

Audiencia Provincial Civil de Madrid
Sección Vigésimoctava

Rollo: RECURSO DE APELACION 1114/2017

Proc. Origen: Incidente Concursal 228 //2013

Órgano Procedencia: Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Madrid

Recurrente:

Procurador: Dña.

Abogado: D.

Recurrida: AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN

Abogado: D.

S E N T E N C I A nº 317/2018

ILMOS. SRS. MAGISTRADOS

D.

D. D.

En Madrid, a 1 de junio de 2018.

La Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los Ilustrísimos Señores Don, ha visto el recurso de apelación bajo el número de Rollo 114/17 interpuesto contra la Sentencia de fecha 30 de diciembre de 2013 dictada en el proceso número de Incidente Concursal 228/2013 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid.

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

Es magistrado ponente Don

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda incidental de acción de resolución de contrato del artículo 1124 del Código Civil y 62 de la Ley concursal y en reclamación de daños y perjuicios y, subsidiariamente, de acción de resolución por interés del concurso del artículo 61.2 de la Ley Concursal presentada con fecha 15 de abril de 2013 por la representación de contra y contra el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN (MADRID) , en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba apoyaban su pretensión, suplicaba que :

“... Se sirva seguir los trámites del incidente concursal, dictando sentencia por la cual, apreciando la acción de resolución contractual del artículo 1124 del Código Civil:

- 1) **Resuelva** el contrato de derecho de superficie suscrito entre el 16 de mayo de 2002.

- 2) **Condene** solidariamente a y al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón a indemnizar a, en concepto de daños y perjuicios por la construcción del hotel, con la cantidad de.- euros, más sus correspondientes intereses desde fecha de sentencia hasta su efectivo cobro.

3) **Condene** solidariamente a y al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón a indemnizar a., en concepto de daños y perjuicios por las aportaciones económicas al hotel, con la cantidad de.- euros, más sus correspondientes intereses desde el desembolso del dinero por mi cliente hasta su efectivo cobro.

4) Condene solidariamente a y al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón al pago de las costas de este incidente en caso de que se oponga al mismo.

Subsidiariamente, en caso de apreciarse la acción de resolución en interés del concurso, se dicte sentencia por la cual:

1) **Resuelva** el contrato de derecho de superficie suscrito entre el 16 de mayo de 2002.

2) **Condene** solidariamente a y al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón a pagar a., la cantidad de .- euros, más las cantidades pagadas en concepto de canon después de la presentación a la demanda y sus correspondientes intereses desde la fecha de sentencia hasta su efectivo cobro.

3) **Condene** solidariamente a y al Ayuntamiento de Pozuelo de Alarcón al pago de las costas de este incidente en caso de que se oponga al mismo. ”

SEGUNDO.- Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes, el Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid dictó sentencia con fecha 30 de diciembre de 2013 cuyo fallo es del siguiente tenor:

“ Que debo DESESTIMAR Y DESESTIMO íntegramente la demanda interpuesta por. contra Y AYUNTAMIENETO DE POZUELO DE ALARCÓN sin imposición de costas. ”

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 deliberación, votación y fallo el día 31 de mayo de 2018.

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

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La mercantil concursada. interpuso demanda incidental contra y contra el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN con el fin de obtener la resolución, y pronunciamientos restitutorios consiguientes, del contrato formalizado en escritura pública de 16 de mayo de 2002 (folios 46 y ss.) por el que constituía en favor de derecho real de superficie por espacio de 50 años y a cambio de un canon anual de € sobre la del Registro de la Propiedad número 2 de Pozuelo de Alarcón, contrayendo la superficiaria el compromiso de construir en la misma un hotel que revertiría a la propiedad al término de vigencia del derecho real constituido.

Las acciones ejercitadas en la demanda fueron dos, en régimen de subsidiariedad:

1.- Una acción principal de resolución del contrato fundada en el incumplimiento de sus obligaciones por parte de la propiedad de la parcela, ejercitada al amparo del Art. 62 de la Ley Concursal.

2.- Una acción subsidiaria por la que, con independencia de la existencia o inexistencia de conducta incumplidora, se solicita la resolución de ese mismo contrato en interés del concurso y con base en el Art. 61-2 de la misma ley.

La sentencia de primera instancia desestimó la demanda y, disconforme con dicho pronunciamiento, contra el mismo se alza. a través del presente recurso de apelación.

Antes de entrar en el examen de los temas objeto de debate, debemos dejar constancia de la manifiesta carencia de fundamento del alegato de la parte apelada con arreglo al cual la apelante no habría formulado oportunamente protesta contra la sentencia: basta un somero examen de las actuaciones para constatar que la protesta sí se formuló mediante escrito de la actora presentado el 15 de enero de 2014 (folio 517), que por diligencia de ordenación de 5 de febrero de 2014 se tuvo por formulada en tiempo y forma tal protesta (folio 517) y que dicha resolución fue notificada a las partes (folios 519 y ss.).

SEGUNDO.- Legitimación pasiva del AYUNTAMIENTO DE POZUELO.-

Reacciona la apelante, en primer lugar, contra aquel particular de la sentencia apelada por el que, razonando que el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN no fue parte en el contrato que se trata de resolver, carece dicha entidad pública de legitimación para soportar pasivamente la acción ejercitada, y para ello no duda en atribuir a la sentencia manifestaciones que esta nunca ha efectuado como la de que el AYUNTAMIENTO “...nada tenía que ver con su filial ni con sus decisiones...” o la de que ambas (AYUNTAMIENTO y) “...actuaban sin coordinación en su fines...”. En definitiva, lo que nos dice la apelante es que el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN sí era parte en el contrato porque era el único accionista y beneficiario de y que ha venido controlando de forma absoluta a esta entidad.

No compartimos dicho punto de vista. De acuerdo con el Art. 85 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, la gestión directa de un servicio público puede llevarse a cabo tanto por la propia entidad

local como a través de un “organismo autónomo local” o de una “entidad pública empresarial local”, pero también puede llevarse a cabo esa gestión directa a través de una “sociedad mercantil local”, denominación esta que reciben las sociedades cuyo capital, como sucede con, pertenezca en su integridad a la corporación local. Que en tales circunstancias las decisiones de estuvieran mediatizadas por las decisiones del AYUNTAMIENTO es algo obvio, como también lo es, fuera del ámbito municipal, el control que ejerce sobre una sociedad mercantil aquella otra sociedad que ostenta la titularidad de la totalidad o de la mayoría de su capital. Ahora bien, tales circunstancias no nos autoriza a soslayar el principio de la personalidad de los entes sociales ni suponer que esa personalidad no existe porque la única que existe es la del ente que controla las decisiones de la sociedad concernida.

En su recurso,. no reitera su pretensión inicial de que se aplicase al caso la doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica (página 11 de la demanda), y entendemos que la abandona dicho planteamiento con acierto porque para la utilización de tal expediente no basta -como se afirmó en la demanda- con que el socio único de una mercantil sea el centro de imputación de las decisiones de esta sino que es menester que se utilice la personalidad jurídica de esa mercantil como un medio o instrumento defraudatorio o con un fin fraudulento (SS. T.S. de 17 de octubre de 2000, 3 de junio y 19 de septiembre de 2004, 16 de marzo y 30 de mayo de 2005, entre otras), finalidad defraudatoria cuya concurrencia la demandante no solo no acreditó sino que ni siquiera alegó en su escrito rector y que, en cualquier caso, resultaría poco verosímil cuando, como acabamos de ver, la constitución de sociedades mercantiles locales para la gestión directa de un servicio público constituye no solo un fenómenos usual sino también un mecanismo especialmente previsto por la ley.

El hecho de que con posterioridad, no ya a la interposición de la demanda sino incluso del dictado de la sentencia que ahora se recurre, la entidad haya sido objeto de liquidación con cesión global de sus activos y pasivos al AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN lo único que evidencia es que esta corporación ha devenido titular de la relación jurídica controvertida, lo que no deja de ser una hipótesis que habilita para que se produzca la sucesión procesal pero en modo

alguno -como la apelante pretende- un suceso confirmatorio de su legitimación pasiva originaria.

No ha de prosperar, pues, este motivo de apelación.

TERCERO.- Resolución por incumplimiento.-

La acción principal se ejercitó al amparo del Art. 62-1 de la Ley Concursal a cuyo tenor *“La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso”*.

La posibilidad de ejercitar esta acción en sede concursal se encuentra, pues supeditada a la concurrencia de dos requisitos:

1.- En primer lugar, es necesario que el incumplimiento que denuncia la parte “in bonis” sea un incumplimiento posterior a la declaración de concurso, salvo que se trate de un contrato de tracto sucesivo. No resultando controvertido que la conducta incumplidora en la que la demandante fundó su acción resolutoria fue anterior en el tiempo a su declaración de concurso, lo que trató de argumentar es que, precisamente, el contrato que trata de resolver es un contrato de tracto sucesivo.

No compartimos este punto de vista. Las obligaciones que del contrato nacen a cargo de (pagar el canon y construir un hotel en la parcela cedida) tienen su origen en el derecho real de superficie que, por espacio de 50 años, constituye en su favor. Por más que el canon pactado quedara fraccionado en el tiempo a razón de por cada una de esas 50 anualidades, del contrato no nace a favor de. la facultad de exigir de que esta revalide el derecho de superficie en cada uno de los periodos anuales en los que la obligación de pagar el canon aparece fraccionada. El derecho de superficie se constituye en unidad de acto, es decir, en un único

instante y con validez para los 50 años, sin que su mantenimiento jurídico en el tiempo exija la realización por parte de la propiedad de prestación adicional alguna. Señala en tal sentido la S.T.S. de 19 de julio de 2016 que *“Como ha explicado la doctrina, los contratos de tracto sucesivo requieren de modo esencial del tiempo para su cumplimiento, de tal forma que, una vez celebrado el contrato que sirve de marco para la relación contractual, **nacen obligaciones para ambas partes de modo sucesivo, periódico o continuado.** En estos periodos de tiempo, ambas partes de manera recíproca ven parcialmente satisfecho su interés, en cierto modo **independiente de los demás periodos del contrato,** ya que la obligación de una parte y su correlativa se circunscriben a un tiempo determinado, sin perjuicio de que en cada periodo nazcan de nuevo recíprocas obligaciones para ambos”* (énfasis añadido). Pues bien, nada de esto sucede en el caso que nos ocupa donde el pago periódico de cada fracción del precio total pactado no hace nacer en el superficiario una parte alícuota del derecho de superficie que ya había adquirido en origen y en su integridad.

2.- El segundo requisito para el ejercicio de la acción resolutoria es que se trate de un contrato de los previstos en el Art. 61-2 de la Ley Concursal, es decir, un contrato *“...con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte”*.

Compartimos el punto de vista de la sentencia apelada cuando razona que, una vez constituido el derecho real de superficie por parte de, del contrato no nacen obligaciones más que para (pagar el canon y construir el hotel). Basta examinar la escritura de 16 de mayo de 2002 (folio 46) para comprobar que, una vez que se ha afirmado que constituye derecho real de superficie, las obligaciones que se contemplan (folios 53 vto, y ss.) solo son obligaciones a cargo de la superficiaria

Lo que integra el incumplimiento contractual que en la demanda se denuncia es el hecho de que, tras la celebración de dicho contrato, el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN otorgara licencia a otra entidad mercantil para adaptar y destinar a uso hotelero un edificio cercano al hotel construido por la demandante. Lógicamente, indicar que eso constituye un

incumplimiento contractual de equivale a afirmar que contrajo con la obligación de impedir que el AYUNTAMIENTO DE POZUELO DE ALARCÓN otorgase licencias para uso hotelero que pudieran suponer para ella una indeseable competencia comercial.

Pues bien, siendo obvio que la escritura de 16 de mayo de 2002 no contempla una prestación de tales características a cargo de, lo que la apelante razona es que se trata de una obligación implícita derivada del deber genérico de mantener al superficiario en el uso pacífico del derecho adquirido, obligación fundada en el Art. 1258 del Código Civil con arreglo al cual *“Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley”*. Pues bien, a este respecto hemos de efectuar las siguientes consideraciones:

a).- Que es imposible considerar como obligación implícita de un contratante aquélla que ese contratante no puede legalmente cumplir, pues es evidente que carecía de potestad administrativa en relación con el planeamiento urbanístico.

b).- Que tampoco podría considerarse como una obligación implícita aquella que exigiese de el ejercicio de influencia sobre el AYUNTAMIENTO para que este se abstuviese de otorgar licencias hoteleras en las cercanías del hotel de la demandante, pues, estando obligado el AYUNTAMIENTO a servir con objetividad a los intereses generales (Art. 3-1 de la entonces vigente Ley sobre Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común), cualquier conducta que aspirase a interferir en dicho designio en provecho del particular interés de un concreto operador económico no solo no podría considerarse constitutiva de una obligación proveniente del principio de la buena fe o exigida por el uso por la ley (Art. 1258) sino que, en cierto modo y según los casos, podría ser reputada incluso como un comportamiento contrario a tales principios.

c).- Que parece olvidar la apelante que para que un contrato pueda considerarse incluido dentro del ámbito del Art. 61-2 de la Ley Concursal no basta con que subsistan obligaciones a cargo de ambos contratantes sino que es

imprescindible, además, que esas obligaciones bilaterales subsistentes tengan carácter recíproco o sinalagmático. Pues bien, en el contrato litigioso las únicas prestaciones que revisten ese carácter, por razón de su mutua condicionalidad, son, por un lado, la de constituir derecho de superficie por 50 años y, por otro, la de satisfacer un canon y construir un hotel. Por lo tanto, aunque pesase sobre -ya hemos dicho que no- el deber de hacer todo lo posible por evitar que el AYUNTAMIENTO titular de su capital social concediese otras licencias hoteleras en las cercanías del hotel de la actora, tal obligación no podría considerarse recíproca o sinalagmática. Como señala la S.T.S. de 19 de febrero de 2013, *“...la indicada y desnuda garantía por hecho propio (abstenerse de perturbar la posesión) no constituye, a los efectos del artículo 61, más que un deber de conducta general, implícito en el "pacta sunt servanda", en su contenido sustancial ya cumplido con la propia entrega y, en todo caso, insuficiente, por sí solo, para atribuir al crédito de la arrendadora el tratamiento en el concurso que la recurrente pretende”*.

d).- Finalmente, hemos de indicar que tampoco nos parecen obvias ni dispensadas de prueba las razones por las que entiende que la no concesión de licencias dentro de determinada área constituyó un sobreentendido implícito en la celebración del contrato. Es el planeamiento urbanístico el que, siempre por razones de interés general, adopta las decisiones oportunas al respecto, y no nos consta en absoluto que en la zona de que se trata () las necesidades hoteleras quedasen holgadamente cubiertas mediante un solo hotel, como tampoco nos consta que pudiera resultar contrario a los intereses generales la concesión de otra u otras licencias con ese mismo fin o que desde el AYUNTAMIENTO o desde se hubiera hecho llegar a alguna expectativa cierta de que no se concederían más licencias. Lo único que al respecto nos dice la apelante en su recurso es que tanto desde el AYUNTAMIENTO como desde se le ocultó, con carácter previo a la celebración del contrato, la intención de la corporación de otorgar otra licencia. Ahora bien, como acertadamente señala la sentencia apelada, si ese fuere el caso, de lo que se nos estaría hablando es de un problema en el proceso de formación de la voluntad obligadamente anterior al contrato, es decir, de la concurrencia de un vicio del consentimiento que, si bien pudiera fundar una acción de nulidad, ninguna relación guarda con una acción resolutoria como la aquí ejercitada cuyo

basamento es el incumplimiento de sus obligaciones por la otra parte contratante, es decir, una conducta forzosamente posterior a la perfección del vínculo contractual.

CUARTO.- Resolución en interés del concurso.-

Fundó la apelante esta acción subsidiaria en el Art. 61-2 de la Ley Concursal que, después de establecer en su primer párrafo que *“La declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa”*, establece en su segundo párrafo que *“No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, la administración concursal, en caso de suspensión, o el concursado, en caso de intervención, podrán solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso. El secretario judicial citará a comparecencia ante el juez al concursado, a la administración concursal y a la otra parte en el contrato y, de existir acuerdo en cuanto a la resolución y sus efectos, el juez dictará auto declarando resuelto el contrato de conformidad con lo acordado. En otro caso, las diferencias se sustanciarán por los trámites del incidente concursal y el juez decidirá acerca de la resolución, acordando, en su caso, las restituciones que procedan y la indemnización que haya de satisfacerse con cargo a la masa”*.

No nos consta que en el presente caso la parte actora haya respetado la especialidad procedimental prevista en dicho precepto, el cual exige, como paso previo al ejercicio la acción por vía incidental, un trámite de comparecencia tendente a posibilitar un acuerdo entre las partes. Y es que, como establece la S.T.S. de 10 de noviembre de 2016, *“Esta resolución en interés del concurso no se articula como un derecho dispositivo atribuido por la ley a una de las partes, en concreto de quien represente a la masa del concurso (el concursado o la administración concursal), sino como una decisión judicial en ausencia de acuerdo entre las partes”*.

Ahora bien, aun cuando gracias a la condescendencia de la parte contraria, quien no ha denunciado dicha carencia, podemos considerar salvado ese inconveniente procesal, hay que tener en cuenta que el primer inciso del precepto vincula su entero contenido al ámbito previsto en el párrafo anterior, es decir, al ámbito de *“...los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento tanto a cargo del concursado como de la otra parte...”*. En efecto, como señala la S.T.S. de 29 de junio de 2016, con referencia a los contratos de leasing, *“...La interpretación que ha de darse a la nueva redacción del art. 61.2 de la Ley Concursal, y en concreto al último inciso en el que hace mención a los contratos de arrendamiento financiero, es que si del análisis del concreto contrato de leasing concertado por la concursada resultan obligaciones pendientes de cumplimiento también para el arrendador financiero tras la declaración de concurso, será aplicable el régimen previsto en dicho precepto para la resolución en interés del concurso del contrato de leasing pendiente de cumplimiento por ambas partes”*. Lo que implica que, incluso con la nueva redacción del precepto, si no existen obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, no es posible la resolución en interés del concurso que contempla el párrafo 2º del Art. 61-2 de la Ley Concursal.

Y, como ya hemos visto que en el supuesto examinado no subsisten obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento a cargo de ambas partes, tampoco podemos considerar admisible el ejercicio de la facultad de resolución del contrato en interés del concurso que contempla el Art. 61-2, párrafo segundo de la Ley Concursal.

No ha de prosperar, pues, el recurso de apelación interpuesto.

QUINTO.- Las costas derivadas de esta alzada deben ser impuestas a la parte apelante al resultar desestimadas todas las pretensiones de su recurso de conformidad con lo previsto en el número 1 del Art. 398 de la L.E.C.

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

F A L L O

En atención a lo expuesto la Sala acuerda:

- 1.- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación de contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid que se especifica en los antecedentes fácticos de la presente resolución.
- 2.- Confirmar íntegramente la resolución recurrida.
- 3.- Imponer a la apelante las costas derivadas de su recurso.

Se acuerda la pérdida del depósito constituido por la parte apelante de conformidad con lo establecido en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

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.