



Roj: **SJM PO 524/2019 - ECLI: ES:JMPO:2019:524**

Id Cendoj: **36038470022019100013**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Pontevedra**

Sección: **2**

Fecha: **20/05/2019**

Nº de Recurso: **40/2018**

Nº de Resolución: **104/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Concurso de acreedores**

Ponente: **NURIA FACHAL NOGUER**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

XDO. DO MERCANTIL N. 2 PONTEVEDRA

SENTENCIA: 00104/2019

C/ROSALIA DE CASTRO N.5 PLANTA 3

Teléfono: 986805268-986805269 , Fax: 986805270

Equipo/usuario: RS Modelo: M68330

N.I.G. : 36038 47 1 2018 0000073

ICO INCIDENTE CONCURSAL COMUN 0000040 /2018 0017 - R

Procedimiento origen: CONCURSO ORDINARIO 0000040 /2018

Sobre CONCURSOS VOLUNTARIOS DEMANDANTE: KUEHNE & NAGEL S.A.

Procurador Sr. PEDRO ANTONIO LOPEZ LOPEZ

DEMANDADO: TRANSPORTES MARTINEZ SOUTO SL, CONVENIA PROFESIONAL, SLP

Procuradora Sra. OLGA MARIA VEIGA SILVA,

Abogado Sr. JOSE JAVIER ROMANO EGEE, RAMON JUEGA CUESTA

SENTENCIA N° 104/19

Pontevedra, a 20 de mayo de 2019.

Nuria Fachal Noguer, Magistrada-Juez del Juzgado de lo Mercantil número Dos de Pontevedra, ha visto los presentes autos *de incidente concursal Número 40/2018-0017-R*, sobre impugnación del inventario en el concurso voluntario de la entidad TRANSPORTES MARTÍNEZ SOUTO S.L., promovidos por KUEHNE&NAGEL S.A., representada por el procurador Sr. López López y defendida por el letrado Sr. Von Carstenn-Lichterfel de Menéndez, contra la administración concursal y la concursada TRANSPORTES MARTÍNEZ SOUTO S.L., representada por la Procuradora Sra. Veiga Silva y defendida por el Letrado Sr. Romano Egea, en los que ha recaído la presente resolución con base en los siguientes,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El pasado día 25 de septiembre de 2018 se registró en el Juzgado Decano la demanda incidental del concurso N° 400/2018 de este Juzgado, promovida por KUEHNE & NAGEL S.A. contra la concursada y la Administración concursal, en la que tras exponer los hechos y las razones jurídicas de su pretensión finalizaba solicitando que se dicte sentencia en la que se declare:

1. La modificación del inventario para reducir el derecho de crédito que la concursada ostenta frente a la demandante a la suma de 116.07539 euros por cuanto las reclamaciones formuladas por TRALDIS PORTA



EXPRESS S.L., PANTANY LOGISTIC S.L. y GEDESCO FACTORING S.L. contra la demandante son créditos concursales.

2. Subsidiariamente, que se modifique el inventario para reducir el crédito de la concursada frente a la actora a 124.55197 euros y modificar la lista de acreedores para incluir un crédito a favor de la actora por importe de 8.47658 euros, procediendo a la compensación de ambas cantidades, por cuanto las reclamaciones formuladas por TRALDIS PORTA EXPRESS S.L., PANTANY LOGISTIC S.L. y GEDESCO FACTORING S.L. contra la demandante son créditos concursales.

3. Subsidiariamente, modificar el inventario para reducir el crédito de la concursada frente a la actora al importe de 179.55177 euros y modificar la lista de acreedores para incluir un crédito a favor de la actora de 63.47638 euros, procediendo a la compensación de ambas cantidades, por cuanto las reclamaciones planteadas por TRALDIS PORTA EXPRESS S.L., PANTANY LOGISTIC S.L. y GEDESCO FACTORING S.L. contra la demandante son créditos concursales.

4. Subsidiariamente, modificar el inventario para reducir el crédito de la concursada frente a la actora a cero euros y modificar la lista de acreedores para incluir un crédito a favor de la actora de 3.52380 euros

SEGUNDO .- Por providencia de fecha 15.01.2019 se admitió a trámite la demanda y se acordó el emplazamiento de la entidad concursada y de la AC, como partes demandadas.

Dentro del término del emplazamiento la administración concursal presentó escrito de contestación a la demanda en el que se formulaba allanamiento parcial.

La concursada se opuso a la demanda de incidente concursal interpuesta alegando que la deuda contraída está acreditada, sin que proceda la compensación que se interesa de manera subsidiaria: del total de las facturas, que ascienden a 8.47658 euros, serían compensables las que se encontraban vencidas a la fecha de declaración de concurso -4.66297 euros-.

TERCERO .- Por Providencia de fecha 23 de abril de 2019 se tuvo por cumplimentado el trámite de contestación a la demanda.

A continuación, quedaron los autos conclusos para dictar sentencia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- La demanda promovida por KUEHNE & NAGEL S.A. frente a la concursada y la administración concursal, tiene por objeto la impugnación del inventario, al objeto de que se dicte sentencia en la que se declare:

§ La modificación del inventario para reducir el derecho de crédito que la concursada ostenta frente a la demandante a la suma de 116.07539 euros por cuanto las reclamaciones formuladas por TRALDIS PORTA EXPRESS S.L., PANTANY LOGISTIC S.L. y GEDESCO FACTORING S.L. contra la demandante son créditos concursales.

§ Subsidiariamente, que se modifique el inventario para reducir el crédito de la concursada frente a la actora a 124.55197 euros y modificar la lista de acreedores para incluir un crédito a favor de la actora por importe de 8.47658 euros, procediendo a la compensación de ambas cantidades, por cuanto las reclamaciones formuladas por TRALDIS PORTA EXPRESS S.L., PANTANY LOGISTIC S.L. y GEDESCO FACTORING S.L. contra la demandante son créditos concursales.

§ Subsidiariamente, modificar el inventario para reducir el crédito de la concursada frente a la actora al importe de 179.55177 euros y modificar la lista de acreedores para incluir un crédito a favor de la actora de 63.47638 euros, procediendo a la compensación de ambas cantidades, por cuanto las reclamaciones planteadas por TRALDIS PORTA EXPRESS S.L., PANTANY LOGISTIC S.L. y GEDESCO FACTORING S.L. contra la demandante son créditos concursales.

§ Subsidiariamente, modificar el inventario para reducir el crédito de la concursada frente a la actora a cero euros y modificar la lista de acreedores para incluir un crédito a favor de la actora de 3.52380 euros

Se afirman en la demanda incidental interpuesta los siguientes hechos relevantes:

§ Se impugna el inventario que incluye dos deudas frente a la demandante por importe de 218.45389 euros y 5105 euros. La cantidad que realmente se adeuda a la concursada asciende a 179.55177 euros.



§ Esta suma ha de reducirse en las cantidades correspondientes a errores de facturación, *claims* / reclamaciones y facturación por contratación de servicios: el inventario ha de ser modificado y debe reflejar una deuda a favor de la concursada por importe de 116.07539 euros.

§ De forma subsidiaria se hace impugnación de la lista de acreedores, ya que habría de figurar un crédito concursal ordinario a favor de la demandante por importe de 54.99980 euros o, en su caso, de 63.47638 euros

Por lo que respecta a la impugnación del inventario, se afirma en la demanda incidental que la conciliación de cuentas con la concursada se realizaba mensualmente; la última se efectuó en febrero de 2018 y comprendía hasta el día 31 de enero de 2018. Según la parte actora, del total de la deuda de KUEHNE con la concursada -348.50703 euros- quedarían pendientes de pago facturas por importe de 120.33444 euros, que la actora no abonó *vía confirming*. Se señala además lo siguiente:

§ La suma de 5.57780 euros corresponde a siete facturas y notas de crédito que KUEHNE no había recibido en aquel momento y que tampoco ha recibido a fecha actual. Se trata de las facturas que se enumeran en el listado adjuntado como documento nº 4.6.

§ El resto de las facturas incluidas en el listado de fecha 8 de febrero de 2018 que no fueron pagadas se reconocen y suman un total de 114.75664 euros. Se trata de las facturas que se enumeran en el listado adjuntado como documento nº 4.7.

§ La demandante ha recibido 22 facturas con posterioridad a la última conciliación que ascienden al total de 64.79513 euros. Se trata de las facturas que se enumeran en el listado adjuntado como documento nº 4.8.

De lo anterior se extrae que la cantidad que se adeuda a la concursada asciende a 179.55177 euros. Por tanto, no es correcta la suma de 218.50494 euros que fija la AC.

De la suma total adeudada por la parte actora han de deducirse las siguientes:

§ Errores de facturación: cuando existían errores de facturación de SOUTO la demandante emitía factura rectificativa. Las facturas por errores de facturación emitidas por KUEHNE que se hallaban pendientes de abono eran tres y sumaban un total de 1.41066 euros. Se aportan como documento nº 5.

§ Claims/reclamaciones: se trata de servicios realizados por la concursada respecto de las que se produjeron reclamaciones por el cliente final por daños sufridos en la mercancía transportada o entregas defectuosas: las facturas pendientes de abono por reclamaciones de clientes ascienden a la suma de 53.58914 euros. Se aportan como documento nº 6.

§ Facturación por contratación de servicios: la demandante emitía facturas a cargo de la concursada por servicios que le encomendaba; se hallan pendientes de pago facturas por importe total de 8.47648 euros. Se aportan como documento nº 7.

El importe total a deducir del crédito a favor de la concursada es de 63.47638 euros. Si la AC considerase que no procedía aplicar estas deducciones del total adeudado por la concursada debería haber procedido a incluir en la lista de acreedores un crédito concursal ordinario por ese importe a favor de KUEHNE.

También se incluye en la demanda incidental una referencia a la acción directa prevista en la D.A. 6ª de la Ley 9/2013, de 4 de julio. La demandante ha recibido reclamaciones de algunos transportistas efectivos, por lo que considera que, si éstos logran probar que KUEHNE fue el cargador principal en los transportes cuyo abono se le ha exigido, ésta no podrá abonar a la concursada la cantidad que le ha sido reclamada también por vía de acción directa.

La administración concursal efectúa las siguientes alegaciones:

1. Se formula allanamiento parcial a la demanda incidental.
2. La deuda que la actora mantiene con la concursada asciende a 218.45389 euros.
3. El saldo ajustado sobre la deuda pendiente de pago de la demandante asciende a 216.82158 euros.
4. La concursada percibió la suma de 213.00751 euros *vía confirming*.
5. Se regulariza la cuenta contable con este cliente minorándola en la suma de 13.48196 euros de abonos por incidencias aceptadas previamente a la declaración de concurso, por lo que resta un saldo de 203.33962 euros.
6. Todavía existe un grupo de facturas pendientes de pago por parte de este cliente que asciende a 120.33444 euros: hay facturas no reconocidas por no haber sido recibidas -importe total 5.57780 euros-; otras han sido incluidas en la conciliación de 8 de febrero de 2018 respecto de las que la demandante reconoce la procedencia de su pago -importe total 114.75664 euros-; otras facturas no han sido incluidas en la conciliación de 8 de febrero de 2018 y han sido reconocidas por la demandante -importe total 65.15316 euros-



7. Resto de facturación no incluida en la conciliación de 8 de febrero de 2018 por importe de 16.98618 euros.
8. La demandante adeuda facturas a SOUTO por importe total de 202.11575 euros.
9. La demandante solicita la deducción sobre la cantidad adeudada y, con carácter subsidiario, su reconocimiento como crédito concursal ordinario. Para minorar la deuda se refiere a errores de facturación por importe de 1.41066 euros, reclamaciones de clientes -53.58914 euros- y facturación por contratación de servicios -8.47658 euros-
10. Liquidación final: saldo deudor de la demandante a favor de la concursada, 185.63134 euros; saldo acreedor a favor de la demandante, 8.47658 euros; no se aceptan facturas por importe de 35.06358 euros.
11. La demandante afirma que se han rechazado las reclamaciones por varios cargadores sin que se haya ejercitado la acción directa en vía judicial. Por ello, las cantidades adeudadas han de ser integradas a la masa activa del concurso

La concursada se opuso a la demanda de incidente concursal interpuesta alegando que la deuda contraída está acreditada, sin que proceda la compensación que se interesa de manera subsidiaria: del total de las facturas, que ascienden a 8.47658 euros, serían compensables las que se encontraban vencidas a la fecha de declaración de concurso -4.66297 euros-.

SEGUNDO .- IMPUGNACIÓN DEL INVENTARIO DE BIENES Y DERECHOS

Para resolver la cuestión controvertida, referida en primer lugar a la impugnación del inventario, ha de partirse de varios datos que se han admitido por las partes y que quedarán así exentos de análisis y prueba.

La AC fijaba en su escrito de contestación un saldo deudor que ha sido aceptado por la demandante en su escrito de fecha 18 de febrero de 2019. Este saldo deudor a cargo de la demandante ascendería a 185.63134 euros, según cálculo de la AC, aceptado por KUEHNE. La concursada se limita a afirmar sin mayor apoyo probatorio que ha de mantenerse el saldo deudor de 218.504 euros, aunque también reconoce en su contestación a la demanda que si se parte del último correo intercambiado entre las partes este saldo sería de 185.129 euros. Por tanto, se toma como punto de partida el saldo deudor fijado por acuerdo entre la AC y que la demandante admite como correcto.

También se muestra conformidad en este mismo escrito con las cantidades adeudadas por la concursada, pero no respecto de la posibilidad de compensación. Nuevamente se toma como punto de partida el acuerdo en este punto de AC y demandante, sin tomar en consideración las genéricas e imprecisas alegaciones contenidas en el escrito de la contestación de la concursada.

En cuanto a los **errores de facturación**, se acepta la conclusión de la AC y el reconocimiento de esta deuda de 59996 euros como crédito concursal ordinario.

En cuanto a las **facturas por reclamaciones de clientes**, la AC considera que todas ellas han de ser aceptadas y precisa: las facturas de vencimiento anterior a la declaración de concurso deben ser compensadas -importe total compensable, 7.67638 euros-; respecto de las restantes facturas, por importe total de 45.91276 euros, se consideran correctas aunque no se admite la compensación por ser posteriores a la declaración de concurso. Por tanto, ha de reconocerse en la lista de acreedores un crédito concursal ordinario a favor de la demandante por este importe. La demandante KUEHNE muestra expresamente su conformidad con la propuesta de la AC en relación al importe y a la compensación de facturas, por lo que tampoco ha de abundarse más en el análisis de esta cuestión.

Por lo que respecta a la **facturación por contratación de servicios**, la AC reconoce las facturas emitidas por la demandante, cuyo importe total asciende a 8.476 58 euros. Ahora bien, KUEHNE sostiene que las facturas con vencimiento anterior a la declaración de concurso han de ser compensadas y se propone el siguiente deslinde: 4.66297 euros sí son compensables; la suma restante -3.81361 euros- no es compensable, ya que las facturas son de vencimiento posterior a la declaración de concurso, y habrán de reconocerse en la lista de acreedores como crédito concursal ordinario.

TERCERO .- PETICIÓN DE COMPENSACIÓN DE DEUDAS

La parte demandante interesa que se acuerde la compensación de créditos entre la concursada y KUEHNE & NAGEL S.A. en el importe de 4.66297 euros de facturas de servicios aceptadas por la AC con vencimiento anterior a la declaración de concurso, que reducen el saldo deudor de la actora a la suma de 180.968 37 euros.

La compensación se presenta como una forma de extinción de las obligaciones contemplada en el artículo 1156 CC; de las tres clases fundamentales de compensación admitidas -legal, convencional y judicial-, ha de



resolverse si concurren los requisitos para que opere alguna de ellas: la primera de ellas - compensación legal - es la que se produce por disposición legal, aunque las partes nada hayan pactado al respecto, siempre que concurren los requisitos exigidos en los artículos 1195 y 1196 CC . Para que pueda darse la compensación legal han de concurrir una serie de circunstancias, precedidas de un presupuesto recogido en el artículo 1195 CC , que consiste en la coexistencia de deudas recíprocas; los requisitos, determinantes de la situación objetiva de compensabilidad, se recogen en el artículo 1196 CC y se corresponden con la principalidad de las deudas, su homogeneidad, exigibilidad y liquidez. Si confluyen la totalidad de los requisitos establecidos legalmente la compensación será legal: la SSTS de 30 de abril de 2008 (RJ 2008/2689) considera que la compensación de créditos se produce *ipso iure*, pero si falta alguno de estos requisitos las partes podrán convenir el pago recíproco y en ese caso la compensación se reputa convencional, debiendo regirse por los pactos suscritos entre las partes (MARÍN LÓPEZ, M.J., *Comentarios al Código Civil* , Tomo VI, BERCOVITZ RODRÍGUEZ- CANO, R., (Dir.), Tirant lo Blanch, 2013, pág. 8822).

Dispone el artículo 58 LC que "sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal".

La STS de 15 de abril de 2014 , [RJ 2014/1963], aclara que la compensación que prohíbe el artículo 58 LC es la realizada con posterioridad al concurso sin que se den los requisitos del artículo 1196 CC con anterioridad al mismo. Por su parte, la STS de 17 de octubre de 2018 , [RJ 2018/4607], precisa que no existe compensación de créditos proscrita en el art. 58 LC cuando se procede a la liquidación de una relación contractual con obligaciones recíprocas y que, por tanto, no tienen su origen en distintos títulos de crédito:

"La prohibición general de compensación contenida en el art. 58 LC tiene como finalidad impedir que los acreedores que, a su vez, son deudores del concursado, tengan un trato de favor, y por tanto, no alterar el principio de igualdad de trato. Bajo la vigencia de la normativa concursal anterior, la jurisprudencia (SSTS 19 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 9405), 20 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3809), 11 de julio de 2005 (RJ2005, 5009) y 25 de octubre de 2007 (RJ 2007, 8096)), ante el silencio normativo sobre su admisibilidad, se opuso a la operatividad de esta forma de neutralización de obligaciones recíprocas en situaciones concursales, en defensa, precisamente, de la par condicio creditorum que podría resultar injustificadamente alterada en beneficio del acreedor in bonis. Lo que ha sido reiterado en similares términos con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley Concursal, al interpretar el mencionado art. 58 LC (por todas, sentencias 46/2013, de 18 de febrero (RJ 2013, 2024), y 229/2016, de 8 de abril (RJ 2016, 1494)).

2.- No obstante, a los efectos de la aplicación del art. 58 LC, cabe distinguir entre compensación de créditos y liquidación de las relaciones recíprocas en un único contrato bilateral. Como hemos dicho en las sentencias 428/2014, de 24 de julio (RJ 2014, 4590), y 473/2017, de 20 de julio (RJ 2017, 3378), y las que en ellas se citan, una cosa es la compensación de créditos propiamente dicha, en la que dos deudas recíprocas dimanantes de diferentes relaciones crediticias se extinguen en la parte concurrente, y otra la liquidación de una única relación contractual sinalagmática de la que han surgido obligaciones para una y otra parte".

La reciente STS nº 129/2019, de 5 de marzo , con cita de la Sentencia nº 188/2014, de 15 de abril , precisa que en esta hipótesis más que una compensación nos hallamos ante un mecanismo de liquidación de un contrato ya resuelto.

Una vez declarado el concurso de TRANSPORTES MARTÍNEZ SOUTO S.L. únicamente podría operar la compensación de las deudas recíprocas procedentes de distintos títulos jurídicos si los requisitos de la compensación concurren con carácter previo a la declaración de concurso. En efecto, para que pueda darse la compensación legal ha de concurrir el presupuesto recogido en el artículo 1195 CC , que consiste en la coexistencia de deudas recíprocas y los requisitos, determinantes de la situación objetiva de compensabilidad, que se recogen en el artículo 1196 CC : principalidad de las deudas, homogeneidad, exigibilidad y liquidez.

Ya se ha fijado, por reconocimiento de las partes, el saldo deudor a cargo de la actora en la suma de 185.63134 euros.

Esta cantidad ha de reducirse en el importe al que ascienden las facturas por servicios prestados que ha reconocido la AC y cuyo vencimiento es anterior a la declaración de concurso, que ascienden a la suma de 180.96837 euros. De este modo, la cantidad que ha de incluirse en el inventario como derecho de crédito que ostenta la concursada frente a la aquí demandante asciende a la suma de 180.96837 euros.

CUARTO .- SALDO ACREEDOR DE KUEHNE & NAGEL S.A .



La cantidad que habrá de reconocerse en la lista de acreedores como crédito concursal ordinario a favor de la aquí demandante incluye, según reconocimiento de hechos de las partes, las siguientes partidas: facturas por errores de facturación aceptadas por la AC, importe 59996 euros; facturas por *claims* aceptadas por la AC y con vencimiento posterior a la declaración de concurso -45.91276 euros-; facturas por servicios prestados aceptadas por la AC con vencimiento posterior a la declaración de concurso, por importe de 3.81361 euros. Habrá de reconocerse en la lista de acreedores un crédito concursal ordinario a favor de la aquí demandante por importe total de 50.32633 euros.

Al respecto, conviene aclarar que la AC da respuesta en el escrito de contestación a la demanda a la pretensión de la parte actora relativa al reconocimiento a su favor de un crédito concursal en la lista de acreedores. Tras examinar los errores de facturación, *claims* y facturación por contratación de servicios con las que la actora pretende minorar su deuda con la concursada, se admite la procedencia del reconocimiento de un crédito concursal ordinario de 59996 euros por errores de facturación (folio 9 de la contestación), de 45.59276 euros por reclamaciones de clientes (folio 11 de la contestación) y 8.47658 euros por facturación por contratación de servicios. Sólo en lo que atañe a esta última partida se discrepa cuando la actora sostiene que procede la compensación de las facturas con vencimiento anterior al concurso -por importe de 4.66297 euros- y no de las posteriores a esa fecha -importe total 3.81361 euros-. En la presente resolución se ha considerado procedente la compensación de las facturas con vencimiento anterior al concurso -por importe de 4.66297 euros-, de modo que el crédito concursal ordinario que ha de reconocerse en la lista de acreedores a favor de KUEHNE asciende a la mencionada cifra de 50.32633 euros. En definitiva, constituye una incongruencia con el texto de la contestación la petición final contenida en el Suplico de la contestación a la demanda de la AC cuando se solicita que el crédito concursal ordinario que habría de reconocerse a la demandante sería de 8.47658 euros.

QUINTO.- ACCIÓN DIRECTA DE TRALDIS PORTA EXPRESS S.L. Y PANTANI LOGISTIC S.L.

Se incluye en la demanda incidental una referencia a la acción directa prevista en la D.A. 6ª de la Ley 9/2013, de 4 de julio. La demandante ha recibido reclamaciones de algunos transportistas efectivos, por lo que considera que, si éstos logran probar que KUEHNE fue el cargador principal en los transportes cuyo abono se le ha exigido, ésta no podrá abonar a la concursada la cantidad que le ha sido reclamada también por vía de acción directa.

Se alude a la reclamación extrajudicial que estas dos empresas PORTA EXPRESS S.L. Y PANTANI LOGISTIC S.L. han dirigido a KUEHNE en calidad de cargador principal para que ésta proceda al pago de la suma de 62803 euros y 97.36265 euros. Ambos transportistas han sido incluidos en la lista de acreedores confeccionada por la AC como titulares de un crédito de 97.36265 euros en el caso de PANTANI LOGISTIC S.L. y de 41.25533 euros a favor de TRALDIS PORTA EXPRESS S.L.

La demandante afirma en su escrito de alegaciones finales que la acción directa de los transportistas efectivos no cede en caso de concurso; como se verá a continuación, de esta circunstancia han de derivarse consecuencias diversas a las que sugiere la actora. Esta parte considera que, en la medida en que KUEHNE deba abonar las cantidades que se le han reclamado por los dos transportistas efectivos, no podrá ser obligada a abonar a la concursada las mismas cantidades que ha atendido como consecuencia del ejercicio de la acción directa. En el escrito de fecha 18 de febrero de 2019 la representación de KUEHNE & NAGEL S.A. formula una petición consistente en que se reconozca expresamente su derecho a descontar de su deuda frente a la concursada las cantidades que deba abonar a los transportistas efectivos que hayan ejercitado la acción directa frente a ella por las cantidades adeudadas por la concursada.

Resulta ciertamente dudosa la posibilidad de dar respuesta a esta cuestión que se plantea por la demandante en el cauce de impugnación del inventario y de la lista de acreedores previsto en el artículo 96 LC. Lo lógico es que el debate sobre la resistencia de la acción directa al concurso del intermediario y las consecuencias que de ello han de derivarse para el cargador sean cuestiones que se analicen en el seno del eventual proceso promovido para reclamar de KUEHNE el pago de las cantidades adeudadas a SOUTO, si la primera se negase a atender voluntariamente el pago.

Con todo, se entiende procedente efectuar un análisis de la discutida resistencia de la acción directa prevista en la D.A. 6ª de la Ley 9/2013, de 4 de julio, en caso de concurso del transportista contractual, que es la situación concurrente en este supuesto. Como se verá a continuación, la procedencia del análisis de esta controvertida cuestión parece oportuna si se tiene en cuenta que la conclusión que se alcanzará consistirá en mantener la plena vigencia de esta acción en supuestos como el aquí examinado.

Para ello ha de partirse de la STS nº 644/2017, de 24 de noviembre, [RJ 2017/6185], que se postula a favor de la tesis consistente en considerar que la acción directa del transportista efectivo frente al cargador es "a todo evento", esto es, no queda limitada a lo que el cargador adeude a su porteador cuando se le hace la reclamación por el tercero. Tras un estudio del cambio de redacción sufrido por el precepto durante su tramitación parlamentaria la acción directa quedó configurada de tal modo que puede ejercitarla el transportista efectivo

con independencia de que el cargador principal hubiera o no satisfecho el porte al operador de transporte a quien hubiera encargado su ejecución. La Sala Primera añade a continuación las siguientes consideraciones:

"De todo ello cabe concluir que la acción directa regulada en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 9/2013, de 4 de julio, es un instrumento jurídico novedoso, con precedentes en el Derecho comparado (el mencionado art. 132-8 del Código de Comercio francés y el art. 7.ter del Decreto legislativo 286/2005, sobre transporte de mercancías italiano), que incorpora una garantía adicional de pago, pues constituye al cargador principal y a los subcontratistas intermedios en garantes solidarios del pago del precio al transportista final, aunque ya hubieran pagado al subcontratista al tiempo de recibir la reclamación del transportista efectivo.

En suma, se trata de una acción directa en favor del que efectivamente ha realizado los portes frente a todos aquellos que conforman la cadena de contratación hasta llegar al cargador principal; como instrumento de garantía de quien ha realizado definitivamente el transporte.

9.- *En consecuencia, puede ocurrir, como sucede en este caso, que el porteador efectivo reclame al cargador el precio del transporte que, sin embargo, éste ya haya pagado al porteador contractual. Aquí es donde esta acción se aparta de manera más significativa del régimen general previsto en el art. 1597 CC, al establecer, en garantía del porteador efectivo, un régimen que posibilita el doble pago, sin perjuicio de un ulterior derecho de repetición contra el porteador contractual para la devolución de lo abonado al porteador efectivo. De manera que la única forma que tiene el cargador para evitar que pueda ser objeto de este tipo de acciones es prohibir en el contrato de transporte su subcontratación".*

Este apartamiento del régimen general previsto para la acción directa en el artículo 1597 CC ha sido empleado para defender que, a diferencia de lo que ocurre con esta acción, en el caso de la concedida a favor del transportista efectivo en la D.A. 6ª de la Ley 9/2013, de 4 de julio, no será de aplicación lo previsto en el artículo 50.3 LC, en el que se dispone una prohibición de admisión a trámite de las demandas en las que se ejercite la acción del artículo 1597 CC cuando se entablen tras la declaración de concurso -cfr. SAP de Valencia nº 217/2018, de 21 de marzo, [JUR 2018/161521]-. El artículo 1597 CC dispone que *"los que ponen su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente por el contratista, no tienen acción contra el dueño de ella sino hasta la cantidad que éste adeude a aquél cuando se hace la reclamación"*, mientras que el artículo 50.3 LC establece la prohibición de admisión a trámite de la acción directa contra el arrendador de la obra y el artículo 51 bis, apartado 2, LC ordena la suspensión para los procedimientos iniciados con anterioridad a la declaración de concurso en los que se hubiese ejercitado esta acción.

Por su parte, la acción directa de la D.A. 6ª de la Ley 9/2013 está condicionada a que se haya producido el impago del precio del transporte por quien lo hubiese contratado y comprende la cantidad adeudada por el intermediario. Al respecto, la SAP de Zaragoza de 20 de septiembre de 2016 ha calificado la acción directa concedida al transportista efectivo como un sistema de garantía de cobro, con independencia de que el garante ya hubiese pagado a los elementos intermedios de la cadena de contratación, configurando un sistema de doble pago con derecho de repetición. En términos análogos se pronuncia la SAP de Asturias nº 360/2016, de 23 de diciembre, [JUR 2017/15034], en la que se afirma que esta acción opera como una suerte de garantía para el porteador efectivo, sin perjuicio de la acción de regreso, a través de una acción directa plena sin cualquier clase de límite objetivo salvo lo realmente adeudado al transportista efectivo.

La SAP de Valencia nº 217/2018, de 21 de marzo, [JUR 2018/161521], se refiere a la trascendencia de la acción directa contra el cargador sobre el concurso de acreedores del intermediario y rectifica el criterio expresado en su Auto de 6 de octubre de 2016, [JUR 2017/15195], en el que había sostenido que la acción directa cedía en caso de concurso del transportista intermediario y aducía razones conectadas con una potencial lesión de la *par conditio creditorum* :

"Declarado el concurso de la intermediaria (COTRANSA, S.A.) nos podemos encontrar dos situaciones:

Una, el cargador ha satisfecho su deuda con el intermediario. En este caso no es parte del concurso de acreedores, no existe crédito en la masa activa y la acción directa no produce efectos en el concurso, más que eliminar el crédito que ostente la actora de la masa pasiva del concurso.

Dos, el cargador no ha satisfecho su deuda con el intermediario. En este caso, en el concurso de acreedores aparece un derecho de crédito frente al cargador que, una vez cobrado, será repartido entre los acreedores reconocidos en el concurso de acuerdo con los arts. 90 y ss. de la Ley Concursal. En el lado contrario, constará una deuda en la relación de acreedores del intermediario respecto el transportista efectivo. La Ley Concursal no reconoce ningún privilegio especial del transportista respecto el crédito del cargador, que, por ende, se repartirá -como ya hemos dicho- entre los acreedores conforme al principio par conditio creditorum".

Esta resolución reconoce que la anterior doctrina se ha visto superada por la interpretación que suministra la STS de 24 noviembre de 2017 y así, en la SAP de Valencia de 28 de febrero de 2018 (rollo 1362/2017), aunque



reconoce que la Sala Primera no aborda el caso concreto del pago hecho constante la situación concursal del transportista intermedio, insiste en que " *se trata una acción con una naturaleza de garantía diferente, más intensa ("más significativa") que la acción directa del art. 1597 CC ("hasta la cantidad que éste adeudara a aquel cuando se hace la reclamación" con toda la controversia jurídica que se resolvió con la reforma operada en el art. 50 LC por la Ley 38/2011)*". Por ello, en esta resolución se estima el recurso de apelación interpuesto por el transportista efectivo y, a pesar de la declaración de concurso del intermediario, se emite un pronunciamiento de condena frente al cargador en un caso de ejercicio de la acción directa de la D.A. 6ª de la Ley 9/2013 y concluye que existe una función de garantía " *a todo trance* " en favor del transportista efectivo, por lo que considera irrelevante en qué momento o por qué motivo el cargador pagó al transportista intermedio en situación concursal.

En efecto, esta acción no puede verse afectada por las previsiones del artículo 50.3 LC (" *Los jueces de primera instancia no admitirán a trámite las demandas que se presenten desde la declaración del concurso hasta su conclusión, en las que se ejercite la acción que se reconoce a los que pusieren su trabajo y materiales en una obra ajustada alzadamente contra el dueño de la obra en los términos previstos en el artículo 1.597 del Código Civil . De admitirse, será de aplicación lo dispuesto en el último inciso del primer apartado de este artículo* "). Por más que se busquen las similitudes, sin duda existentes, entre la acción del artículo 1597 CC y la acción directa de la D.A. 6ª de la Ley 9/2013 presentan también esenciales diferencias que amparan el tratamiento diverso en caso de concurso del intermediario. La acción directa del artículo 1597 CC presenta como límite la cantidad que el dueño de la obra adeuda al contratista cuando se hace la reclamación mientras que esta limitación no opera en el caso de la acción directa de la D.A. 6ª de la Ley 9/2013 , ya que la acción directa del transportista efectivo frente al cargador es "a todo evento", y no queda limitada a lo que el cargador adeude a su porteador cuando se le hace la reclamación por el transportista efectivo. Fruto de esta esencial diferencia es el decaimiento de la identidad de razón que podría justificar una aplicación analógica del artículo 50.3 LC a la acción directa de la D.A. 6ª de la Ley 9/2013 , una vez que resulta indubitado que no se trata de la misma acción. Nótese que la razón de ser del artículo 50.3 LC , que implica que la acción del artículo 1597 CC decaiga en caso de concurso del contratista, se conecta con la propia dicción del artículo 1597 CC y con los límites que se fijan en este precepto: el límite se fija en la cantidad que el dueño de la obra adeuda al contratista cuando se hace la reclamación; además, el ejercicio de la acción directa produce como efecto el desplazamiento del crédito del contratista al subcontratista y, desde su ejercicio, el promotor se constituye en deudor de éste. Así lo expresa la SAP de Madrid nº 553/2014, de 22 de diciembre , [JUR 2016/271377]:

"...esta A.P. de Madrid, Sec. 20ª, en Sentencia de 20-7-2011, nº 412/2011, rec. 276/2010, o la Sec. 12ª, en resolución de 29-2-2012, nº 127/2012, rec. 617/2011, puso de manifiesto que <<. En efecto, si la acción directa produce el desplazamiento del crédito del contratista al subcontratista, desde su ejercicio el promotor se constituye en deudor directo de éste, y **si tal desplazamiento se origina antes de la declaración constitutiva del concurso del contratista, el crédito de éste frente al promotor no le pertenecerá, al menos en cuanto al importe que deba al subcontratista** .

En esta materia, la jurisprudencia, de forma unánime, ha considerado que la acción directa se entiende ejercitada desde la reclamación extrajudicial, (STS de 31 de enero de 2002), y desde ese momento se producen los efectos antedichos. Únicamente se suele invocar como posible excepción a tal uniformidad jurisprudencial la STS de 8 de mayo de 2008 . Pero como se han cuidado de señalar otras decisiones judiciales (Sentencia de la AP Granada de 30 de septiembre de 2009 y de Navarra de 14 de octubre del mismo año) aparte de ser una sola sentencia y no constituir, por ello, jurisprudencia, (artículo 1.6 del Código Civil), la indicada sentencia no resolvía sobre la misma cuestión, sino sobre un aspecto tan particular como la fecha de devengo de intereses entre promotor y subcontratista. Y aun así, viene a reconocer el efecto propio el ejercicio extrajudicial de la acción directa cuando sitúa en el momento de la reclamación extrajudicial, el momento del inicio de la mora.

Por tanto, si basta la reclamación extrajudicial y ésta se efectuó, en este caso, antes de la declaración del concurso, no hay razón alguna para que éste interfiera en la pretensión, al menos, a los efectos de determinar la competencia objetiva.

Este es el criterio más extendido en las Audiencias (Sentencia de las Audiencias de Asturias, Sección 1ª, de 11 de febrero de 2010; Valladolid, Sección 3ª, de 4 de febrero de 2010; Barcelona, Sección 4ª, de 28 de diciembre de 2009; Navarra, Sección 1ª de 14 de octubre de 2009, y Granada, Sección 3ª, de 30 de septiembre de 2009, entre otras muchas)>>.

Pero no lo es menos que, finalmente, a juicio de esta Sala, la controversia ha quedado solventada, pues como ponen de manifiesto las Sentencias de esta Audiencia Provincial de Madrid, Sec. 11ª, de 26-5-2014, nº 194/2014, rec. 41/2013ª, y SAP Valencia de 29 enero 2014 , con cita de la Sentencia del TS de 11 de diciembre de 2013 , que declara: <<.. " La cuestión planteada en la presente litis ya ha sido resuelta por esta Sala, por medio de la STS núm. 322/2013, de 21 de mayo (RJ 2013, 4956). Se resolvió en el sentido de que **la acción del subcontratista**



contra el dueño de la obra, con base en el art. 1597 CC , cede a favor de la masa activa del concurso del contratista en el supuesto de que no se haya hecho efectivo antes de la declaración del concurso , y en aquel supuesto, igual que en el presente, se señaló que el requerimiento extrajudicial al dueño de la obra no supone el ejercicio de la acción (SSTS 657/1997, de 17 de julio (RJ 1998, 216) y núm. 300/2008, de 8 de mayo (RJ 2008, 2831)), aunque lleva consigo una exigencia de conducta o abstención hacia el destinatario ">>.

Por ello, como señala la SAP de Barcelona de 26 de junio de 2013 , el crédito objeto de la acción habrá de integrarse en la masa activa y el subcontratista carecerá de cualquier preferencia sobre ese derecho.

En la doctrina también se reconocen las dudas interpretativas surgidas en relación con esta acción directa y, en particular, en lo referente a la posibilidad de hacer uso de la misma cuando el cargador ya hubiese abonado los portes. La Sentencia del Tribunal Supremo aclara estas dudas y se decanta por la fijación de una responsabilidad a todo evento. Para Martín Castro ("La llamada acción directa del porteador efectivo contra el cargador contractual en los supuestos de subtransporte", RDM nº 308/2018), se trata de *"un instrumento, en suma, que incorpora una suerte de garantía legal a través del establecimiento de la responsabilidad solidaria de todos los intermediarios que conforma la cadena de contratación, quienes habrán de responder ante el porteador efectivo aunque ya hubieran satisfecho los portes"*.

Por tanto, frente a lo que ocurre en el caso de la acción directa del artículo 1597 CC , en la que se exige que el dueño de la obra no hubiera ya satisfecho la deuda para que su ejercicio sea procedente, la acción directa concedida al porteador efectivo *" resulta inmune a la excepción de pago que pudiera aducir el cargador contractual o cualquiera de los intermediarios quienes, de este modo, podrán verse obligados a hacer frente, más de una vez, al pago de un mismo porte, sin perjuicio del derecho repetición de quien hubiera respondido ante al actor "* (Martín Castro).

Si ello es así, cabe extraer las siguientes conclusiones para el caso de concurso del transportista intermediario: i) la acción directa es resistente al concurso y, si el porteador contractual no hubiese abonado la cantidad debida al transportista efectivo, éste podrá dirigirse contra el cargador por la suma que se le adeuda; ii) el crédito del transportista efectivo será reconocido en el concurso del intermediario como crédito concursal y, en caso de pago de los portes por el cargador como consecuencia del ejercicio de la acción directa, éste quedará subrogado en el crédito que ostentaba el transportista efectivo; y, iii) en el inventario de la masa activa figurará el derecho de crédito que ostenta el intermediario concursado frente al cargador, si éste no hubiese abonado el precio pactado a fecha de declaración de concurso.

Por último, no cabe apreciar una vulneración, ni tan siquiera potencial, de la *par conditio creditorum* por el reconocimiento de la plena vigencia de la acción directa conferida al transportista efectivo para el supuesto de declaración de concurso del porteador contractual. No se trata de reconocer al transportista efectivo un derecho de separación sobre las cantidades adeudadas que el cargador pueda abonar al intermediario una vez que se haya producido su declaración de concurso. En efecto, la cantidad debida al intermediario y efectivamente abonada por el cargador se integrará en la masa activa y será destinada a satisfacer los créditos reconocidos en el concurso por el orden legal de prelación. La potencial lesión sí se materializaría y se haría patente, si se reconociese al transportista efectivo la posibilidad de ver satisfecho su crédito con las cantidades que el cargador hubiese abonado en el concurso del intermediario. Así, el crédito del transportista efectivo habrá de ser reflejado en la lista de acreedores en el concurso del intermediario, si a la fecha de declaración de concurso no se le hubiesen abonado los portes ni por éste ni por el cargador como consecuencia del ejercicio de la acción directa. Pero la inclusión de su derecho de crédito en la lista de acreedores que confecciona la administración concursal ni bloquea ni impide el ejercicio de la acción directa frente al cargador, que es inmune al concurso del porteador contractual.

En suma, si la pretensión de KUEHNE -cargador principal en los transportes cuyo abono se le ha exigido-, consiste en que no pueda ser compelida al abono a la concursada de las cantidades que pueda satisfacer a los transportistas efectivos por vía de acción directa, es evidente que tal petición no puede ser acogida. No sólo porque excede del ámbito del incidente de impugnación del artículo 96 LC sino que, en esencia, su rechazo se encuentra justificado en la insostenibilidad de la tesis que defiende la desactivación de la acción directa en caso de concurso del intermediario.

También se ha interesado por la demandante en su escrito de alegaciones de fecha 18 de febrero de 2018 que se reconozca a KUEHNE & NAGEL S.A. el derecho a descontar de su deuda con TRANSPORTES MARTÍNEZ SOUTO S.L. las cantidades que tenga que abonar a los transportistas efectivos que hayan ejercitado la acción directa frente a ella por las cantidades adeudadas por la concursada. En primer lugar, cabe decir que esta petición se formula de forma extemporánea, pues nada se solicitaba en tal sentido en el Suplico de la demanda incidental. En segundo lugar, puede añadirse que de lo que se trata, en realidad, es de pretender del juzgado un pronunciamiento sobre la procedencia de una eventual compensación del crédito en el que se subrogaría el



cargador, después de ejercitada la acción directa por el transportista efectivo, y del crédito que el intermediario ostenta frente al cargador. Pues bien, no procede pronunciarse en el seno de la presente resolución sobre la concurrencia de los requisitos del artículo 58 LC para que pueda operar la compensación de créditos y deudas del concursado, ya que nada ha abonado hasta el momento KUEHNE con motivo de las reclamaciones que le han dirigido TRADIS PORTA EXPRESS S.L. Y PANTANY LOGISTIC S.L. (según consta, de forma extrajudicial). Sobre la procedencia y oportunidad de esta hipotética compensación sólo cabría un pronunciamiento tras la interposición de la demanda incidental a la que se remite el artículo 58 LC y siempre supeditado, claro está, a que previamente exista un crédito titularidad de KUEHNE que al menos teóricamente sea susceptible de ser compensado.

Por último, en lo que respecta a la pretensión declarativa consistente en que este Juzgado se pronuncie sobre la ineficacia de la cesión de créditos operada a favor de la entidad GEDESCO FACTORING, se trata nuevamente de una petición que sólo se formula en estos términos en el escrito de alegaciones finales y no en la demanda incidental. Además, se alude a la comunicación expresa hecha a GEDESCO por parte de KUEHNE, en la que no se autorizaba la cesión de créditos, por lo que no se habría cumplido la condición suspensiva a la que se hallaba sometida la eficacia de la cesión en virtud de la estipulación tercera de la póliza suscrita entre GEDESCO FACTORING S.L. y la concursada. Excede igualmente del ámbito del presente incidente pronunciarse sobre esta cuestión, sin perjuicio de las acciones que puedan entablarse por el cauce oportuno si se mantuviesen posturas enfrentadas en relación a la eficacia de dicha cesión de créditos.

Por todo ello, se estima parcialmente la demanda de impugnación del inventario y de la lista de acreedores formulada por la actora, por lo que se acuerda que habrá de reconocerse en el inventario un derecho de crédito a favor de la concursada frente a KUEHNE & NAGEL S.A. por importe de 180.96837 euros y en la lista de acreedores habrá de reconocerse un crédito concursal ordinario a favor de la demandante en la cantidad de 50.32633 euros.

SEXTO .- No procede hacer especial imposición de las costas de este incidente a ninguna de las partes, al haberse estimado parcialmente la demanda incidental (art. 394.2 LEC en relación al art. 196.2 LC).

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que **ESTIMO PARCIALMENTE** la demanda incidental promovida por KUEHNE & NAGEL S.A., representada por el procurador Sr. López López y defendida por el letrado Sr. Von Carstenn- Lichterfelde Menéndez, contra la administración concursal y la concursada TRANSPORTES MARTÍNEZ SOUTO S.L., representada por la Procuradora Sra. Veiga Silva y defendida por el Letrado Sr. Romano Egea, y en consecuencia:

§ Habrá de reconocerse en el inventario un derecho de crédito a favor de la concursada frente a KUEHNE & NAGEL S.A. por importe de 180.96837 euros.

§ Habrá de reconocerse en la lista de acreedores un crédito concursal ordinario a favor de la demandante en la cantidad de 50.32633 euros.

No se hace especial imposición de las costas de este incidente.

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno pero las partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hayan formulado protesta en plazo de cinco días.

Así por esta mi sentencia, definitivamente juzgando en primera instancia lo pronuncio, mando y firmo.

E./

Publicación : La anterior sentencia fue leída en audiencia pública por el Sr. Magistrado-juez que la suscribe en el mismo día de su fecha; doy fe.-