



Roj: **SAP M 1376/2016 - ECLI:ES:APM:2016:1376**

Id Cendoj: **28079370282016100024**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **09/02/2016**

Nº de Recurso: **96/2014**

Nº de Resolución: **51/2016**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **PEDRO MARIA GOMEZ SANCHEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid Sección Vigésimo Octava C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010  
Tfno.: 914931988 37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2014/0002364

Recurso de Apelación **96/2014**

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Madrid

Autos de Pieza incidente concursal. Otros ( art. 192 LC ) 729/2012

Apelante: DOMUS PROSOLIM SL

Procurador D. Jacobo García García

Letrado D. Ramón Gutiérrez Del Álamo Gil

Apelados: AREA NORTE SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA DE VIVIENDAS

Procuradora Dña. María Salud Jiménez Muñoz

Letrado d. Juan Carlos Cillan Martínez

ADMINISTRACION CONCURSAL DE AREA NORTE

**SENTENCIA nº 51/2016**

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D. ENRIQUE GARCÍA GARCÍA

D. PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ

D. FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS

En Madrid, a nueve de febrero de dos mil dieciséis.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don ENRIQUE GARCÍA GARCÍA, Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ y Don FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTÉS, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 96/14 interpuesto contra la Sentencia de fecha 18/04/13 dictado en la pieza de incidente concursal número 729/12 seguida ante el Juzgado de lo mercantil número 7 de Madrid .

Han sido partes en el recurso, como apelante, la demandante, siendo apelada la parte demandada, ambas representadas y defendidas por los profesionales más arriba especificados.

Es magistrado ponente Don PEDRO MARÍA GÓMEZ SÁNCHEZ.

#### **ANTECEDENTES DE HECHO**



PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada con fecha 13/11/12 por la representación de DOMUS PROSOLIM, S.L. contra la Administración concursal y contra ÁREA NORTE SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA, en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba "...dicte sentencia por la que se declare que el crédito reconocido a la mercantil DOMUS PROSOLIM, S.L. debe ser calificado como crédito ordinario al no poder ser considerada persona especialmente relacionada con la concursada según dispone el citado artículo 93.2.2º LC , al no ser administradora de hecho de la sociedad ni apoderada general, con imposición de las costas causadas".

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid dictó sentencia con fecha 18/04/13 cuya parte dispositiva es del siguiente tenor :

" Que desestimando la demanda incidental interpuesta por el Procurador Sr. García García en nombre y representación de DOMUS PROSOLIM, S.L. frente a la administración concursal y ÁREA NORTE SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA representado por el Procurador Sra. Jiménez Muñoz sobre impugnación de la lista de acreedores, debo declarar y declaro no haber lugar a la modificación pretendida por la parte demandante, absolviendo a los demandados de la totalidad de los pedimentos deducidos en su contra, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante."

Notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la demandante se interpuso recurso de apelación que, admitido por el Juzgado y tramitado en legal forma, ha dado lugar a la formación del presente rollo que se ha seguido con arreglo a los trámites de los de su clase, señalándose para la deliberación, votación y fallo el día 4 de febrero de 2016.

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

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil DOMUS PROSOLIM S.L. (en adelante, DOMUS), entidad gestora que vino prestando servicios de dicha naturaleza para la concursada AREA NORTE SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA (en adelante, AREA NORTE) en virtud de un contrato celebrado el 26 de enero de 2010, interpuso demanda incidental en el proceso concursal impugnando la lista de acreedores de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL en aquel particular por el que calificó de subordinado el crédito de dicha demandante en aplicación del Art. 92-5º de la Ley Concursal en relación con el Art. 93-2,2º que considera personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada a sus administradores de hecho. Todo ello sobre la base de considerar que en su modo de desempeñar la labor encomendada por el expresado contrato la demandante DOMUS se comportó, efectivamente, como un administrador de hecho de AREA NORTE con el beneplácito de esta.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda manteniendo, en consecuencia, la subordinación del crédito ostentado por la demandante.

Disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza DOMUS a través del presente recurso de apelación.

SEGUNDO.- El único punto objeto de debate en el presente litigio lo constituye, pues, el de la procedencia o improcedencia de considerar a DOMUS, respecto de AREA NORTE, como administrador de hecho, figura jurídica contemplada por el Art. 133 L.S.A . y que ha venido siendo configurada en el terreno doctrinal y jurisprudencial como aquel sujeto que, careciendo de un nombramiento regular, ejerce, de forma directa, continuada e independiente, sin oposición de la sociedad, una actividad positiva de dirección idéntica o equivalente a la del administrador de la sociedad formalmente instituido.

Al margen de otras posibles hipótesis de administración de hecho caracterizadas por la unicidad (vgr., administrador con cargo caducado, administrador cuyo nombramiento se declara nulo, administrador sin nombramiento que ejerce durante la vacancia del cargo, etc.), la concreta hipótesis que motiva la presente controversia sería más bien la correspondiente a la figura del administrador "oculto", que es la que se da cuando el administrador de hecho coexiste con el administrador de derecho y con su beneplácito. Pues bien, son características que nuestra jurisprudencia ha venido acuñando como relevantes para detectar la presencia de dicha figura, en particular para elevar la condición de un mero apoderado a la categoría de administrador de hecho, las siguientes:

a) Para que merezca la calificación de tal, el administrador de hecho ha de desarrollaron su labor con autonomía, o lo que es igual, sin subordinación de clase alguna al administrador de derecho.



b) La calidad de la actuación del administrador de hecho ha de situarse en el nivel decisorio de la actividad societaria, de manera que no se limite a organizar o materializar las decisiones adoptadas por el administrador de derecho.

c) Este modo de actuar lo lleva a cabo el administrador de hecho, cuando de administrador oculto se trata, con el conocimiento y consentimiento del administrador de derecho.

c) Dicho modo de proceder no debe constituir algo puntual o esporádico sino más bien la regla de actuación observada de manera constante y permanente en el seno de la sociedad de que se trate.

La sentencia apelada aprecia la presencia de estos factores tanto en el análisis del propio contrato celebrado entre DOMUS y AREA NORTE como a partir del examen de la actuación llevada a cabo por la primera en el seno de la segunda, razón por la cual trataremos de diferenciar a continuación esos dos ámbitos.

TERCERO.- El contrato celebrado entre DOMUS y AREA NORTE.-

La sentencia apelada considera que la administración de hecho desarrollada por DOMUS queda patentizada ya a nivel contractual por cuanto en el contrato celebrado con AREA NORTE esta había atribuido a aquella amplísimas facultades.

No compartimos este punto de vista. La amplitud de una facultad se mide por el grado de poder que se confiere a aquel a quien se otorga y no por el número de áreas de actividad en las que dicho poder se ha de proyectar. Una cosa es que, como señala la sentencia, las áreas sobre las que DOMUS habría de desplegar sus facultades fueran numerosas (según la Estipulación Primera, "...todo lo relacionado directa o indirectamente con la promoción y construcción de viviendas que se propone construir la cooperativa...") y otra bien distinta que sean también amplios o ilimitados los poderes que se confieren a DOMUS para actuar o intervenir en relación con esas numerosas áreas de actividad, que sería lo verdaderamente relevante para juzgar del grado de amplitud de las facultades conferidas. Y en este sentido no vemos que los poderes otorgados a DOMUS en el contrato gozasen de esa amplitud. Esos poderes o facultades se resumen en tres palabras (gestión, asesoramiento y administración) cuyo significado no nos permite alcanzar las mismas conclusiones de la sentencia recurrida. Así,

- Gestionar no es decidir sino procurar los elementos y las condiciones propicias para la materialización de una decisión previamente adoptada. Ello no significa que no puedan ser coincidentes la persona que adopta la decisión y la que luego la gestiona o materializa pero, en principio, la encomienda que tiene por objeto la realización de gestiones no comporta también la de decidir aquello que ha de ser gestionado. En este limitado sentido ha de interpretarse la intervención que la Estipulación Primera del contrato encomienda a DOMUS en relación con la compra de suelo, solares o edificabilidad, pues se limita a la realización de "...las gestiones necesarias...", y lo propio sucede con el encargo que en la Estipulación Segunda se le efectúa de "negociar y pactar" con las empresas constructoras todo lo relativo a precios, plazos, estructuras y formas de construcción: que una persona jurídica disponga de un negociador no significa que ese negociador se encuentre facultado para actuar en el nivel decisorio, esto es, para decidir el inicio de la negociación misma ni para, una vez desarrollada esta, decidir la celebración del contrato o contratos en los términos previamente negociados. La realidad mercantil cotidiana nos muestra que es sumamente frecuente que las sociedades cuenten con los servicios de negociadores que ni siquiera ostentan apoderamiento alguno, negociadores que han de reportar el resultado de sus gestiones al consejo de administración que es quien, en definitiva, adopta la decisión de contratar en los términos negociados, de contratar en otros términos distintos o, en fin, de no celebrar contrato alguno. No en vano, respecto de cualquiera de las facultades otorgadas en el contrato, la mercantil DOMUS, a la que se califica de mandataria, viene obligada a informar a los representantes de la cooperativa -léase consejo rector- "...de todas sus gestiones..." (Estipulación Quinta).

- Asesorar no es, desde luego, decidir, ni muchos menos decidir autónomamente, sino, mucho más modestamente, proporcionar consejo a aquel que deba adoptar la verdadera decisión.

-Finalmente, la facultad acaso más ambigua de las tres atribuidas es la de Administrar. Ahora bien, hay que tener en cuenta que el clausulado del contrato guarda total silencio acerca del contenido de esta facultad, y que para ese caso -en defecto de previsión contractual- rige la Estipulación Sexta que obliga a acudir a las disposiciones legales reguladoras del mandato retribuido, lo que supone, en cuanto al problema interpretativo que ahora examinamos, una directa remisión al Art. 1.719 del Código Civil a cuyo tenor "En la ejecución del mandato ha de arreglarse el mandatario a las instrucciones del mandante", lo que, en definitiva, significa que, por amplia que pueda parecer esta facultad en vista de las cualidades semánticas del verbo "administrar", lo cierto es que en el desarrollo de la misma DOMUS tampoco podía operar con autonomía ni en el nivel propiamente decisorio, nivel que dicha cláusula reserva expresamente a la entidad mandante, esto es, a la cooperativa ÁREA NORTE.



#### CUARTO.- La actuación de DOMUS en el seno de AREA NORTE.-

No debemos abordar este aspecto de la problemática sin efectuar una reflexión preliminar. Las cooperativas de viviendas son entidades integradas por socios que solamente aspiran a obtener la propiedad de su futura morada y que no solo carecen de vocación de permanencia en la sociedad sino que, propiamente hablando, carecen normalmente de experiencia y de formación empresarial, especialmente de formación empresarial en el complejo sector de la promoción inmobiliaria. No es por ello extraño que dichas sociedades acudan con suma frecuencia a contratar los servicios de gestoras, entidades que, integradas por expertos en dicho sector, tienen la capacidad de brindarles el asesoramiento oportuno y de llevar adelante las intrincadas gestiones que el proceso constructivo comporta. Así lo ha reconocido, por lo demás, la propia demandada ÁREA NORTE en la página 24 de su escrito de oposición al recurso en la que nos dice que "...el perfil y la diversidad de socios que componen las cooperativas aconseja contar con un asesoramiento externo especializado. Surge así la figura del gestor de cooperativas".

Tampoco es extraño, por ello mismo, que en las cooperativas de viviendas su órgano de administración asuma los consejos que recibe de su asesor (la entidad gestora) con una frecuencia mayor que aquella con la que los administradores de las sociedades mercantiles, ordinariamente empresarios profesionales bregados en el sector en el que desarrollan su actividad, asumen el consejo que quienes les prestan servicios de asesoramiento. Pero si esta característica, que no deja de ser una característica estructural e inherente a las cooperativas de viviendas, hubiera de conducirnos de manera inexorable a la conclusión de que los administradores de dichas entidades acatan ciegamente las sugerencias de la entidad gestora que contratan, entonces sería también obligada la conclusión de que, por definición, las gestoras son administradores de hecho de las cooperativas de viviendas, conclusión ilógica e insatisfactoria que debemos rechazar por aplicación de un simple principio de prueba por contradicción ("reductio ad absurdum").

Una decisión soberana no deja de ser soberana por el hecho de que su adopción se encuentre precedida de una actividad asesora que haya sugerido la conveniencia de adoptarla, ni tampoco deja de ser soberana y autónoma por el hecho de que sea frecuente la coincidencia entre el consejo precedente y la decisión finalmente adoptada. Si el miembro del órgano de administración de una cooperativa de viviendas escucha la recomendación que la gestora le efectúa, la sopesa y, finalmente, vota a favor de aquella opción que es coincidente con lo recomendado, está adoptando una decisión en sentido propio y genuino. De lo que se trata, en consecuencia, para valorar si nos encontramos o no en presencia de un fenómeno de administración de hecho en el seno de esa clase de cooperativas, es de contrastar en sí -y en qué medida- los miembros de su órgano de administración han abdicado de su función decisoria y se han limitado a autorizar ciegamente con su firma decisiones adoptadas por su gestora, decisiones que, o bien no les han sido previamente explicadas o bien no han considerado oportuno siquiera meditar ni comprender. Solamente en esa hipótesis podríamos afirmar que es realmente la gestora quien actúa en el nivel decisorio de la entidad y que lo hace autónomamente, es decir, sin el menor control y con el beneplácito generalizado de su claudicante consejo rector.

La demandante DOMUS acompañó a su demanda, como Documentos 4 a 32, hasta un total de 29 actas correspondientes a otras tantas sesiones del consejo rector de ÁREA NORTE celebradas durante el tiempo en que aquella desarrolló su cometido contractual. No entraremos en el detalle su contenido: en parte porque no lo consideramos necesario y en parte porque ese ha sido también el parecer de la demandada AREA NORTE y de su ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, quienes se abstuvieron, en sus escritos de contestación a la demanda, de descender al examen particularizado de tales documentos. Nos basta con constatar que lo que se dice y refleja en todas esas actas es que es el consejo rector -y no la gestora- quien adopta los múltiples acuerdos que en ellas se contienen: en unos casos, por propia iniciativa; en otros, previo informe de la gestora DOMUS; y en otros supuestos, decidiendo dicho órgano de administración posponer la adopción de la decisión correspondiente a la previa obtención de algún informe que él mismo encarga elaborar, bien a la gestora, bien a un tercero. En ninguna de esas actas se dice, s.e.u.o., que el consejo rector haya convalidado negocios que la gestora hubiera ya "concluido", tal y como se señala en la sentencia apelada.

Coincidimos con las apeladas en que dichos documentos, pese a estar suscritos por los representantes de la concursada ÁREA NORTE, no constituyen una prueba que no sea posible desvirtuar demostrando que lo que en ellos se relata no se corresponde con la realidad de lo acontecido. Y es que si a través del material probatorio se alcanzase la conclusión de que hubo en el caso examinado administración de hecho porque era la gestora quien tomaba las decisiones que el consejo rector se limitaba a consentir de manera ciega y complaciente, entonces el hecho de que ese consejo rector colaborase con su firma en la documentación o legalización de aquellas decisiones no sería es en modo alguno un dato dotado de capacidad para desmentir aquel estado de cosas al ser inherente a él.



Ahora bien, innecesario parece también poner de relieve que si las actas no constituyen prueba irrefutable de que las cosas sucedían del modo que en ellas se refleja (que las decisiones las tomaba el consejo rector, en ocasiones previo asesoramiento de la gestora), con idéntico o mayor fundamento cabrá decir que para lo que, desde luego, no sirven las actas es para demostrar que la realidad era la opuesta (que las decisiones las adoptaba la gestora y que los miembros del consejo rector se limitaban a firmar las actas sin informarse previamente de lo decidido). Es decir, si existe alguna prueba de que las decisiones las adoptaba la gestora, esa prueba habrá que buscarla fuera de las actas porque lo que en las actas se dice es justamente todo lo contrario: que las decisiones las adoptaba el consejo rector.

Pues bien, la aportación al proceso de dichas actas posee, al menos, una innegable utilidad desde el punto de vista de la distribución de la carga probatoria: al proporcionar al tribunal esas actas, DOMUS asumió eficazmente la carga de demostrar el hecho "ordinariamente constitutivo de su derecho" al que se refiere el Art. 217-2 de la L.E.C., es decir, el hecho de que de lo documentado se deduce, en principio, que no era ella -y sí el consejo rector- quien soportaba el peso de adoptar finalmente las decisiones. Y, a partir de esa constatación inicial, era a la demandada ÁREA NORTE o a su ADMINISTRACIÓN CONCURSAL a quien, por aplicación del Art. 217-3 de la L.E.C., correspondía haber aportado al proceso las pruebas de que ello no era realmente así.

Somos conscientes de que se trata de una prueba difícil, pero ello no significa que sea imposible: esa realidad contraria podría acreditarse, vgr., mediante el testimonio de personas que afirmasen que las reuniones del consejo no se celebraban y que, sencillamente, sus miembros se limitaban a firmar, sin previa lectura, las actas que se les presentaban ya redactadas; o que, aunque se celebrasen físicamente las reuniones, en ellas no había verdaderamente rendición de informes por parte de la gestora ni estudio alguno de los asuntos por parte de los miembros del consejo rector, limitando estos su protagonismo a la simple plasmación de sus firmas; o que, en fin, eran los miembros de la gestora quienes asumían de forma pública y notoria las decisiones finales ante terceros (bancos, constructoras, propietarios de suelo), etc...

En cualquier caso, debemos indicar que, aun cuando pudiéramos alcanzar la conclusión de que a la parte demandada le resultaba imposible aportar al proceso esa clase de pruebas, ello, una vez que hemos establecido que es a ella a quien incumbe la carga de hacerlo, nunca podría constituir una circunstancia que autorizase al tribunal a dispensarla de dicha carga. Dicho de otro modo: la eventual imposibilidad de demostrar aquello que a un litigante le incumbe no puede solventarse liberando a ese litigante de la necesidad de probar, tratándose más bien de una hipótesis en la que el litigante debe resignarse a que no prosperen los planteamientos que está manteniendo en el litigio. Ciertamente es que, de acuerdo con la denominada teoría de la "facilidad", de la "disponibilidad" o de la "cercanía de la fuente probatoria", que representó un temperamento de origen jurisprudencial al excesivo rigor que en ocasiones implicaba la aplicación a ultranza de la norma distributiva del hoy derogado Art. 1214 del Código Civil, cada parte estaría obligada a demostrar en el proceso aquellos hechos cuya prueba tuviera a su alcance o le resultara próxima o de fácil obtención (S.T.S. de 25-6-87, 29-10-87, 18-11-88, 12-12-88, 17-6-89, 18-4-90, 23-10-91, 15-11-91 y 13-12-92, entre otras). Criterio que más tarde recibió sanción positiva a través del Art. 217-6 L.E.C. 1/2000. Sin embargo, constituye ineludible presupuesto para que resulte posible la aplicación de esa regla que, por razón de las circunstancias concurrentes, pueda afirmarse con solvencia que la fuente probatoria de que se trate, de difícil o imposible acceso para aquel a quien en principio incumbe la carga de probar el hecho controvertido, se encuentra sin embargo a plena disposición de la parte contraria, quien podría sin especial esfuerzo demostrar el hecho opuesto. En cambio, cuando la prueba es de difícil acceso para la parte a quien incumbe la carga correspondiente pero la demostración del hecho inverso se encuentra igualmente alejada de las posibilidades de la parte contraria, los criterios del Art. 217-7 no tienen siquiera la posibilidad de operar. Y en el caso que nos ocupa, si difícil resulta para la parte demandada demostrar que lo que se indica en las actas no corresponde a la realidad, mayores dificultades entrañaría para la demandante acreditar el hecho positivo correlativo, a saber, que lo que en dichos documentos se relata es verídico y que, en consecuencia, eran los miembros del consejo rector quienes, sopesando los informes que ella proporcionaba, adoptaban soberanamente las decisiones correspondientes.

QUINTO.- Efectuadas las precedentes aclaraciones, llegado es ya el momento de señalar que ni ÁREA NORTE ni su ADMINISTRACIÓN CONCURSAL han asumido la carga -que les incumbía, como se ha razonado- de demostrar la irrealidad de lo reflejado en las actas.

Más que aportar pruebas al respecto, la concursada ÁREA NORTE se limitó en la instancia precedente a realizar reflexiones que, además, resultaban tangenciales al hecho ahora debatido.

Así, buena parte de su escrito de contestación la dedicó a proporcionarnos un relato histórico de los orígenes de la cooperativa y de los avatares sufridos en sus relaciones con otra gestora distinta de la demandante que tuvo contratada durante largo tiempo (SICONSVI), poniendo de relieve que el administrador de DOMUS fue socio de esa otra gestora y, además, fundador de la propia cooperativa en el año 1997, o que es también socio



del abogado que ejerce la asesoría jurídica de la misma. Pues bien, lo que hemos de señalar es que a lo más que puede aspirar ese cúmulo de circunstancias personales es al modesto propósito de elevar las probabilidades de que en las relaciones entre DOMUS y ÁREA NORTE surgiera el fenómeno de la administración de hecho. Pero innecesario resulta indicar que el hecho de que la aparición de ese fenómeno (el de la administración fáctica) sea más probable en presencia de las aludidas circunstancias que en ausencia de ellas no solo no constituye una prueba de que ese fenómeno se produjera efectivamente sino que, a decir verdad, ni siquiera puede considerarse como un mero indicio de ello.

También se razonó por la demandada, pese a que DOMUS inició sus funciones como gestora a los trece años de la constitución de la cooperativa, que dicha demandante tendría encaje dentro de la figura que denomina "promotor encubierto", es decir, un tipo de promotor inmobiliario que se sirve de las ventajas de la legislación cooperativa para desarrollar el negocio inmobiliario propio de un promotor sustituyendo el beneficio por unos abultados honorarios de gestión. Con ello, aun sin mencionarlo, se estaba refiriendo la demandada a una hipótesis de fraude de ley. Ahora bien, aun suponiendo que esa reflexión fuera acertada, no vemos de qué modo podría determinar un juicio favorable a la tesis de que dicha gestora se comportó en este caso como un administrador de hecho. Porque, aunque fuera el gestor quien, en tanto que promotor "encubierto", auspiciase el nacimiento de la cooperativa con la expresada finalidad de prevalerse de las ventajas de régimen cooperativo, tampoco podría eludir -ni habría base para considerar que efectivamente eludió- los inconvenientes de la legislación correspondiente, como sucedería, vgr., con la posibilidad de desvinculación voluntaria del socio y futuro adquirente como consecuencia de la aplicación del principio de puerta abierta característico de dicho régimen, desvinculación que sería impensable y resultaría por completo inviable para el adquirente de vivienda en una promoción sometida a régimen común. De igual modo, ese supuesto promotor "encubierto" habría de soportar y asumir también la circunstancia de que la adopción de decisiones directivas en el seno de una cooperativa corresponde al consejo rector y no a la gestora que este pueda haber contratado. Por lo tanto, que ello haya sido o no así, y que se haya o no respetado esa importante limitación en el caso que nos ocupa, sigue constituyendo la incógnita a despejar y en modo alguno una inferencia que pueda realizarse a partir de la virtual constatación de la intencionalidad propia de un promotor "encubierto". Al realizar esa inferencia, la parte demandada parte, como si de un hecho probado se tratase, precisamente de aquello que se debería demostrar: que, vulnerando la propia literalidad de la legislación cooperativa, la gestora actuó de manera permanente en el nivel decisorio de la entidad con plena autonomía respecto del órgano de administración de la misma.

Finalmente, después de hacer alusión a hechos y conductas atribuibles no a DOMUS sino a la precedente gestora SICONSVI, la demandada ÁREA NORTE se lamenta de que las gestoras puedan aspirar a percibir en el concurso unos honorarios que le parecen excesivos en igualdad de condiciones que los cooperativistas insatisfechos y restantes acreedores, poniendo de relieve extremos y valoraciones que le conducen a considerar que la gestión desempeñada no fue satisfactoria. Se trata, sin embargo, de reflexiones que, aunque respetables, nada tienen que ver con el tema que aquí nos ocupa que no es otro que el de determinar si DOMUS se comportó o no, en su desempeño como entidad gestora, como un administrador de hecho de AREA NORTE y si, como consecuencia de ello, se hizo o no merecedora de la subordinación crediticia prevista para ese caso en el Art. 92-5º en relación con el Art. 93-2,2º de la Ley Concursal, que es la norma que aplicó la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL en su informe con base en consideraciones que más tarde no ha logrado acreditar en el seno del presente proceso.

Se ha de estimar, en consecuencia, el recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- Estimándose el recurso de apelación, no es procedente efectuar especial pronunciamiento sobre las costas causadas en esta alzada de conformidad con el número 2 del Art. 398 de la L.E.C., debiendo satisfacerse con cargo a la masa, en cambio, las originadas en la instancia precedente de acuerdo con lo previsto en el Art. 394-1 de la misma ley.

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

## FALLO

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Estimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de DOMUS PROSOLIM S.L. contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 7 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Revocamos dicha resolución y, estimando -como estimamos- la demanda incidental interpuesta por DOMUS PROSOLIM S.L. contra la concursada AREA NORTE SOCIEDAD COOPERATIVA MADRILEÑA, con la intervención de su ADMINISTRACIÓN CONCURSAL, declaramos que el derecho de crédito reconocido a la demandante en



la lista de acreedores debe ser calificado como ordinario y no como subordinado, siendo a cargo de la masa las costas originadas en la instancia precedente.

3.- No efectuamos especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas por el presente recurso de apelación.

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 del depósito consignado para recurrir.

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así por esta sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los magistrados integrantes de este Tribunal.

FONDO DOCUMENTAL CENDO