



Roj: **SAP B 11467/2020 - ECLI: ES:APB:2020:11467**

Id Cendoj: **08019370152020102288**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **03/12/2020**

Nº de Recurso: **1297/2020**

Nº de Resolución: **2574/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JUAN FRANCISCO GARNICA MARTIN**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120168005174

**Recurso de apelación 1297/2020 -1**

Materia: Incidente

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 03 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: incidente concursal 37/2018. Dimanante de concurso núm. 660/2016 (Concurso: Kabaena Directorship, S.L.U.)**

Parte apelante: GORDON BROTHERS INTERNATIONAL, LLC

Procurador: Ignacio Lopez Chocarro

Abogado: Jon Aurrecochea Garay

Parte apelada: KABAENA DIRECTORSHIP, S.L.U., SPRINGWATER CAPITAL SPAIN, S.L., CONTINUUM, S.A., ADMINISTRACION CONCURSAL DE KABAENA DIRECTORSHIP, S.L.U

Procuradora: Lorena Moreno Rueda, Margarita Ribas Iglesias

Abogado/a: Manuel Gimenez Rasero, Alvaro Remon Peñalver, Gema Mendoza Mayo

**Cuestiones: acciones de nulidad y de reintegración de un contrato de Soporte de Inventario tras haber quedado extinguido por virtud de pacto transaccional. Perjuicio indirecto y requisitos para su apreciación.**

**SENTENCIA núm. 2574/2020**

**Composición del tribunal:**

JUAN F. GARNICA MARTÍN

JOSÉ MARÍA RIBELLES ARELLANO

MARTA CERVERA MARTÍNEZ

En la ciudad de Barcelona, a 3 de diciembre de 2020

**Parte apelante:** Gordon Brothers International, LLC (Gordon).



**Parte apelada:** Kabaena Directorship, S.L.U. (Kabaena), Springwater Capital Spain, S.L. (Springwater), Continuum, S.A. y Administración Concursal.

**Resolución recurrida:** Sentencia

- Fecha: 5 de noviembre de 2019.

- Objeto: Nulidad y rescisión contrato.

- Parte demandante: Administración Concursal de Kabaena Directorship, S.L.U.

- Parte demandada: Kabaena Directorship, S.L.U., Springwater Capital Spain, S.L., Continuum, S.A., Gordon Brothers International, LLC.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO: " *Que debía acordar y acordaba estimar la demanda a instancia de la ADMINISTRACION CONCURSAL y debo:*

1.- *Declarar la nulidad de compraventa con pacto de retro titulado "soporte de inventario" de fecha 04/12/2014 por simulación relativa y declarar la existencia de un contrato disimulado u oculto de préstamo o de financiación con garantías.*

2.- *Declarar la nulidad del contrato de préstamo de 04/12/2014 por infringir la prohibición de pacto comisorio.*

3.- *Condenar a GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC a restituir a la masa activa de KABAENA DIRECTORSHIP, SLU la cantidad de 1.649.624,19 €, con más los intereses legales.*

4.- *Se condene a la demandada opuesta a pagar las costas procesales" .*

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Administración Concursal de Kabaena Directorship, S.L.U. Admitido en ambos efectos se dio traslado a la contraparte, que presentó escrito impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 26 de noviembre pasado.

Actúa como ponente el magistrado Juan F. Garnica Martín.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO. Objeto del proceso y del recurso.**

1. La Administración Concursal de Kabaena Directorship, S.L.U. interpuso una demanda de incidente concursal contra la concursada Kabaena Directorship, S.L.U., Springwater Capital Spain, S.L., Continuum, S.A. y Gordon Brothers International, LLC en solicitud de que:

1) *Con carácter principal:*

a) Se declare la nulidad de la compraventa con pacto de retro de fecha 04/12/2014 titulada "soporte de inventario" por simulación relativa y la existencia de un contrato disimulado u oculto de préstamo o de financiación con garantías.

b) Se declare la nulidad del contrato de préstamo de 04/12/2014 por infringir la prohibición de pacto comisorio o por constituir un préstamo usurario.

c) Se condene a Gordon Brothers International LLC a restituir a la masa activa de Kabaena Directorship, S.L.U. la cantidad de 1.649.624,19 €, más los intereses legales y moratorios que en adelante se devenguen.

2) *Con carácter subsidiario:*

a) Se declare la rescisión del contrato de 04/12/2014 por causar perjuicio para la masa activa.

b) Se condene a Gordon Brothers International LLC a restituir a la masa activa de Kabaena Directorship, S.L.U. la cantidad de 1.649.624,19 €, más los intereses legales y moratorios que en adelante se devenguen.

3) *Con carácter subsidiario:*

a) Se declare la rescisión de los pagos efectuados en fecha julio 2016 por la cantidad de 2.238.649,74 € por causar perjuicio para la masa activa.

b) Se condene a Gordon Brothers International LLC a restituir a la masa activa de Kabaena Directorship, S.L.U. la cantidad de 2.238.649,74 €, más los intereses legales y moratorios que en adelante se devenguen, con expresa



declaración de mala fe de Gordon Brothers International LLC a los efectos del art. 73.3 LC y, en otro caso, que dicho crédito de Gordon Brothers International LLC en el concurso sea calificado como proceda conforme a la LC.

2. Gordon se opuso a la demanda alegando lo siguiente:

a) Respecto a la petición de nulidad por simulación, la existencia de cosa juzgada, derivada de la terminación por satisfacción extraprocesal de un proceso anterior entre las mismas partes y con idéntico objeto que finalizó por medio de un acuerdo transaccional. Subsidiariamente negaba la simulación y la infracción de la prohibición de pacto comisorio o de la normativa sobre usura.

b) Respecto de la rescisión concursal, también aducía la existencia del pacto transaccional, así como el carácter irrevocable del negocio jurídico por ser un acto ordinario y por ausencia de perjuicio.

c) En cuanto a la rescisión de los pagos, negaba que se hubiera justificado el perjuicio para la masa y, en cualquier caso, negaba la existencia de mala fe.

3. Continuum se allanó a la demanda indicando que en ningún caso se procediera a la restitución de garantías.

4. La concursada presentó escrito en el que solicitó asimismo la nulidad del denominado contrato de "soporte de inventario" por (i) carecer de causa o ser esta ilícita o (ii) por infracción de la prohibición de pacto comisorio. También solicitó la desestimación de la pretensión subsidiaria de la demanda o, subsidiariamente, en caso de estimarla, (i) se declare subordinado el crédito de Gordon, en la medida en que esta actuó como administradora de hecho de la concursada desde octubre de 2015 en adelante o (ii) sea reconocido por su importe sin incluir garantía alguna.

5. La resolución recurrida declaró la nulidad del contrato de 4 de diciembre de 2014, denominado de "Soporte de Inventario" por considerar que disimulaba un contrato de préstamo, a la vez que declaraba la nulidad de este contrato por incurrir en la prohibición de pacto comisorio y condenó a Gordon a reintegrar a la masa concursal el pago de 1.649.624,19 €, con los intereses legales.

6. El recurso de Gordon, tras exponer una queja por la falta de imparcialidad mostrada por la juez en su actuación y particularmente en la valoración de las periciales, expone los siguientes motivos:

a) Incongruencia omisiva, atendido que no se ha dado respuesta a ninguna de las defensas opuestas en su escrito de contestación en relación con: (i) la extinción o inexistencia del contrato de apoyo que se pretendía anular, como consecuencia del acuerdo transaccional firmado por las partes; (ii) la renuncia de acciones incorporada al referido pacto transaccional; y (iii) la imposibilidad de declarar la nulidad del referido contrato de apoyo por encontrarse previamente resuelto por las partes.

b) Vulneración de lo establecido en el art. 218 LEC y 24 CE por incurrir en incongruencia omisiva y por juzgar en contra de lo que resulta de la cosa juzgada. Se funda tal alegación en que se ha infringido lo dispuesto en los arts. 22.1 LEC y 222.1 LEC respecto de la terminación del proceso por satisfacción extraprocesal y sobre la cosa juzgada.

c) Error en la valoración de la prueba, que se justifica alegando que no existe en la resolución recurrida un examen estructurado de los hechos ni de las pruebas.

d) Error en la interpretación de los arts. 1859 y 1884 CC, porque no se cumplen los requisitos para apreciar la existencia de un pacto comisorio. Y, caso de existir, lo nulo sería el pacto pero no el contrato que lo contiene.

e) Error en la valoración de la prueba, ya que ni el contrato de apoyo ni el pacto transaccional supusieron un perjuicio para la masa.

## **SEGUNDO. Resumen de hechos probados.**

7. Tiene razón el recurso cuando se queja de que la resolución recurrida no ha expuesto de forma mínimamente ordenada y estructurada los hechos relevantes para decidir acerca de las cuestiones objeto del proceso, lo que era especialmente exigible en un supuesto como el presente en el que resulta tan importante el relato de hechos para comprender adecuadamente los problemas jurídicos que se plantean.

8. Con todo, y aunque no se trate de un relato bien estructurado, de la resolución recurrida podemos entresacar el siguiente relato de hechos, que nos hemos limitado a recortar y trasladar:

"1. En fecha **17/11/2014** SPRINGWATER se adjudicó la unidad productiva de ESTABLIMENTS MIRO, S.L., negocio que incluía: el inventario existente del negocio en la fecha indicada, parte de la plantilla de tienda, almacén y de oficina, alquileres y derecho de uso de tiendas y diversas marcas comerciales. Dicha adjudicación se vehiculizó a través de KABAENA DIRECTORSHIP, SLU (no discutido).



2. En fecha **04/12/2014** KABAENA DIRECTORSHIP, SLU - como obligada principal - y SPRINGWATER y CONTINUUM (antes DELION, S.A.) - en calidad de avalistas - suscribieron con GORDON BROTHERS el contrato denominado "**Contrato de Soporte de Inventario**" en virtud del cual:

a) la concursada KABAENA DIRECTORSHIP, SLU vendía a GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC la mayor parte del inventario que tenía en dicho momento así como el inventario futuro que pudiera comprar a sus proveedores hasta un límite máximo de 5.000.000€; a cambio GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC satisfizo a KABAENA DIRECTORSHIP, SLU 3 facturas de fechas 5,12 y 18 de diciembre de 2014 en concepto "venta de inventario" emitidas por KABAENA DIRECTORSHIP, SLU que incluía el correspondiente 21% de IVA. (Cláusula 3.2 Anexo II del documento I aportado por la actora de fecha 04/12/2014 - contrato de soporte de inventario - (Tomo I));

b) terminada la vigencia de dicho contrato KABAENA DIRECTORSHIP, SLU debía **recomprar** a GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC por el mismo importe, más el IVA aplicable y comisiones o importes adeudados a GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC (Cláusula 3.3 y 11.1 contrato Anexo II del documento I aportado por la actora de fecha 04/12/2014 - contrato de soporte de inventario - (Tomo I));

c) en el supuesto de querer anticipar la recompra, KABAENA DIRECTORSHIP, SLU debería para (*sic*, en lugar de pagar) un 10% adicional del precio pagado por GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC, más el IVA aplicable y comisiones o importes adeudados a GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC;

d) en el contrato suscrito por las partes, KABAENA DIRECTORSHIP, SLU se encargaba de vender a los clientes finales el producto propiedad de GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC, a cambio de una comisión consistente en una parte del precio de venta al público obtenido;

e) mientras durase la vigencia del contrato KABAENA DIRECTORSHIP, SLU tenía el derecho y la obligación de recompra del producto vendido a GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC por el importe percibido en concepto de precio y, al mismo tiempo, tenía la obligación de vender el producto de GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC a clientes finales.

(...)

4. Inicialmente KABAENA DIRECTORSHIP, SLU disponía de un inventario con un valor de coste de 13.225.965,60€ (cláusula 2.4 y 4.1 del contrato en relación a la pág. 13 del dictamen pericial aportado por la parte actora como documento 1 emitido por Miguel - Tomo I de autos -), del que GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC selecciona productos con un valor de coste de 4.200.000€ por los que aporta 1.500.000€; en los siguientes 10 días hábiles GORDON BROTHERS INTERNATIONAL LLC selecciona productos con un valor de coste de 9.800.000€ por los que aporta 3.500.000€; en los siguientes.

(...)

en la oferta de SPRINGWATER para la adquisición de venta de unidad productiva de ESTABLIMENTS MIRO, S.L. se pagó un precio de 3.000.000€ **si bien se consignó que se adquiriría con la obligación de un nivel de existencias mínimo exigido de 16.000.000€** (razonamientos jurídicos segundo y tercero del auto de autorización de la venta de la unidad productiva de fecha 22/09/2014 aclarado por el de fecha 14/10/2014 ESTABLIMENTS MIRO, S.L. en favor de SPRINGWATER CAPITAL LLC del Juzgado Mercantil nº 1 de Barcelona, autos 378/2011-C, Tomo IV), habiendo adquirido en fecha **17/11/2014** SPRINGWATER la unidad productiva de ESTABLIMENTS MIRO, S.L. y muy poco tiempo después (menos de un mes) - en fecha **04/12/2014** KABAENA DIRECTORSHIP, SLU y GORDON BROTHERS suscribieron con el contrato denominado "Contrato de Soporte de Inventario".

**9.** De la misma demanda de la AC podemos extraer los siguientes hechos que complementan el anterior relato, y que en lo sustancial no se discuten:

a) Springwater es la sucursal española de un fondo de inversión internacional que en fecha 17 de noviembre de 2014 adquirió la unidad productiva de Establiments Miró en el marco del proceso de liquidación seguido en el concurso 378/2011 del Juzgado Mercantil 1 de Barcelona.

b) La concursada, Kabaena, fue la sociedad instrumental de Springewater a través de la cual se articuló la compra. A ella se traspasaron todos los activos necesarios para continuar la actividad de Establiments Miró, tales como marcas, tiendas, personal, existencias, etc.

c) Continuum es la matriz luxemburguesa del holding internacional al que pertenece Kabaena.

d) Gordon es una firma especializada en reestructuraciones empresariales en sectores de comercio al por menor.



e) Kabaena no cumplió el contrato, lo que determinó que en 20 de octubre de 2015 se prorrogara hasta el 31 de enero de 2016, con la imposición de una serie de condiciones adicionales. Tampoco cumplió en ese otro momento y ello determinó que, agotado el contrato, Kabaena tenía pendiente de recomprar la suma de 2.374.992,80 euros. Esa cantidad, se afirma, se pagó a lo largo de los meses siguientes, liquidándose el contrato el 12 de julio de 2016, tras recibir Gordon la suma de 2.982.010,54 euros. El resultado del contrato, se afirma en la demanda, fue que Gordon entregó a Kabaena 5.000.000 euros y recuperó esa cantidad y obtuvo un beneficio de 1.649.624,19 euros en poco más de un año y medio.

f) En 29 de julio de 2016 Kabaena instó el concurso de acreedores que fue declarado el siguiente 1 de septiembre.

**10.** Gordon introdujo, al contestar a la demanda, los siguientes hechos, que complementan el relato que se hace en la demanda:

a) Gordon se dedica mundialmente a ese tipo de actividad, consistente en la adquisición de existencias y su posterior venta, y ya había negociado con Springwater, antes de la compra de la unidad productiva, los términos del contrato de Apoyo que más tarde acabó firmando con la concursada.

b) Kabaena y Gordon suscribieron un contrato de cesión de uso de espacio para el depósito temporal del inventario, de forma que pudiera depositar allí sus existencias.

c) Kabaena incumplió en dos ocasiones sus compromisos contractuales, lo que determinó que las partes firmaran convenios novatorios y, más tarde, el inicio de ejecuciones sobre la marca y sobre el inventario de existencias. También inició un proceso penal contra el Sr. Prudencio por apropiación indebida de las existencias.

d) Springwater, se afirma, es un fondo butre dirigido por el Sr. Prudencio, que opera en todo el continente europeo y que gestiona en la actualidad más de 500 millones de euros en activos. El referido Sr. Prudencio es administrador tanto de Springwater como de la concursada.

e) Nada más comenzar su actividad, en noviembre de 2014, Kabaena concedió crédito por importe de más un millón de euros a empresas del grupo, cantidad que salió de su tesorería.

f) Kabaena, Springwater y Continuum interpusieron una demanda frente a Gordon cuyo objeto fueron las mismas pretensiones de nulidad objeto de este proceso. Posteriormente, las partes llegaron a un acuerdo transaccional y el referido proceso finalizó por medio de un auto de pérdida sobrevenida del objeto del proceso. Los pagos que se produjeron durante julio de 2016 son cumplimiento de lo pactado en ese acuerdo transaccional.

g) Cuando se firmó el acuerdo transaccional, el 30 de junio de 2016, entre las partes se encontraban abiertos cuatro procesos civiles y uno penal. Entre los civiles se encuentran las ejecuciones instadas sobre las marcas y sobre el inventario, una demanda frente a los avalistas Springwater y Continuum y el proceso declarativo instado por Kabaena en solicitud de nulidad del contrato de Apoyo. Los acuerdos alcanzados contemplaban el desistimiento de todos los procesos, la cancelación de todas las garantías (hipoteca mobiliaria, 5 prendas sobre derechos de crédito en cuenta corriente y la prenda sobre inventario) y la resolución del contrato de Apoyo y el de Arrendamiento.

### **TERCERO. Sobre la incongruencia omisiva denunciada y la transacción alegada y sus efectos.**

**11.** Reiteramos que el primer motivo del recurso alega incongruencia omisiva, con fundamento en que no se ha dado respuesta a ninguna de las defensas opuestas en su escrito de contestación en relación con: (i) la extinción o inexistencia del contrato de apoyo que se pretendía anular, como consecuencia del acuerdo transaccional firmado por las partes; (ii) la renuncia de acciones incorporada al referido pacto transaccional; y (iii) la imposibilidad de declarar la nulidad del referido contrato de apoyo por encontrarse previamente resuelto por las partes.

**12.** Gordon insistió al juzgado en que no se le había dado respuesta a tales cuestiones por la vía del recurso de aclaración y complemento y el juzgado rechazó esa petición remitiéndole a lo que sobre el particular se afirmaba en el fundamento jurídico segundo. Lo que podemos entresacar del mismo como relevante son los dos siguientes párrafos:

"Pues bien, **si bien la transacción es una forma de terminación del procedimiento, el acuerdo alcanzado e incluso la homologación del mismo no tiene efectos de cosa juzgada respecto a terceros y es que, sin perjuicio de que han sido las partes dentro de su poder dispositivo, quiénes han alcanzado acuerdos que han dado lugar a la finalización del litigio entre ambos, no ha sido un juez quien ha resuelto sobre la cuestión de fondo.**



(...)

Pues bien, una cosa es la **eficacia vinculante del acuerdo transaccional** (cómo desarrolla el TS en la sentencia antes referida) y otra, con la que no puede confundirse, **el efecto de cosa juzgada previsto en el art. 222 LEC ; y es que no queda vedada la posibilidad de discutir en sede judicial la validez del contrato original ni el transaccionado** en sí mismo considerado a la luz de las normas que regulan los contratos (cómo ocurrió en la SAP, Secc. 15ª de fecha 02/05/2006) (el texto subrayado y las negrillas son del texto original)".

#### **Valoración del tribunal**

13. Tiene razón la recurrente en que con esos argumentos no puede considerarse que el juzgado mercantil haya dado una respuesta suficiente para estimar contestadas sus argumentaciones, por más que formalmente se haya podido contestar que la transacción no impide entrar en el examen de las acciones ejercitadas, lo que equivale a afirmar que considera que el acuerdo transaccional alcanzado por las partes no vincula al órgano jurisdiccional. Entendemos que quiere decir, que, si bien vincula a las partes, no vincula al juez, aunque no explicita las razones que permitan sostener esa idea. Intentaremos en el recurso profundizar algo más en el análisis, porque sin duda que la cuestión lo merece y justifica.

14. El art. 1816 CC dispone que la transacción tiene para las partes la autoridad de la cosa juzgada. Ese predicado tanto está referido en la norma a la transacción judicial como a la extrajudicial, a diferencia de la ejecutividad con la que únicamente se distingue a la transacción judicial. Pese a la aparente claridad de esa norma, se ha escrito mucho por la doctrina en su glosa y la mayor parte de ella está de acuerdo en que no puede hablarse de que la transacción produzca el efecto que es propio de la cosa juzgada en sentido técnico.

15. En realidad, la transacción es un contrato cuyo objeto consiste en poner fin a un litigio entre las partes por medio de recíprocas concesiones. Y por esa razón de pretender dar certeza a las relaciones jurídicas es por lo que se ha tendido a identificar con la sentencia, que pretende esa misma finalidad. Ahora bien, ahí acaban las analogías entre transacción y sentencia, si bien también tienen en común que las partes quedan vinculadas, lo que tanto es un efecto propio de la sentencia como del contrato.

16. No obstante, el propio Código admite la impugnabilidad de la transacción cuando afirma en el art. 1817 que pueda ser anulada con fundamento en el error, el dolo, la violencia o la falsedad de documentos. Por consiguiente, con ello queda claro que la transacción no produce cosa juzgada porque no impide que el contrato pueda ser anulado; por tanto, no es inmodificable y la inmodificabilidad constituye la esencia de la cosa juzgada.

17. Por tanto, al no haberse cuestionado el acuerdo alcanzado por las partes con fundamento en las causas referidas en el art. 1817 CC, parece claro que las partes que lo firmaron han quedado vinculadas por el mismo. La cuestión es si ello es suficiente para impedir el examen de fondo de las acciones de nulidad ejercitadas por el AC o bien, como ha entendido la resolución recurrida, el juez no está vinculado por dicho acuerdo y está en disposición de examinar la validez del contrato como si el acuerdo entre las partes no hubiera existido.

18. Vaya por delante que el hecho de que quien ha instado la nulidad sea el AC no significa que el mismo deba ser considerado como alguien ajeno a las partes en el mismo y que por esa razón no esté vinculado por el negocio de transacción. Que la Ley Concursal le atribuya legitimación para el ejercicio de tales acciones ( art. 72 LC ) y que no sea firmante del pacto no significa que no le alcance la vinculación que deriva del negocio jurídico de transacción al que las partes han llegado legítimamente.

19. Lo mismo cabe decir del juez. Si el acuerdo transaccional es válido, y nadie lo ha cuestionado (que sepamos), debe respetarlo como lo que es: un acuerdo alcanzado entre las partes que ha zanjado sus diferencias, ha puesto fin a los contratos que previamente habían suscrito y han sustituido sus relaciones jurídicas por otras nuevas, las derivadas del propio contrato. En ese sentido se ha dicho que la transacción es una sentencia que se han dado las partes y que el juez está obligado a tener en cuenta, aunque la crea injusta, si bien ello no le impide poder valorar la validez de la misma.

20. Ahora bien, que el juez pueda valorar la validez de la transacción no le autoriza a poder valorar también la validez de los negocios transigidos, pues ello equivaldría tanto como a negar valor a la transacción. Tales contratos, en ello tiene razón la recurrente, dejaron de existir como consecuencia del negocio jurídico de transacción y fueron sustituidos por este. El acuerdo transaccional sustituye a la sentencia que podría haber recaído en los procesos declarativos afectados por el mismo y se impone al juez en un proceso ulterior impidiéndole alcanzar conclusiones distintas a las que las partes alcanzaron por sí mismas. Es a lo que la doctrina se suele referir como efectos reflejos o efectos como hecho jurídico, que no se identifican propiamente con la cosa juzgada pero se aproximan a la misma. Ese es el sentido que se ha de dar a lo que se afirma en el art. 1816 CC al atribuir a la transacción en mismo efecto que a la cosa juzgada.



**21. La STS 5 de abril de 2010 (ECLI:ES:TS:2010:1874) hace las siguientes afirmaciones que consideramos que condensan la doctrina jurisprudencial acerca de la transacción:**

"B) Según la jurisprudencia la transacción, sea judicial o extrajudicial, produce el efecto de sustituir una relación jurídica controvertida por otra cierta y no controvertida, extinguiendo los derechos y acciones en que trae causa y originando nuevos vínculos y obligaciones ( SSTS 8 y 17 de julio de 2008, RC n.º 3182/2001 y RC n.º 211/2002). Por eso se ha negado la posibilidad de plantear cuestiones que afecten a las situaciones preexistentes a la transacción, que han perdido la protección jurídica al ser transigidas ( SSTS de 20 octubre de 2004, RC n.º 2563/1998 y 7 de julio de 2006, RC n.º 4131/1999). La "exceptio pacti" [excepción de transacción], de significado semejante al de la cosa juzgada material, puede ser opuesta en cualquier proceso, aunque la LEC sólo se refiere a ella como excepción a la acción ejecutiva ( artículo 557.1.6.ª LEC ).

"Si la transacción tiene para la partes efectos de cosa juzgada, según el artículo 1816 CC, vincula al órgano jurisdiccional en un proceso posterior cuando concurre identidad de elementos subjetivos y objetivos ( SSTS de 30 de enero de 1999, RC n.º 2281/1994 ). Sin embargo, la jurisprudencia ha declarado que la transacción no puede identificarse totalmente con los efectos de la cosa juzgada propia de las sentencias firmes ( SSTS de 28 de septiembre de 1984, 10 de abril de 1985 y 14 de diciembre de 1988) y que la imposibilidad de replantear las cuestiones transigidas no implica que la transacción sea invulnerable, ya que puede impugnarse su validez y eficacia, dejándola sin efecto y reavivando la situación jurídica anterior. La interpretación del artículo 1816 CC ha de hacerse sin mengua de la naturaleza contractual propia de la transacción ( STS de 8 de julio de 1999, RC n.º 3614/1994).

"C) La transacción judicial tiene una naturaleza dual, ya que, manteniendo su carácter sustantivo, la aprobación judicial le confiere un carácter procesal como acto que pone fin al proceso, con el efecto de hacer posible su ejecución como si se tratara de una sentencia ( artículos 1816 CC y 517 LEC). En esta circunstancia radica la diferencia entre la transacción judicial y la extrajudicial, ya que esta última no puede ser ejecutada forzosamente si no se obtiene, con carácter previo, un pronunciamiento judicial sobre su existencia y eficacia que sirva de título ejecutivo. La homologación judicial, sin embargo, no modifica la naturaleza consensual de la transacción como negocio jurídico dirigido a la autorregulación de los intereses de las partes y, por tanto, aunque las transacciones judiciales puedan hacerse efectivas por la vía de apremio, el artículo 1817 CC no las elimina de la impugnación por vicios del consentimiento ( STS de 26 de enero de 1993). De modo semejante, cabe ejercitar contra el acto de conciliación con avenencia, que es susceptible de ejecución, la acción de nulidad mediante el juicio declarativo que corresponda ( artículos 476 y 477 LEC 1881 y DD 2.ª LEC)".

**22. En conclusión, tiene razón Gordon en que no es posible entrar siquiera a plantearse la nulidad del contrato de Apoyo porque el referido contrato dejó de existir como consecuencia del pacto transaccional y, al no haberse cuestionado la regularidad del referido acuerdo transaccional, es preciso estar a lo establecido por las partes en el mismo. Por tanto, todas las acciones ejercitadas con el carácter de principal deben resultar desestimadas. Y la misma suerte debe correr la acción rescisoria de ese mismo contrato de Apoyo ejercitada como subsidiaria en primer grado pues no cabe rescindir por perjuicio un contrato que pasó a no existir como consecuencia del pacto transaccional alcanzado entre las partes. A lo sumo, lo que podría rescindirse por perjuicio, si se hubiera solicitado y concuerdan los requisitos para ello, es ese pacto transaccional, con el que las partes sustituyeron todas sus relaciones jurídicas anteriores.**

**CUARTO. Acción de reintegración de los pagos.**

**23. Por último solicita el AC, como petición subsidiaria de segundo grado, que se declare la rescisión de los pagos efectuados en fecha julio 2016 por la cantidad de 2.238.649,74 € por causar perjuicio para la masa activa. Los pagos a los que se refiere esa solicitud son los que se produjeron en cumplimiento del pacto transaccional alcanzado entre las partes. La petición, insistimos, se limita a los pagos efectuados como consecuencia del acuerdo, no al acuerdo mismo, que ni se menciona en la demanda del AC que pone en relación los pagos con el contrato de Apoyo de 4 de diciembre de 2014. Considera el demandante que tales pagos fueron perjudiciales para la masa por cuanto se produjeron en un momento en el que Kabaena ya se encontraba en situación de insolvencia, razón por la que resultaron en perjuicio del resto de los acreedores.**

**24. Gordon cuestionó, al contestar a la demanda, que tales pagos fueran perjudiciales para la masa, en la medida que fueron contraprestación de concesiones hechas por Gordon, tales como la cancelación de garantías y la transmisión de la propiedad sobre el inventario de Kabaena. Tales pagos no desvalorizaron el patrimonio de la luego concursada sino que fueron beneficiosos para el mismo, beneficiando asimismo a los acreedores.**

*Valoración del tribunal*



**25. La STS 127/2018**, de 7 de marzo de 2018 (ECLI:ES:TS:2018:728), con cita de las STS 629/2012, de 26 de octubre, cuya doctrina ha sido reiterada en sentencias posteriores (entre otras, sentencias 652/2012, de 8 de noviembre; 100/2014, de 30 de abril; 363/2014, de 9 de julio; 428/2014, de 24 de julio; 631/2014, de 1 de noviembre; 41/2015, de 17 de febrero; 58/2015, de 23 de febrero; 112/2015, de 10 de marzo; 124/2015, de 17 de marzo; 199/2015, de 17 de abril; 340/2015, de 24 de junio; 642/2016, de 26 de octubre), que cita el recurso, define el perjuicio en los siguientes términos:

*" El perjuicio de la rescisión concursal tiene en común con el perjuicio pauliano que comporta una lesión patrimonial del derecho de crédito, en este caso, no de un determinado acreedor, sino de la totalidad englobada en la masa pasiva, y esta lesión se ocasiona por un acto de disposición que comporta un sacrificio patrimonial para el deudor, injustificado desde las legítimas expectativas de cobro de sus acreedores, una vez declarado en concurso.*

*"Aunque el perjuicio guarda relación con el principio de la paridad de trato, tampoco cabe equiparar el perjuicio para la masa activa con la alteración de la par condicio creditorum , pues nos llevaría a extender excesivamente la ineficacia a todo acto de disposición patrimonial realizado dos años antes de la declaración de concurso que conlleven una variación en la composición de la masa pasiva, como sería cualquier garantía real que subsistiera al tiempo del concurso e, incluso, los pagos debidos y exigibles.*

*"El perjuicio para la masa activa del concurso, como ya apuntábamos en la Sentencia 622/2010, de 27 de octubre, puede entenderse como un sacrificio patrimonial injustificado, en cuanto que tiene que suponer una aminoración del valor del activo sobre el que más tarde, una vez declarado el concurso, se constituirá la masa activa ( art. 76 LC), y, además, debe carecer de justificación".*

**26. La STS 26** de octubre de 2012 (ROJ 7265/2012) analiza la posible reintegración de pagos de cantidades exigibles:

*"En el caso de los pagos, aunque conllevan una disminución del haber del deudor y reducen la garantía patrimonial de los acreedores, no por ello se pueden considerar todos ellos perjudiciales para la masa. Su justificación viene determinada, en primer lugar, por el carácter debido de la deuda satisfecha, así como por su exigibilidad. Carece de justificación abonar un crédito no debido o que no sea exigible.*

*Por ello, en principio, un pago debido realizado en el periodo sospechoso de los dos años previos a la declaración de concurso, siempre que esté vencido y sea exigible, por regla general goza de justificación y no constituye un perjuicio para la masa activa. Sin embargo, ello no excluye que en alguna ocasión puedan concurrir circunstancias excepcionales (como es la situación de insolvencia al momento de hacerse efectivo el pago y la proximidad con la solicitud y declaración de concurso, así como la naturaleza del crédito y la condición de su acreedor), que pueden privar de justificación a algunos pagos en la medida que suponen una vulneración de la par condicio creditorum".*

**27.** Ahora bien, que los pagos realizados en situación de insolvencia puedan considerarse en algunas circunstancias como perjudiciales para la masa no significa que todos los pagos realizados en esa situación deban reputarse perjudiciales sino que habrá que analizar en cada caso si esa situación de perjuicio por vulneración de la *par condicio creditorum* se produce de forma efectiva. Por tanto, el mero riesgo de que pueda resultar afectado el principio de la paridad entre acreedores no es razón suficiente para justificar la reintegración de esos pagos. La sentencia del Tribunal Supremo de 7 de mayo de 2008 (ROJ 2577/2008), en una rescisión de una operación de préstamo enmarcada en otra más compleja, avala la necesidad de valorar el perjuicio patrimonial atendiendo a la totalidad del negocio. En el mismo sentido se pronuncia la más reciente STS de 28 de marzo de 2012 (ROJ 2995/2012), que en el supuesto de una compraventa y el destino del precio que considera que debe analizarse si unos actos están vinculados con otros, descartando la rescisión cuando todos ellos respondan a una operativa comercial compleja que las partes han querido de forma inescindible".

**28.** En nuestro caso, consideramos que esto último es lo que ocurre con los pagos cuya reintegración se pretende, que no pueden ser tomados en consideración de forma aislada, sino que lo han de ser en el contexto global del acuerdo transaccional alcanzado entre las partes. La contraprestación a esos pagos fue que Gordon desistiera de las ejecuciones iniciadas, que podrían haber dañado de forma muy seria el patrimonio de la concursada privándole de la marca y de una parte sustancial de las existencias y de los saldos en cuenta corriente, así como de las garantías que servían de fundamento a tales ejecuciones, lo que solo se hizo efectivo una vez realizados esos pagos. Por esa razón no podemos considerar que esté acreditado que los mismos resultarían perjudiciales para la masa y que esté justificada su reintegración. Más bien nos parece que esos actos fueron beneficiosos para la masa activa y que solo así se puede entender que tanto la concursada como las sociedades de su grupo que la avalaron aceptaran ese acuerdo y realizaran los pagos consiguientes al mismo.





#### **QUINTO. Costas.**

**29.** A pesar de haberse desestimado íntegramente la demanda consideramos que no se deben imponer a la masa del concurso las costas al apreciar que concurren dudas acerca de que el AC pudiera conocer realmente la existencia del acuerdo transaccional de constante referencia, pues solo ese desconocimiento justifica el ejercicio de acciones.

**30.** Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, no procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido estimado el recurso.

#### **FALLAMOS**

Estimamos íntegramente el recurso de apelación interpuesto por Gordon Brothers International, LLC contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 3 de Barcelona de fecha 5 de noviembre de 2019, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que revocamos. En su lugar, desestimamos íntegramente la demanda interpuesta por la Administración Concursal de Kabaena Directorship, S.L.U. y no hacemos imposición de las costas de la primera instancia.

No imponemos de las costas del recurso, con devolución del depósito.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.