



Roj: **SAP OU 773/2021 - ECLI:ES:APOU:2021:773**

Id Cendoj: **32054370012021100533**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Ourense**

Sección: **1**

Fecha: **25/11/2021**

Nº de Recurso: **685/2021**

Nº de Resolución: **538/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RICARDO PAILOS NUÑEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SJPI, Ourense, núm. 4, 27-10-2020 (208/2019),  
SAP OU 773/2021**

**AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1**

**OURENSE**

**SENTENCIA: 00538/2021**

Modelo: N10250

PLAZA CONCEPCIÓN ARENAL, Nº 1, 4ª PLANTA

32003 OURENSE

**Teléfono:** 988 687057/58/59/60 **Fax:** 988 687063

**Correo electrónico:** seccion1.ap.ourense@xustiza.gal

**N.I.G.** 32054 42 1 2019 0001578

**ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000685 /2021**

**Juzgado de procedencia:** XDO. PRIMEIRA INSTANCIA N. 4 de OURENSE

**Procedimiento de origen:** I96 PZ.INC.CONC. IMPUG. INVENT./LISTA ACREE.(96) 0000208 /2019

Recurrente: **ALAMEDAUNO SLU**

Procurador: doña PAULA CADAVEIRA GONZALEZ

Abogado: don CARLOS ALEJANDRO BORRAJO LEIROS

Recurrido: **HELADERIAS BAIXO CERO SL y la ADMINISTRACION CONCURSAL DE HELADERIAS BAIXO CERO SL**

Procurador: doña FERNANDA TEJADA VIDAL

Abogado: don JOSE LUIS LOPEZ BLANCO

**APELACIÓN CIVIL**

La Audiencia Provincial de Ourense, constituida por los Ilmos. Sres. Magistrados doña María José González Movilla, Presidenta, doña María del Pilar Domínguez Comesaña y don Ricardo Pailos Núñez, ha pronunciado, en nombre de S.M. El Rey, la siguiente

**SENTENCIA NÚM. 00538/2021**

En la ciudad de Ourense a veinticinco de noviembre de dos mil veintiuno.



VISTOS, en grado de apelación, por esta Audiencia Provincial, actuando como Tribunal Civil, la Pieza Incidental de Concurso Impugnación Inventario/Lista de Acreedores (196) procedente del Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de los de Ourense, seguida bajo el núm. 208/2019 0001, Rollo de apelación núm. 685/2021, entre partes, como apelante, la entidad mercantil Alamedauno S.L.U., representada por la procuradora de los tribunales doña Paula Cadaveira González, bajo la dirección del letrado don Carlos Alejandro Borrajo Leiros, y, como apelados, la entidad mercantil Heladerías Baixo Cero, S.L., representada por la procuradora de los tribunales doña Fernanda Tejada Vidal, bajo la dirección del letrado don José Luis López Blanco y la Administración Concursal de la entidad mercantil Heladerías Baixo Cero, S.L., constituida por la economista doña Clemencia .

Es ponente el Ilmo. Sr. Magistrado don Ricardo Pailos Núñez.

## I - ANTECEDENTES DE HECHO

**Primero.-** Por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ourense, se dictó sentencia en los referidos autos, en fecha 27 de octubre de 2020, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: **"FALLO:** Que desestimando íntegramente la demanda incidental presentada por la Procuradora de los Tribunales Sra. Cadaveira González, actuando en nombre y representación de ALAMEDAUNO, S.L.U. *contra la AC de la concursada y la concursada, HELADERÍAS BAIXO CERO, S.L., absuelvo a las referidas demandadas de todos los pedimentos recogidos en la demanda incidental. Todo ello con expresa condena en costas a la parte demandante"*.

Por dicho órgano judicial y con fecha 2 de noviembre de 2020 se ha dictado auto de aclaración cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: **"PARTE DISPOSITIVA:** Ha lugar a aclarar la Sentencia dictada en los presentes autos en el sentido interesado por la parte demandante en su escrito de fecha treinta de octubre de los corrientes, y así, donde dice: "... *contra la misma cabe recurso directo de apelación a interpone en el plazo de veinte días desde su notificación*".

*Debe decir: "no cabrá recurso alguno, pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próximo a siempre que hubieran formulado protesta en el plazo de cinco días"*.

*Se mantienen íntegramente todos y cada uno de los restantes pronunciamientos recogidos en la resolución judicial objeto de aclaración."*

**Segundo.-** Notificada la anterior sentencia a las partes, se interpuso por la representación procesal de la entidad mercantil Alamedauno S.L.U. recurso de apelación en ambos efectos y seguido por sus trámites legales, se remitieron los autos a esta Audiencia Provincial para su resolución.

**Tercero.-** En la tramitación de este recurso se han cumplido las correspondientes prescripciones legales.

## II - FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia apelada desestima íntegramente la demanda incidental interpuesta por la entidad ALAMEDAUNO S.L.U., quien con carácter previo a tal interposición había presentado escrito de impugnación del informe provisional presentado por la administración concursal de la entidad HELADERÍAS BAIXO CERO S.L.

En su demanda incidental la parte actora solicita, en primer lugar, que se acuerde la modificación del inventario de bienes de la masa activa anexo al citado informe provisional, con el objeto de que se excluyan determinados bienes. Se argumenta al respecto que tales bienes han de considerarse mejoras realizadas por la concursada en el local a ella arrendado por la demandante y que, en aplicación de lo contractualmente pactado, su propiedad corresponde a la demandante. Subsidiariamente, se alega que tales bienes le pertenecen en aplicación de lo dispuesto en el artículo 703.2 de la LEC, al tener la consideración de bienes abandonados, por no haber sido retirados del local arrendado por la concursada.

En segundo lugar, se solicita que se acuerde la modificación del listado de acreedores también anexo al informe provisional, con el fin de que se reduzca el crédito ordinario reconocido a la demandante frente a la concursada, pasando de 12.210,75 euros a 9.210,75 euros previa compensación del crédito por importe de 3.000 euros que la sociedad concursada ostenta frente a la demandante. Se apoya tal petición en que los 3.000 euros que se pretenden compensar constituyen el importe de la fianza que la demandante, arrendadora, debe restituir a la demandada, arrendataria, una vez extinguido el contrato de arrendamiento que vinculaba a las partes.

La sentencia apelada desestima la primera de las peticiones contenidas en la demanda. Se argumenta al respecto que los enseres que se encontraban en el local son propiedad de la arrendataria, pues así lo hizo constar la administración concursal y un testigo, no pudiendo considerarse abandonados.



Con relación a la segunda de las peticiones, la sentencia transcribe el artículo 153 del texto refundido de la ley concursal y afirma que la ley de arrendamientos urbanos no permite la compensación de la fianza con las rentas debidas en concepto de alquiler. Añade que el éxito de la petición exigiría además que la actora hubiese impugnado el inventario de la masa activa para excluir el crédito de la concursada frente a la demandante.

En el recurso de apelación se denuncia, en primer lugar, que el juzgado no se ha pronunciado sobre la primera causa en la que la demandante fundamenta su derecho de propiedad sobre los bienes que quedaron en el local arrendado. Se indica que, en contra de lo que recoge la sentencia apelada, la juez del concurso ha de interpretar el contrato entre las partes y decidir sobre la propiedad de tales bienes, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 52 y 55 del TRLC. A continuación, se insiste en los argumentos expuestos en la demanda y se añade que el inventario de la masa activa no fue impugnado, precisamente, porque no recoge ningún derecho de crédito de la concursada contra la demandante derivada de la prestación de fianza. Añade la parte recurrente que en el suplico se solicita que, a consecuencia de la estimación de la petición de compensación, se proceda a la supresión de cualquier derecho de crédito en favor de la concursada que traiga causa de dicha fianza.

La administración concursal y la concursada no han presentado escrito de oposición al recurso.

**SEGUNDO.-** Con relación a la primera de las peticiones contenidas en la demanda, hemos de convenir con la parte apelante que la juez del concurso es competente, por mor de lo normado en los artículos 52 y 55 del TRLC, para pronunciarse sobre la interpretación del contenido del contrato de arrendamiento que las partes celebraron el 1 de octubre de 2.015. Se ejercitan en la demanda dos acciones civiles con trascendencia patrimonial contra el concursado, en cuya virtud, por un lado, se solicita que no ingresen en su patrimonio ciertos bienes y, por otro, que se vea reducido el importe del crédito ordinario reconocido en favor de la demandante frente a la concursada.

El citado contrato tuvo por objeto un local comercial ubicado en el número 2 de la calle Samuel Eiján de la ciudad de Ourense que la sociedad ALAMEDAUNO S.L. arrendó a la concursada para el desarrollo de su actividad comercial. En la cláusula sexta de dicho contrato la arrendadora autorizó a HELADERÍAS BAIXO CERO S.L. " a realizar cuantas obras considere necesarias para la instalación de su negocio" (...), pactándose que " las obras que realizase la arrendataria quedarían a la expiración del presente contrato en beneficio de la finca sin derecho alguno por la arrendataria al reintegro de suelo de su importe".

Pues bien, a la licitud de tal tipo de pactos, al amparo de la autonomía de la voluntad, se ha referido reiteradamente la jurisprudencia (por todas, SAP 434/2020 de 28 de octubre de la Ilma. Audiencia provincial de La Rioja). Así, respecto a las mejoras útiles y voluntarias, el artículo 1.573 del código civil establece que el arrendatario tendrá el mismo derecho que el usufructuario, lo que supone una remisión al artículo 487 del mismo texto legal, conforme al cual el usufructuario podrá hacer en los bienes objeto del usufructo las mejoras útiles o de recreo que tuviere por conveniente, con tal que no altere su forma o su sustancia; pero no tendrá por ello derecho a indemnización. Podrá, no obstante, retirar dichas mejoras, si fuere posible hacerlo sin detrimento de los bienes.

En el supuesto que nos ocupa los bienes cuya propiedad reclama la demandante consisten en una instalación eléctrica de iluminación, una instalación eléctrica contra incendios, un dispositivo de climatización, un sistema de seguridad, un baño, una puerta de cristal y cámaras de seguridad. Tales bienes aparecen relacionados en el cuadro que consta en el folio 7 de la demanda y en el documento que consta en el folio 119 de autos, en el que la parte aquí demandada solicitó al juzgado que tramitó el procedimiento de desahucio que considerase tales bienes "no separables" conforme al artículo 703.2 de la LEC y, en consecuencia, declarase la obligación de la arrendadora, aquí demandante, de abonar el valor de tales bienes a HELADERÍAS BAIXO CERO S.L.

Pues bien, en atención a la clase de bienes ante los que nos encontramos no cabe duda de que nos encontramos ante obras de mejora y, en atención a las manifestaciones efectuadas por la concursada en el juicio de desahucio, hemos de considerar que nos encontramos ante elementos cuya retirada no es posible sin detrimento del bien arrendado. La propia concursada manifestó en tal escrito presentado en el juicio de desahucio que tales elementos "no son separables so pena de menoscabo del local arrendado".

Siendo así las cosas, concluimos que tales elementos, aplicando la cláusula contractual antes transcrita, son propiedad de la demandante, por lo que debe ser estimado el primer motivo de su recurso y, en consecuencia, deben excluirse los citados bienes del inventario de bienes de la masa activa anexo al informe provisional presentado por la administración concursal.

**TERCERO.-** Por lo que se refiere al segundo motivo del recurso, hemos de hacer las siguientes consideraciones.

En primer lugar, tal y como ha expuesto la parte apelante tanto en su demanda como en su recurso, que de acuerdo con lo establecido en el artículo 153 de la ley concursal, apartados 1º y 2º, producirá plenos efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido antes de la declaración de concurso, aunque sea alegada



después de esa declaración o aunque la resolución judicial o el acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. El hecho de que el acreedor haya comunicado al administrador concursal la existencia del crédito no impedirá la declaración de compensación. Declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, a excepción de aquellos que procedan de la misma relación jurídica.

En segundo lugar, como nos dice la sentencia de la Ilma. Audiencia provincial de A Coruña de 11 de enero de 2.018, la compensación, como medio extintivo de las obligaciones, exige como presupuesto esencial la existencia de una dualidad de títulos o de créditos de los cuales las partes sean recíprocamente acreedoras y deudoras la una de la otra, conforme a lo dispuesto en el art. 1195 del Código Civil, de manera que concurren créditos en virtud de los cuales las partes sean recíprocamente deudoras por derecho propio, extinguiéndose las obligaciones en la cantidad concurrente, y que, además, las obligaciones susceptibles de compensación reúnan los requisitos previstos en el art. 1196 del mismo Código, entre ellos que las deudas compensables sean vencidas, líquidas y exigibles en el momento de plantearse el litigio ( *SS TS 24 octubre 1985, 16 noviembre 1993, 9 abril 1994, 18 enero 1999, 26 marzo 2001, 15 febrero 2005, entre otras*).

En tercer lugar, que en interpretación del contenido del artículo 36 de la ley de arrendamientos urbanos, una mayoritaria jurisprudencia (por ejemplo SAP de la Ilma. Audiencia provincial de Pontevedra de 30 de septiembre de 2.016 o Málaga 20 de noviembre de 2.020) ha entendido que la fianza tiene como primera finalidad proteger al arrendador frente al riesgo de insolvencia del arrendatario para responder de los daños que se hubieran podido causar en el inmueble arrendado. No obstante, se ha puesto de relieve que la fianza también resulta una exigencia útil para garantizar el cumplimiento del resto de sus obligaciones por parte del arrendatario. Por ello, como nos dice la SAP de la Ilma. Audiencia provincial de Pontevedra antes citada, " *se concibe la fianza como una obligación de garantía que se extingue cuando finaliza el contrato ( artículo 36.4 LAU ) pudiendo imputarse la cantidad objeto de fianza a la satisfacción de las obligaciones hasta entonces incumplidas por el arrendatario.*"

Tal configuración de la fianza supone que su importe no podrá aplicarse al pago o cumplimiento de la obligación de abono de la renta en tanto no se proceda a la extinción del contrato y se haya puesto el local arrendado de nuevo a disposición del arrendador. Una vez hayan tenido lugar tales circunstancias, y comprobado que el local carece de desperfectos, será posible compensar las rentas pendientes con el importe de la fianza entregado al arrendador. En tal sentido, podemos citar también la sentencia de la Ilma. Audiencia provincial de A Coruña de 14 de diciembre de 2.002.

**CUARTO.-** En el caso que nos ocupa no se ha discutido que el local fue devuelto al arrendador en buen estado, por lo que, extinguido el contrato, no existe impedimento para compensar el importe de la fianza con el de las rentas pendientes de abono por parte de la concursada.

En cuanto al hecho de que la arrendataria fuese declarada en concurso, hemos de destacar, en primer lugar, que la única compensación que prohíbe el apartado 1º del artículo 153 de la ley concursal es aquella cuyos requisitos no concurren con anterioridad a la declaración de concurso. Pero es que, además, con carácter fundamental, hemos de destacar que el apartado 2º del mismo precepto permite, tras la declaración de concurso, la compensación de créditos y deudas del concursado que provengan de la misma relación jurídica, precepto que supone una innovación con respecto a la original redacción del antiguo artículo 58 de la ley concursal.

Pues bien, en el supuesto sometido a nuestra consideración resulta que el decreto poniendo fin al procedimiento de desahucio fue dictado el 5 de febrero del año 2.019 y que, presentado recurso de revisión, fue resuelto por auto de 26 de febrero de 2.019, resolución que devino firme. Por otra parte, el concurso fue declarado por auto de 28 de febrero de 2.019.

En vista de tal secuencia temporal, concluimos que el contrato de arrendamiento fue resuelto con anterioridad a la declaración de concurso y que, por lo tanto, en ese momento concurrirían los requisitos exigidos por el artículo 1.196 del código civil para que operase la compensación de deudas, pues las partes estaban obligadas recíprocamente y las deudas habían vencido, eran líquidas y exigibles. Extinguida la relación arrendaticia, el importe de la fianza podía ya ser imputado al cumplimiento de la obligación del arrendatario, consistente en la obligación de abono de renta. A ello hemos de añadir que, independientemente de la fecha del lanzamiento, el apartado segundo del artículo 153 de la ley concursal permitiría la compensación, al dimanar la obligación de pago de renta por parte del arrendatario y correlativa devolución de la fianza por parte del arrendador de la misma relación jurídica.

Asimismo, como bien indica la parte apelante, la STS 188/2.014 de 15 de abril expresa, con relación a un supuesto similar al que nos ocupa, que no nos encontramos ante una compensación que opere como forma de extinción de obligaciones sino como mecanismo de liquidación del contrato, resuelto, en nuestro caso, por un decreto firme. En similar sentido podemos citar la STS de 20 de julio de 2.017, conforme a la cual, extinguido



el contrato, nos encontraríamos no ante una compensación propiamente dicha, sino ante " *un supuesto de liquidación de una única relación contractual de la que han surgido obligaciones para una y otra parte*".

Por lo expuesto, procede también estimar el segundo motivo del recurso y modificar el listado de acreedores anexo al informe provisional de la administración concursal, con la consiguiente reducción del crédito ordinario reconocido a la mercantil ALAMEDAUNO S.L.U. que queda fijado en el importe de 9.210,75 euros como consecuencia de restar a los 12.210,75 euros que figuran en el listado los 3.000 euros del importe de la fianza. Ello, como se solicitó en la propia demanda, conlleva la supresión de cualquier derecho de crédito en favor de la concursada que traiga causa de dicha fianza y figure como activo en su contabilidad.

**QUINTO.-** De acuerdo con lo establecido en el artículo 394 de la LEC, las costas de primera instancia se imponen a las demandada. En cuanto a las correspondientes al presente recurso, al haber sido estimado, no se realiza imposición a ninguna de las partes.

De conformidad con la Disposición Adicional 15ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial, procede la devolución a la recurrente de la totalidad del depósito constituido para apelar.

#### **Por lo expuesto la Sección Primera de la Audiencia Provincial pronuncia el siguiente**

**FALLO:** Se estima el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil Alamedauno S.L.U. contra la sentencia dictada el 27 de octubre de 2020, aclarada por auto de 2 de noviembre de 2020 por el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Ourense en pieza de impugnación de inventario y lista de acreedores núm. 208/2019 0001, Rollo de apelación núm. 685/2021, cuya resolución se revoca.

En su lugar, estimamos íntegramente la demanda interpuesta por ALAMEDAUNO S.L.U. frente a HELADERÍAS BAIXO CERO S.L. y la administración concursal de la citada mercantil y, en consecuencia, procede modificar el inventario de bienes de la masa activa anexo al informe provisional presentado por la administración concursal, debiendo excluirse los bienes reseñados en el hecho expositivo tercero de la demanda, que se correspondan con los bienes reivindicados por la concursada en el incidente pieza separada de liquidación de daños y perjuicios número 97/2.018 seguido ante el juzgado de primera instancia número 3 de Ourense, al pertenecer tales bienes a la entidad ALAMEDAUNO S.L.U.

Asimismo, procede modificar el listado de acreedores anexo al informe provisional de la administración concursal, con la consiguiente reducción del crédito ordinario reconocido a la mercantil ALAMEDAUNO S.L.U., que queda fijado en el importe de 9.210,75 euros como consecuencia de restar a los 12.210,75 euros que figuran en el listado los 3.000 euros del importe de la fianza. Ello conlleva la supresión de cualquier derecho de crédito en favor de la concursada que traiga causa de dicha fianza y figure como activo en su contabilidad.

Las costas devengadas en primera instancia se imponen a las demandadas, sin hacerse expresa imposición con relación a las devengadas en segunda instancia.

Devuélvase a la recurrente la totalidad del depósito constituido para apelar.

Contra la presente resolución, podrán las partes legitimadas interponer, **en su caso**, recurso de casación por interés casacional y extraordinario por infracción procesal en el plazo de veinte días ante esta Audiencia.

Así por esta nuestra sentencia, de la que en unión a los autos originales se remitirá certificación al Juzgado de procedencia para su ejecución y demás efectos, juzgando en segunda instancia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutelar o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.