en cuentas bancarias de su titularidad donde ingresa sus honorarios, paga a los acreedores, cobra de los deudores y opera con sus servicios locales.

Este hecho no tiene más relevancia que incrementar, aún más, la confusión de los fondos en el patrimonio de la sociedad española, siendo frecuente entre las partes el incumplimiento del contrato.

La parte recurrente también alega para desvirtuar este argumento que la modificación no se ajustó a las normas de modificación previstas en el contrato. Ello no tiene ninguna virtualidad cuando ha sido consentido por ambas partes y prolongado en el tiempo y, además, era frecuente que el contrato se incumpliera de hecho por las partes. No podemos olvidar en este punto que la sociedad coreana no sólo era la mandante del contrato de agencia, sino la sociedad matriz de la sociedad española, sometida a su control.

3.- Prestación de servicios locales

No ha sido un hecho controvertido que la sociedad española, además del contrato de agencia, tenía sus propios servicios locales, al margen de la sociedad coreana.

La alegación de la parte actora, en su demanda, es que dichos servicios no son la mayoría de los fondos, sino una cuantía menor. Este dato no es relevante porque el solo hecho que la sociedad española cobrara dichos servicios en las mismas cuentas bancarias acredita la confusión de los fondos, donde no sólo hay cantidades que correspondan a la parte actora por el contrato de agencia, sino también cuantías que corresponden a la sociedad española ya sea por el contrato de agencia como por sus servicios locales. De nuevo vemos la importancia que tenía haber efectuado una liquidación del contrato de agencia.

SEXTO.- Costas.

La tercera impugnación de la parte recurrente atacaba la condena en costas efectuada en la sentencia de primera instancia, pues no se le deben imponer porque existen serias dudas de hecho y de derecho.

Sin embargo, no compartimos este motivo. En primer lugar, porque los argumentos planteados por la AC en su contestación extrajudicial son estimados en primera y segunda instancia, de forma que la parte actora pudo replantearse su pretensión.

En segunda lugar, porque la desestimación se sustenta principalmente en la falta de prueba de la parte actora (Derecho coreano, liquidación del contrato, etc.).



Por tanto, desestimado el recurso de apelación, procede la imposición de costas a la parte apelante con base en el art. 398 LEC con relación al art. 394 LEC .

Ello con la pérdida del depósito constituido para recurrir, de acuerdo con la DA 15ª LOPJ .

Vistos los preceptos legales aplicables concordantes y demás de general y pertinente aplicación.

FALLO

DESESTIMAMOS el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Hanjin Shipping Co LTD contra la sentencia de 16 de junio de 2017, dictada por el Ilmo. Magistrado-Juez de Adscripción Territorial del Juzgado Mercantil núm. 2, que resuelve un incidente concursal 155/2017 en el seno del concurso ordinario 922/2016, que CONFIRMAMOS.

Todo ello con expresa condena de costas en segunda instancia y se declara la pérdida del depósito constituido para recurrir.

Notifíquese esta resolución a las partes y, de conformidad con lo establecido en el artículo 207.4 Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, una vez transcurridos los plazos previstos, en su caso, para recurrir sin haberse impugnado, quedará firme, sin necesidad de ulterior declaración; procediéndose a devolver los autos originales, junto con certificación literal de la presente resolución y el oportuno oficio, al Juzgado de su procedencia.

Así, por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, la pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Que la anterior sentencia ha sido leída y publicada por el Ilmo. Sr. Magistrado que la dicto, estando celebrando Audiencia Pública la Sección Novena de la Audiencia Provincial en el día de la fecha. Doy fe.