



Roj: **SAP IB 382/2020 - ECLI: ES:APIB:2020:382**

Id Cendoj: **07040370052020100130**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Palma de Mallorca**

Sección: **5**

Fecha: **05/02/2020**

Nº de Recurso: **151/2019**

Nº de Resolución: **80/2020**

Procedimiento: **Civil**

Ponente: **MARIA ARANTZAZU ORTIZ GONZALEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5

PALMA DE MALLORCA

SENTENCIA: 00080/2020

Modelo: N10250

PLAZA MERCAT, 12

Teléfono: 971-728892/712454 **Fax:** 971-227217

Correo electrónico: audiencia.s5.palmademallorca@justicia.mju.es

Equipo/usuario: MSR

N.I.G. 07040 47 1 2017 0001268

ROLLO: RPL RECURSO DE APELACION (LECN) 0000151 /2019

Juzgado de procedencia: JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA

Procedimiento de origen: S1C SECCION I DECLARACION CONCURSO 0000514 /2017

Recurrente: TORO FINANCE SL

Procurador: MARIA ISABEL JUAN DANUS

Abogado: GUILLERMO MARÍA ALONSO DEL REAL BARRERA

Recurrido: ADMINISTRACION CONCURSAL, KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.

Procurador: JOSE FRANCISCO RODRIGUEZ RINCON

Abogado: IÑIGO CASASAYAS TALENS

SENTENCIA nº 80

Ilmos. Sres/as.:

Presidente:

D. MATEO RAMÓN HOMAR

Magistradas:

Dª. COVADONGA SOLA RUIZ

Dª. Mª ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ

En PALMA DE MALLORCA, a cinco de febrero de dos mil veinte.



VISTOS en grado de apelación ante esta Sección Quinta, de la Audiencia Provincial de PALMA DE MALLORCA, los Autos de SECCION I DECLARACION CONCURSO 514/2017, procedentes del JDO. DE LO MERCANTIL N. 2 de PALMA DE MALLORCA, a los que ha correspondido el Rollo RECURSO DE APELACION (LECN) 151/2019, en los que aparece como parte apelante, TORO FINANCE SL, representado por el Procurador de los Tribunales, D^a. MARÍA ISABEL JUAN DANÚS, asistido por el Abogado D. GUILLERMO MARÍA ALONSO DEL REAL BARRERA, y como parte apelada, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL y KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L., no comparecidos en esta alzada.

Es PONENTE la Ilma. Sra. D^a M^a ARÁNTZAZU ORTIZ GONZÁLEZ.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- Por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez, del Juzgado de Lo Mercantil nº 2 de Palma, en fecha 7 de septiembre de 2018, se dictó *Sentencia cuyo FALLO es del tenor literal siguiente:*

"Se desestiman las demandas formuladas por la representación procesal respectivamente de la entidad mercantil Toro Finance S.L.U, de la mercantil Gesdesco Fcatoring S.L. y de la entidad concursada Kle Servicios Integrales frente a la administración concursal de KLE Servicios Integrales S.L. y en consecuencia DEBO ABSOLVER Y ABSUELVÓ a la Administración Concursal de todos los pedimentos contenidos en las demandas de impugnación del Inventario y lista de acreedores.

Todo con expresa imposición de costas a las partes actoras".

SEGUNDO.- Que contra la anterior resolución y por la representación de la parte demandada, se interpuso recurso de apelación y seguido el recurso por sus trámites se celebró deliberación y votación en fecha 8 de octubre de 2019, quedando el recurso concluso para dictar la presente resolución.

TERCERO.- Que en la tramitación del recurso se han observado las prescripciones legales salvo el plazo para dictar sentencia por la complejidad y volumen de los asuntos que penden de esta sala.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Este recurso trae causa de la acumulación de tres incidentes de impugnación presentados por las demandantes TORO FINANCE SL, GEDESCO y KLE SERVICIOS INTEGRALES, SL (la concursada) contra el informe provisional de la administración concursal.

La administración concursal se opuso a las peticiones y promovió la acumulación de los incidentes que fue acordada por auto de 31 de enero de 2018.

Tras la celebración del juicio la sentencia desestimó la(s) demanda(s) con condena en costas a los acreedores y a la concursada impugnante.

Contra ella se alza la acreedora TORO FINANCE S.L.

Las cuestiones controvertidas sobre las bases de los hechos aportados por las partes son sintetizadas por la demandante apelante, las reproducimos en la medida que subsiste en su recurso:

1.- En fecha **30 de abril de 2016**, la mercantil KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L. emitió **la factura n.º B000961** frente a la Generalitat Valenciana (SUBDIRECCIÓN GENERAL ECONÓMICA DE LA CONSELLERÍA DE SANIDAD UNIVERSAL Y SALUD PÚBLICA, DEPARTAMENTO DE SALUD DE ALICANTE, HOSPITAL GENERAL DE ALICANTE), por importe de **597.112,75 €**, a causa de la prestación del servicio de limpieza en distintos centros de la Conselleria de Salud, sitios en la Provincia de Alicante, **con vencimiento el 19 de junio de 2016**.

2.- En fecha **9 de junio de 2016**, KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L., como cedente, y TORO FINANCE, S.L.U., como cesionaria, suscribieron de forma desdoblada con la intervención de los Notarios de Palma de Mallorca, don Ciriaco Corral García, y de Valencia, don Ricardo Monllor González, un contrato de cesión de créditos por medio del cual, la primera (KLE)cedió a la segunda(TORO F), a cambio del pago del precio pactado, además de otro, el crédito por importe de 597.112,75.-€, reseñado en el punto anterior,(a cambio del pago del precio pactado entre ambas partes).

3.- La apelante hace notar que, pese al vencimiento del crédito reflejado en la factura, **las partes pactaron como fecha de vencimiento del mismo**, a los efectos previstos en la propia póliza de cesión de créditos, **la del 7 de diciembre de 2016**.

4.- De conformidad con lo pactado por las partes, TORO FINANCE abonó a KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L. el 80% del importe del crédito cedido, minorado en los costes del anticipo, **quedando retenido el 20% restante**



(asciende a 119.422,55.-€) para que, en caso de que el crédito cedido fuera abonado a la fecha de vencimiento pactado por las partes, entregar dicha suma al cedente. En caso de que TORO FINANCE SL no cobrara al vencimiento pactado, el crédito cedido, la suma correspondiente **al referido 20%** quedaría en poder de TORO FINANCE en **concepto de comisión por impago**.

5.- En fecha 15 de junio de 2016, la Generalitat Valenciana (SUBDIRECCIÓN GENERAL ECONÓMICA DE LA CONSELLERÍA DE SANIDAD UNIVERSAL Y SALUD PÚBLICA) tomó razón de la cesión por KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L. a favor de TORO FINANCE del crédito incorporado a la factura antes reseñada, dándose por notificada de dicha cesión y consintiendo la misma TORO FINANCE reitera que *"- El 29 de julio de 2016, la Generalitat Valenciana abonó indebidamente a la concursada el crédito por importe de 597.112,75.-€, soportado en la factura n.º B000961, previamente cedido por KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L. a favor de TORO FINANCE, sin que la ahora concursada informara a mi principal."*

6.- Llegada la fecha de vencimiento del crédito pactada por las partes -el 7 de diciembre de 2016-, y dado que el deudor cedido no había abonado a mi principal el mismo, por parte de TORO FINANCE, S.L.U. se iniciaron las gestiones oportunas frente al deudor cedido para reclamar el pago del crédito cedido, fruto de las cuales, en fecha 14 de febrero de 2017, la apelante tuvo conocimiento por medio de correo electrónico remitido por parte del propio deudor cedido, que el pago del repetido crédito se había realizado en fecha 29 de julio de 2016 a KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.

Destaca que desde que la ahora concursada cobró el crédito cedido (el 29 de julio de 2016) hasta que TORO FINANCE supo de dicho pago indebido (el 14 de febrero de 2017), transcurrieron casi siete meses en los que KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L. guardó silencio.

La apelante califica de apropiación indebida el cobro de la cantidad de la que era único y legítimo propietario el aquí recurrente.

7.- Como quiera que, a la fecha de vencimiento del crédito cedido, soportado en la factura n.º B000961, pactada por las partes, éste no fue abonado por la Generalitat Valenciana a TORO FINANCE, S.L.U., ésta, conforme a lo pactado en la póliza de cesión de créditos -punto B de la estipulación cuarta- **procedió a aplicar el importe retenido al cobro de la comisión por impago prevista en el contrato de cesión**.

8.- Con posterioridad a tener conocimiento del cobro indebido por el cedente -concretamente, a partir del 21 de febrero de 2017-, TORO FINANCE SL ha recibido pagos de terceros para poder aplicarlos a cuenta del cobro del crédito cedido indebidamente cobrado por la concursada, **por lo que el importe del crédito que se comunicó a la Administración Concursal, para su inclusión en la lista de acreedores, ascendía en el momento de la comunicación -y sigue siendo igual a día de hoy- a la suma de 130.246,97.-€**.

9.- Fruto de lo acordado por las partes en la estipulación décimo segunda de la repetida póliza de cesión de créditos, desde el día siguiente a la fecha de cobro indebido del crédito cedido por parte de la concursada -29 de julio de 2016- y hasta la fecha de los cobros recibidos de terceros -21 de febrero de 2017-, se devengaron, a favor de TORO FINANCES, intereses indemnizatorios por valor de 55.730,52.-€.

10.- Con posterioridad a todo lo expuesto, en fecha 20 de mayo de 2017, se publicó en el Boletín Oficial del Estado el anuncio de la **declaración en concurso de KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.** por medio de **auto de 16 de mayo de 2017**, dictado por el Juzgador, en el seno del concurso voluntario ordinario n.º 514/2017.

11.- **Declarado el concurso**, TORO FINANCE S.L. a través del letrado apelante, remitió a la Administración Concursal, escrito de insinuación de créditos por medio del que se interesaba el reconocimiento de dos créditos distintos:

-un crédito por importe de **130.246,97.-€**, correspondiente al importe pendiente de cobro de la factura n.º **B000961**; y

-un crédito con la calificación de **ordinario**, por importe de **55.730,52.-€**, **en concepto de indemnización** por el cobro indebido del crédito soportado en la factura n.º B000961, que la deudora abonó indebidamente a la concursada el 29 de julio de 2016.

12.- Recibido el informe de la Administración Concursal, reconoce lo siguiente:

(i) en el **inventario de bienes** (concretamente en las páginas 80 y 81 del correspondiente anexo) incluye un derecho de crédito a favor de la concursada, frente a TORO FINANCE, S.L.U., por importe de **119.422,55.- €**, **en concepto de retención del 20%** practicada en virtud de lo pactado por dichas partes en el contrato de cesión de créditos de fecha 9 de junio de 2016; y

(ii) en la **lista de acreedores**, se reconoce a favor de TORO FINANCE S.L. un crédito por valor de **201.696,58.-€**, con la calificación de **ordinario**, y un crédito por importe de **55.730,52.-€**, **con la calificación de subordinado**.



13.- Visto el contenido del repetido informe, (TORO FINANCE SL) formuló demanda incidental frente a la Administración Concursal y frente a KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L., interesando:

(i) modificar la cuantificación y calificación del crédito incluido en la lista de acreedores a favor de TORO FINANCE, S.L.U. por importe de 201.696,58.- €, con la calificación de ordinario, debiendo incluirse, en su lugar, **un crédito por importe de 130.246,97.-€, acordándose su abono con cargo a la masa;**

(ii) excluir, por no exigible e inexistente, del inventario de la masa activa el crédito por importe de 119.422,55.- € frente a TORO FINANCE SLU; y

(iii) todo ello con imposición de costas a las demandadas.

La representación procesal de la concursada **KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L.** interpuso demanda de impugnación del inventario y la lista de acreedores, interesando:

- que se incluya un crédito frente a TORO FINANCE, S.L.U. por importe de **119.422,55.-€** por la retención practicada al anticipar el crédito por importe de 597.112,75.-€ soportado en la factura n.º B000961, **ex artículo 59 bis de la Ley Concursal**; y

- que se excluyan los créditos por importe de 55.730,52.-€, con la calificación de subordinado, y 201.696,58.-€, con la calificación de ordinario, reconocidos a favor de TORO FINANCE en la lista de acreedores.

GEDESCO también impugnó el informe en demanda que resultó acumulada a las anteriores; en aras a la brevedad nos remitimos a lo que destacó en su escrito de conclusiones: "... c) *GEDESCO FACTORING* y *KLE* suscribieron el 21 de febrero de 2017 póliza de cesión de derechos de crédito en virtud de la cual se cedieron diversos derechos de crédito frente a organismos y empresas públicas.

d) *La póliza de cesión de derechos de crédito suscrita entre GEDESCO FACTORING y KLE se resolvió por la primera el 26 de abril de 2017, comunicándose dicha resolución a la concursada mediante burofax. No obstante, lo anterior, en el ejercicio de su derecho, GEDESCO FACTORING mantuvo la titularidad de determinados créditos cedidos. Entre las causas que motivaron la resolución por GEDESCO FACTORING se encuentra el incumplimiento de obligaciones tributarias de la hoy concursada conforme reconoce su representante legal en el acto de la vista (12:54:23).*

En este sentido la Estipulación Decimoprimera (k) de la póliza de cesión de derechos de crédito faculta a GEDESCO FACTORING a resolver el contrato de cesión para el caso de que KLE no incumpliese sus obligaciones tributarias, salariales o ante la Seguridad Social.

Sorprende a GEDESCO que en el acto de la vista el representante legal de KLE y la presidenta de su Consejo de Administración culpabilizasen a GEDESCO FACTORING de su situación concursal cuando: "KLE se habían apropiado indebidamente de un derecho de crédito cedido a TORO FINANCE (nótese que KLE cobró en dos ocasiones la factura emitida a la GENERALITAT VALENCIANA);

GEDESCO retuvo el pago de derechos de crédito por el importe de lo adeudado a TORO FINANCE; y KLE venía, al menos desde mediados de 2016, incumplimiento sus obligaciones salariales y tributarias."

La póliza de cesión de derechos de crédito de 21 de febrero de 2017 preveía en su Estipulación Décima la facultad de GEDESCO FACTORING de imputar pagos a créditos pendientes de pago por la Cedente frente a mercantiles vinculadas GEDESCO FACTORING(DOC. NÚM. 1 de la demanda incidental interpuesta por GEDESCO FACTORING).[a pesar de que la cláusula hace referencia al término "compensación", la literalidad de la referida cláusula, refiriéndose a deudas de la cedente con mercantiles vinculadas a la cesionaria, conlleva el concepto "vulgar" de compensación o "imputación de pagos" y no el legal que requiere necesariamente de reciprocidad entre las partes.]

De otro lado, los contratos de cesión de derechos de créditos prevén en su Estipulación Séptima tanto la "imputación de pagos" como la facultad de GEDESCO FACTORING de retener pagos en garantía del cobro a su vencimiento de cualquier otro documento de crédito o efecto endosado o cedido a mercantil vinculada a la Cesionaria en los términos pactados (DOCs. NÚM. 2 y 3 de la demanda incidental interpuesta por GEDESCO)

*-A la fecha de suscripción de la póliza de cesión de derechos de crédito entre GEDESCO FACTORING y KLE, esto es, a 21 de febrero de 2017, **TORO FINANCE era titular de un crédito líquido, vencido y exigible frente a KLE por importe de 597.112,75€** derivado de la "apropiación indebida"-las comillas son nuestras- por esta última del cobro correspondiente a la fra. nº 000961 percibido de la Generalitat Valenciana el 29 de julio de 2016.*

Conforme a la Estipulación Decimosegunda de la póliza de cesión de derechos de crédito suscrita entre KLE y TORO FINANCE, en caso de que el deudor -por error u omisión efectuase el pago de créditos cedidos a KLE, debería hacer entrega de forma inmediata del referido importe a TORO FINANCE.



g) **TORO FINANCE y GEDESCO FACTORING se encuentran vinculadas conforme a lo preceptuado en el la Estipulación Décima de la póliza de cesión de derechos de crédito suscrita entre GEDESCO FACTORING y KLE el 21 de febrero de 2017.** Dicha vinculación, es pública y notoria, conforme se evidencia de la información que obra en el Registro Mercantil, figurando D. Mateo en los Consejos de Administración de ambas entidades.

En cualquiera de los casos, reconoce el representante legal de KLE, en el acto de la vista, que, aún de haber conocido que GEDESCO FACTORING y TORO FINANCE estaban vinculadas hubiesen "actuado exactamente igual." (12:59:53).

h) **GEDESCO FACTORING procedió a transferir a TORO FINANCE todos y cada uno de los créditos cedidos, resultando de los mismos el importe comunicado por TORO FINANCE en el concurso de KLE.** En ese sentido KLE se apropió indebidamente de un derecho de crédito titularidad de TORO FINANCE por importe de 597.112,75€, no obstante, TORO FINANCE comunica en el concurso un crédito -en concepto de principal- por importe de 130.246,97€."

destacamos la aportación de la concursada KLE también demandante (aquí apelada) en su escrito de conclusiones por cuanto añade la incidencia de la compensación judicial decidida por el Juzgado de lo contencioso nº6 de VALENCIA en auto de 16 de junio de 2017 (el concurso se declaró por auto de 16 de mayo de 2016).

La concursada concluyó: "**El pago indebido por parte de la Generalitat Valenciana, por importe de 597.112,75-€, motivó la interposición por parte de Toro Finance, S.L.U. de la correspondiente reclamación frente a la Generalitat Valenciana por importe de 597.112,75-€, lo que dio lugar a su vez a la interposición por parte de dicha administración autonómica, por medio de escrito de 22 de mayo de 2017, que dio lugar a los autos de procedimiento ordinario nº. 710/2017, tramitado ante el Juzgado de lo Contencioso Administrativo nº. 6 de Valencia , solicitud de compensación de la cantidad de 597.112,75-€ objeto de reclamación por parte de Toro Finance, S.L.U. con la cantidad de 395.416,17-€ a su vez adeudada por la Consellería de Sanidad Universar y Salud Pública a KLE Servicios Integrales, S.L. ,** extremos todos éstos recogidos en la nota 3 de la lista de acreedores del informe provisional de la administración concursal. Y por el Juzgado de la Contencioso Administrativo nº. 6 de Valencia, frente a la solicitud de compensación de fecha 22 de mayo de 2017, se dictó auto de 16 de junio de 2017 acordando la compensación en los términos fijados por la Consellería de Sanidad y Salud Pública (documento nº. 3 de la demanda presentada por KLE).

La compensación decretada judicialmente, como con buen criterio ha sido contemplada por la administración concursal en su informe, debe recogerse en la lista de acreedores, minorando a la suma inicial de 597.112,75-€ la cantidad de 395.416,17-€ como consecuencia de la compensación acordada judicialmente. La entidad Toro Finance, S.L.U. sostiene que no procede la compensación porque según manifiesta no ha cobrado aún de la Generalitat Valenciana la suma compensada judicialmente de 395.416,17-€. Con independencia de que desconozcamos si ha cobrado o no dicha cantidad compensada por resolución judicial, lo que cuando menos nos genera cierta extrañeza a la vista ya del largo periodo de tiempo transcurrido (más de un año desde la fecha del auto judicial que decreta la compensación) entendemos que la argumentación no se sostiene, puesto que desde el momento en que se acuerda la compensación judicial, **la suma de 395.416,17-€ que correspondía a KLE Servicios Integrales, S.L. sale de su acervo patrimonial para integrarse en el patrimonio de Toro Finance, S.L.U. O en otras palabras, a partir de la fecha de la resolución judicial que decreta la compensación analizada, KLE Servicios Integrales, S.L. deja de ostentar derecho alguno a dicha suma, pues automáticamente pasa a integrarse en el ámbito patrimonial de Toro Finance, S.L.U."**

En virtud de escritura otorgada el 21 de febrero de 2017 la entidad KLE Servicios Integrales, S.L. cedió a la demandada Gedesco Factoring, S.L. diversos derechos de crédito frente a Generalitat de Catalunya, el Servicio de Salud de Castilla La Mancha, el Hospital de Santa Cristina Insalud, la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el Servicio Aragonés de Salud y el Servei de Salut de les Illes Balears, derivados de los servicios de limpieza y mantenimiento prestados por la primera, e incorporados en las correspondientes facturas que se especifican en la escritura y sus anexos, por un importe total de 1.274.393,93-€.

Como hemos anticipado, la sentencia desestimó las tres demandas. La concursada y Gedesco no recurren:

Hemos sintetizado los hechos de los distintos escritos de alegaciones de las partes porque los pedimentos desestimados frente a la concursada y GEDESCO son firmes.

El recurso de apelación presentado por TORO FINANCE incidió en la errónea valoración de la prueba: "*porque mediante la prueba practicada, y especialmente a través del interrogatorio de D. Romualdo , Consejero Delegado de la concursada, y de la testifical de D.ª Juana , presidenta del consejo de administración de la concursada, ha quedado sobradamente acreditado la concursada se ha apropiado y mantiene en su haber la suma de*



119.422,55.-€, que pertenece única y exclusivamente a mi mandante, porque la adquirió a la concursada, quien la recibió de manera indebida, quedándose para sí, aun a sabiendas de que no le pertenecía;

-Porque la suma correspondiente a la retención practicada al anticipar el crédito soportado en la factura n.º B-000961, pasó, **mucho antes de que KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L. fuera declarada en concurso**, a constituir una comisión por impago a favor de mi mandante, al no haber cobrado el crédito a la fecha de vencimiento pactada con la concursada; y

-Porque a este respecto, el razonamiento de KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L., quien alega que dicha cantidad le debe ser reintegrada porque la Generalitat Valenciana pagó en plazo, aunque fuera a la propia concursada, no se sostiene de ninguna de las maneras. Resulta sorprendente que quien ha cobrado indebidamente, ha ocultado y ha guardado el más absoluto silencio movida por una asombrosa mala fe, pretenda ahora que se le reintegre la suma de 119.422,55.-€, que ha pasado a ser desde diciembre de 2016, comisión por impago a favor de mi principal. Simplemente asombroso.

Considerar que KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L. tiene derecho, pese a lo pactado en el contrato de cesión de créditos, a recibir la suma de 119.422,55.-€, y pese a que mi mandante, aún a día de hoy sigue sin haber cobrado la totalidad del crédito anticipado, sería dar carta de validez al vergonzante comportamiento desplegado por la concursada. Y todo ello, además, debe conllevar la imposición de las costas del incidente a la concursada."

La recurrente insiste en esta alzada en que procede estimar su demanda porque:

1.-En cuanto a la **impugnación de la lista de acreedores** debe verse reintegrado en la propiedad y posesión del importe indebidamente pagado por la Generalitat valenciana a la concursada. Dicha suma, es propiedad de TORO FINANCE, y no puede verse afectado por el procedimiento concursal. En este punto invoca el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil: " No puede pretenderse extender a mi mandante los efectos de una compensación judicial acordada

en un procedimiento del que mi principal no ha sido parte ni ha tenido conocimiento del mismo hasta la publicación del informe provisional."

2.- De no entregarse a la recurrente la referida suma, la concursada estaría haciendo suya dos veces la cantidad del crédito que transmitió a mi principal: " En primer lugar, recibió de TORO FINANCE S.L. el precio pactado para la enajenación del crédito, y posteriormente, recibió indebidamente de la Generalitat Valenciana el importe de dicho crédito, por lo que ha recibido dos veces el importe del mismo, siendo que la segunda vez lo recibió cuando era propiedad de TORO FINANCE, S.L.U."

3.- En cuanto a la impugnación del inventario de la masa activa: la suma de 119.422,55.-€ es comisión por impago y no se encuentra retenida. Al no haber recibido EL APELANTE el pago del crédito cedido en la fecha de vencimiento pactada -es más, lo recibió la concursada, y a TORO FINANCE S.L. aún no se ha hecho cobro del mismo- no procede en modo alguno su entrega a la concursada .

Por otro lado, mostró su disconformidad con la confirmación sobre la inclusión en el inventario de bienes y derechos de un crédito a favor de la concursada frente a TORO FINANCE, S.L.U. por importe de 119.422,55.-€, que se recoge en las páginas 80 y 81 del Inventario unido como anexo al informe provisional.

Dicho crédito corresponde al 20% del crédito soportado en la factura nº B000961, emitida el 30 de abril de 2016 por importe de 597.112,75 €, a cargo de la Generalitat Valenciana, que KLE SERVICIOS INTEGRALES, S.L. cedió a TORO FINANCE, S.L.U., (tal y como se ha expuesto).

Inciendo en el error en la valoración de la prueba se remite a la estipulación cuarta de la póliza de cesión de créditos (documento nº 3 de su demanda) en el que, en relación al precio que TORO FINANCE, S.L.U. debía abonar a la concursada por la cesión del crédito antes referido, las partes pactaron expresamente: " Una vez que el Deudor cedido consienta la presente cesión de créditos, surgirá para la Cesionaria la obligación de pagar a la Cedente el precio de la cesión de los créditos cedidos, que será el resultado de la suma de los siguientes conceptos:

A.- El importe líquido resultante de deducir, del 80% del total montante de los créditos cedidos, una cantidad fija de 10 € por cada crédito cedido, más los intereses convenidos por las partes, calculados diariamente al 2% nominal mensual, desde esta fecha hasta la fecha de vencimiento del crédito o la acordada a tal fin por la Cedente y Cesionaria, más comisiones y gastos procedentes, conforme a los parámetros e importes que la Cedente declara conocer y aceptar, según queda reflejado en el documento de liquidación que, suscrito por las partes, se adjunta a este contrato como Anexo 3, que se abonará por la Cesionaria a la Cedente, mediante transferencia bancaria a la cuenta que designe la Cedente, el día siguiente hábil a aquél en que la Cesionaria sea notificada del consentimiento expreso a la cesión, sin objeciones, por el Deudor cedido.



B.- El 20% del montante de los créditos cedidos, que se abonará por la cesionaria a la cedente, los primeros 5 días hábiles del mes que corresponda, mediante transferencia bancaria a la cuenta que ésta última designe, por el montante que corresponda a la suma del resto del precio de los créditos cedidos atendidos a su vencimiento durante el mes anterior, siempre que se haya confirmado la recepción del cobro sin incidencias, no surgiendo obligación para la Cesionaria de abonar el antedicho resto del precio, en ningún caso, a la Cedente, si los créditos cedidos no son atendidos a su vencimiento o al vencimiento acordado por las partes, en cuyo caso la Cesionaria hará suyo dicho importe en concepto de comisión por impago, y que, como tal comisión, no se considerará como recobro o pago a cuenta del crédito impagado (...)".

Así pues, a su juicio, es evidente que las partes acordaron que el pago del precio de la cesión se haría en dos momentos bien diferenciados:

(i) el 80% del precio -una vez descontados los intereses y comisiones pactados- se haría en un momento inicial, cosa que mi mandante hizo tal y como consta acreditado (vid. Documento nº 4); y

(ii) el restante 20% se haría siempre y cuando el crédito cedido se atendiera sin incidencias a la fecha de vencimiento del crédito o la que, en su caso, pudieran pactar las partes; siendo que, en caso de no cobrarse el crédito cedido por mi mandante con anterioridad al vencimiento pactado, éste haría suyo dicho importe en concepto de comisión por impago, no surgiendo obligación para mi mandante de abonar a la ahora concursada el antedicho 20%.

En el presente caso, como ya se ha apuntado con anterioridad, las partes pactaron una fecha de vencimiento del crédito distinta a la de la factura, y ello a los únicos efectos del pago de la segunda parte del precio de la cesión pactado por las partes en la antedicha estipulación cuarta.

Si se observa la factura nº B000961, la fecha de pago recogida en la misma es la del 19 de junio de 2016, por lo que, **de haber mantenido dicha fecha a los efectos previstos en el punto B de la estipulación cuarta de la póliza de cesión -que, recordemos, se suscribió el 9 de junio de 2016- una vez llegada dicha fecha, si el deudor cedido no hubiese atendido el pago del crédito, el apelante podría hacer suyo el restante 20% del precio de la cesión.** Por tanto, de haberse mantenido el vencimiento de la factura, el crédito debería haberse pagado en 10 días desde la formalización de la cesión, para que se hubiese devengado el derecho de cobro del 20% restante a favor de la concursada.

En vista de lo anterior, las partes acordaron en el documento de liquidación, fijar la fecha de vencimiento del crédito cedido 7 de diciembre de 2016, de forma que el plazo para el cobro del crédito por la apelante fuera de 6 meses, en lugar de 9 días.

En vista de todo lo expuesto, concluye que, sólo en el caso de que TORO FINANCE cobrase íntegramente y sin incidencias el crédito soportado en la factura nº B000961, antes del 7 de diciembre de 2016, sería exigible por la concursada el pago del restante 20% del precio de la cesión: " *Así pues, resulta más que evidente que, si TORO FINANCE, S.L.U. ha recibido cantidades a cuenta del pago del crédito cedido indebidamente cobrado por la concursada, y que si la compensación judicial operada entre otros sin la intervención de TORO FINANCE, S.L.U. no se es oponible a esta, la suma que TORO FINANCE, S.L.U. tiene pendiente de cobro en concepto de resto del crédito de su titularidad indebidamente cobrado por la concursada, asciende a 130.246,97.-€ y no a 201.696,58.-€, como ha incluido la Administración Concursal en su informe.*

En este punto debe tenerse en cuenta el artículo 222.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil . No puede pretenderse extender a mi mandante los efectos de una compensación judicial acordada en un procedimiento del que mi principal no ha sido parte ni ha tenido conocimiento del mismo hasta la publicación del informe provisional."

La administración concursal se opuso al recurso y solicitó la confirmación de la sentencia.

SEGUNDO.- Centrados los términos objeto del debate en primer lugar subsiste en esta alzada la pretensión de que se califique como crédito contra la masa el importe de 130.246 euros.

En este punto el recurso no puede prosperar porque, como razona la sentencia apelada, no concurren ninguno de los requisitos previstos en el art 84.2 LC.

Las alegaciones del recurso reclaman con base en el ejercicio del derecho de separación ex art 80.1 LC. Ello como veremos depende de la calificación de la transmisión del crédito- que es ordinario y tuvo lugar antes de la declaración del concurso- con independencia de la fecha de cobro efectivo, abundaremos en este argumento en razonamiento separado . No obstante, si la reclamación de TORO FINANCE SLU ante la Conselleria correspondiente de la Generalitat Valencia (de salud universal y salud pública) acredita tanto el pago por error a la concursada (entonces KLUH LINAER ESPAÑA SL ahora KLE SERVICIOS INTEGRALES SL) como que en la posterior en la compensación judicial aprobada no ha sido parte la apelante (cfr oficio remitido el 10 de abril de 2018).



Por otro lado, tal y como afirma la administración concursal, constan pagos por cuenta de KLE (créditos debidos a KLE efectuados a GEDESCO en abril de 2017 según informa el director del tesoro, política financiera y patrimonio de les Illes Balears. Como hemos hecho constar: GEDESCO FACTORING y KLE suscribieron el 21 de febrero de 2017 póliza de cesión de derechos de crédito en virtud de la cual se cedieron diversos derechos de crédito frente a organismos y empresas públicas.

Respecto a la impugnación del inventario, la apelante reclama que no se la considere deudora por la retención de la comisión por impago.

Recordemos que ese crédito nació de acuerdo con el contrato vigente entre las partes. La declaración de concurso fue el 16 de mayo de 2017 y el impago a la apelante acaeció según ella afirma en diciembre de 2016.

TERCERO.- Las cuestiones en liza dependen de la calificación de los contratos de cesión de créditos así como señala La STS nº 650/2013, de 6 de noviembre Jurisprudencia citada STS, Sala de lo Civil, Sección 1ª, 06-11-2013 (rec. 1703/2011), [RJ 2013/7863], distingue entre pignoración de créditos y cesión de créditos *pro solvendo* y reconoce que ello tendrá especial relevancia respecto de la posición del cesionario en el procedimiento concursal del cedente, en relación con el crédito cedido.

La Sala Primera, tras aludir a las posturas que ha mantenido la propia Sala, concede eficacia traslativa a la cesión *pro soluto* y *pro solvendo*: *"El hecho de que en la cesión pro solvendo el crédito cedido lo sea **para pago de una obligación preexistente, y por ello el deudor de esta obligación primitiva no quede liberado sino cuando el cesionario cobre el crédito cedido, no impide el efecto traslativo pleno de la cesión de crédito, de modo que, como afirma la doctrina, "el cesionario es titular del crédito cedido desde que se consintió la transmisión y no desde que se satisfizo el crédito en qué consistía"***.

En esta resolución, después de reconocer la trascendencia de la distinción entre pignoración de créditos y cesión *pro solvendo*, pues sólo en este último caso el cesionario tiene derecho a impedir que el crédito cedido forme parte de la masa activa, el Alto Tribunal casa la sentencia de la Audiencia y estima el recurso de casación, al negar la procedencia de la restitución a la masa del crédito cedido. En suma, considera la Sala Primera que en el supuesto litigioso no se pactó una pignoración de crédito sino una cesión *pro solvendo* con función de garantía de la devolución del crédito contraído por el cedente con el cesionario.

Conviene traer a colación la STS nº 62/2014, de 25 de febrero, [RJ 2014/1404], para insistir en la eficacia traslativa de la cesión realizada *pro soluto* y también *pro solvendo*, en aquel caso con reflejo en el contrato de *factoring*: *"Recientemente, hemos tenido oportunidad de ratificar que la eficacia traslativa de la cesión de créditos opera no sólo cuando haya sido realizada pro soluto, sino también cuando lo es pro solvendo, de tal forma que incluso en el caso de cesión de créditos en factoring con recurso hemos declarado que el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido, pues la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué afectar al efecto traslativo (Sentencia núm. 650/2013, de 6 de noviembre (RJ 2013, 7863), que cita las anteriores Sentencias núms. 80/2003, de 11 de febrero (RJ 2003, 938); 957/2004, de 6 de octubre (RJ 2004 , 5986) y 1086/2006, de 6 de noviembre (RJ2006, 9246)). En el presente caso en que la cesión de créditos se hizo en un factoring sin recurso, es más clara todavía la transmisión plena de la titularidad del crédito. Además, concurre la circunstancia acreditada en la instancia de que esta cesión fue comunicada al dueño de la obra, por lo tanto al deudor del contratista, diez meses antes de que fuera declarado en concurso y antes de que Ferrosol se dirigiera frente al dueño de la obra reclamándole el crédito en virtud del art. 1597 CC "*.

Por último la jurisprudencia también trata la eficacia de la cesión de créditos futuros así la STS nº 650/2013, de 6 de noviembre, [RJ 2013/7863], con reproducción de la doctrina de la propia Sala contenida en la Sentencia 125/2008, de 22 de febrero, [RJ 2008/3048], se refiere a los requisitos que han de concurrir para que pueda dotarse de eficacia a la cesión de créditos futuros: *" Las cesiones de créditos futuros (llamadas "cesiones anticipadas") exigen para su eficacia, como se ha dicho por autorizada doctrina, "que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (artículo 1271 CC), aunque no es indispensable que cuando la cesión anticipada del crédito se concluya se haya ya realizado el contrato o surgido la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor". Al otorgarse la cesión anticipada, el cedente pierde, desde luego, el poder de disposición sobre el crédito, y una eventual cesión posterior sería ineficaz. La efectiva transferencia solo se producirá en el instante del nacimiento del crédito, sin que se requiera un ulterior negocio jurídico ni un acto de entrega o "quasi traditio" específico, y el crédito se transferirá al cesionario con el contenido con que efectivamente nazca. Aunque el tema ha sido discutido, al menos en los casos en que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión -según la opinión doctrinal que parece más fundada- "nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio"*.



Así lo analiza la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº2 de Pontevedra en fecha 02 de septiembre de 2019 (ROJ: SJM PO 997/2019 - ECLI:ES:JMPO:2019:997).Continúa con el análisis de la doctrina:" *En efecto, se diferencia entre los créditos futuros con origen en relaciones jurídicas existentes al tiempo de la cesión y los que nacerán de relaciones jurídicas no constituidas. Para ORTÍ VALLEJO, dentro de los primeros se pueden incluir los créditos futuros que surjan de contratos de tracto sucesivo ya celebrados y que, una vez que se devenguen o nazcan, lo harán en el patrimonio del cesionario sin necesidad de acto jurídico alguno.*

Así, se admite la validez de la cesión global de créditos futuros, tanto si el contrato de factoring tiene por objeto la cesión de los créditos derivados de una determinada actividad empresarial o profesional coincidente como si se refiere a clientes individualizados que ocupan la posición de deudores cedidos de los créditos que se van a transmitir (MARIMÓN DURÁ, "Concurso y derecho de separación. Cesión de créditos", op. cit). "

Por otra parte, como señala la STS nº 650/2013, de 6 de noviembre, [RJ 2013/7863], si ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, los créditos nacerán en cabeza del cesionario, por lo que el cedente pierde la libre disposición sobre el crédito. Con todo, la efectiva transferencia sólo se producirá en el instante en que tenga lugar el nacimiento del crédito que fue objeto de cesión anticipada.

En nuestro caso, de la documentación aportada por la administración concursal, concluimos que se trata de una cesión irrevocable (cfr doc 2 oposición demanda AC).A diferencia de lo analizado en la sentencia, la apelante no promovió una acción ante la jurisdicción contenciosa que la Administración concursal señala como determinante.

En este caso TORO FINANCE SLU:

- comunicó el acuerdo de cesión de facturas (referido a la factura en cuestión doc 5);
- la administración autonómica tomo razón (doc 6) e
- identificó a quien había hecho el pago de la misma (copia de correo electrónico aportado por KLE).

Como documento 3 de la oposición de la administración concursal consta la reclamación previa de TORO FINANCE ante la Conselleria.

Ésta solicitó la compensación ante el juzgado de lo contencioso entre

- el Decreto de 10 de abril de 2017 (dictado por el Juzgado nº6 de Valencia en el recurso 710/2012 interpuesto por KLUH LINAER ESPAÑA SL por importe de 395.416,17 euros en concepto de intereses de demora)y
- la factura B 00961 de 30 de abril de 2016 por importe de 597.112,75 euros abonada por error al cedente del crédito (en vez de al cesionario aquí apelante).

Cumple decir que no consta el traslado a TORO FINANCE SLU en estos autos; s.e.u.o . se dio traslado sólo a la concursada.

Esto es, revisada la documentación obrante en autos efectivamente un auto del Juzgado de lo contencioso nº6 resolvió sobre la controversia entre la Generalidad valenciana y la concursada (bajo el nombre de KLU LINEAS ESPAÑA que ahora es KLE nuestra concursada) .

Dicha resolución dejó expedita la vía de la interposición de otras acciones. El auto literalmente dispone:" ... *Siendo que, si ello ha supuesto un enriquecimiento injusto de la sociedad cesionaria Toro Finance S.L.U., queda expedito para los administradores, concursales o no, de la entidad cedente KLE Servicios Integrales el ejercicio de las oportunas acciones judiciales."*

La propia administración concursal reconoce que "*resulta procedente, como ratifica la Sentencia recurrida, la inclusión del crédito ordinario por importe de 201.696,58 euros, por cuanto el referido Auto del Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 6 de Valencia de fecha 16 de junio de 2017 , comportó la extinción por compensación en cuanto a la cantidad de 395.416,17 euros (debida por la Generalitat Valenciana a la concursada) y la cantidad de 597.112,75 euros (debida por la concursada a TORO FINANCE S.L.U.) resultando en consecuencia un crédito concursal ordinario a favor de TORO FINANCE S.L.U. por la diferencia no extinguida por compensación por importe de 201.696,58 euros.*

Sin perjuicio de que pueda no compartirse el criterio aplicado por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo número 6 de Valencia en su Auto de fecha 16 de junio de 2017 (y no ya tanto por aplicación de las normas la Ley Concursal en materia de compensación, sino incluso por aplicación de las normas de la compensación del Código Civil, que exigen que las posiciones acreedores y deudoras sean recíprocas -y no era el caso-), lo cierto es que la indica resolución judicial tiene, por más que no se comparta, la fuerza vinculante de lo acordado por la autoridad judicial y, en consecuencia, determina necesariamente la situación que debe tener reflejo, tanto



en el Inventario como en la Lista de Acreedores ." Afirmación literal de las alegaciones de la administración concursal.

No procede el efecto extintivo reconocido a un crédito que había salido del patrimonio de KLE cuando se pretende su compensación, ni tampoco que esa pretendida cosa juzgada sea oponible a quien no fue parte en el expediente (PO 710/2012).

Con todo lo expuesto, procede confirmar en parte la desestimación de la demanda en la instancia porque deniega el reconocimiento de crédito contra la masa al resultado de la imputación de pagos derivada de una cesión de créditos anterior a la declaración del concurso. Los efectos transmisivos tuvieron lugar antes de la declaración de insolvencia.

Procede estimar el recurso en cuanto a la impugnación del inventario: Atendida la naturaleza jurídica de los contratos de cesión de crédito, al haberse producido el impago tenían derecho a la adquisición del importe "retenido" como parte del riesgo por la insolvencia de su deudor. El derecho de crédito reconocido a favor de la concursada en el inventario no existe.

CUARTO.- La estimación del recurso implica que no procede pronunciamiento de condena en costas ex art 398 LEC.

Respecto a las de la instancia al estimarse parcialmente la demanda no procede condena en costas ex art 394 LEC.

Asimismo, y de conformidad con lo dispuesto en la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial introducida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre, en su apartado 8, se acuerda la devolución de la totalidad del depósito constituido para recurrir a la parte apelante

En atención a lo expuesto, la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Baleares,

FALLAMOS

ESTIMAR en parte el recurso de Apelación interpuesto por la Procuradora de los Tribunales D^a. María Isabel Juan Danús, en representación de TORO FINANCE SLU, y, en consecuencia, revocamos en parte la Sentencia dictada por el Juzgado de Lo Mercantil nº 2 de fecha 7 de septiembre de 2019, dictada en el incidente concursal nº 30/2017 en concurso voluntario ordinario nº 514/2017.

Procede excluir del inventario de la masa activa, por **no** exigible e inexistente, el crédito por importe de 119.422,55.-€ frente a TORO FINANCE S.L.U.

Sin condena en costas en ninguna de las dos instancias.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.