

Máster de acceso a la abogacía
Universidad de La Laguna
Curso 2017/2018 (III edición)
Trabajo de Fin de máster
Convocatoria: enero

Informe del tutor

Datos de la tutora

Nombre: Prof. Dra. Lourdes V. Melero Bosch
Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa - Área de Derecho Mercantil

Datos del Alumno

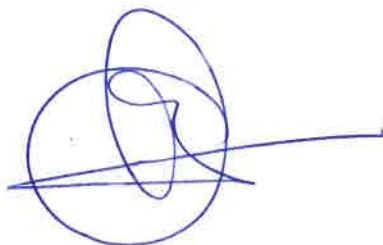
Nombre: Javier Herrero Pou
DNI: 06020861-J

Título del TFM: «Rescisión de un subarriendo verbal en el concurso de acreedores.»

Calificación del tutor Nota (1-10)	8.5
Justificación	
El alumno ha expuesto un problema jurídico concreto que puede encontrarse en el ejercicio profesional de la abogacía, al que ha dado un tratamiento riguroso. Se ha abordado el problema analizando todas las vertientes del mismo, con apoyo legal y jurisprudencial pormenorizado. Se han respetado los aspectos formales requeridos para la realización del TFM.	

Con el presente informe doy mi visto bueno para la presentación de este trabajo.

Firmado:



San Cristóbal de La Laguna, 19 de enero de 2018



Universidad
de La Laguna
Facultad de Derecho



Máster de Acceso a la Abogacía

Ilustre Colegio de Abogados de Santa Cruz de Tenerife

Universidad de La Laguna

Curso 2017/2018

Convocatoria: enero

RESCISIÓN DE SUBARRIENDO VERBAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Javier Herrero Pou

06020861 J

Tutora: Prof. Dra. D^a Lourdes V. Melero Bosch

Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de Derecho Mercantil

ÍNDICE

1. Objeto del dictamen	3
2. Planteamiento del supuesto	4
3. Cuestiones planteadas.....	8
4. Normativa aplicable.....	8
5. Dictamen.....	10
A. Introducción.....	10
B. Existencia de subarriendo verbal	11
C. Cantidades que se pueden reclamar por vía de la acción resolutoria del contrato	17
D. La resolución del contrato en la Ley Concursal	20
E. Calificación concursal de los créditos que se reclaman	26
F. Sobre la posibilidad de obligar al cumplimiento del contrato en interés del concurso	27
G. Otras medidas al margen del concurso	31
6. Conclusiones.....	35
7. Bibliografía.....	39

1. Objeto del dictamen

Este dictamen tiene por objeto informar sobre la posibilidad de rescisión de un contrato de subarriendo verbal de local de negocio en el marco del concurso de acreedores, en respuesta a la solicitud formulada por de la entidad YYY, S.A (en adelante YYY).

Dicha empresa es arrendataria de unas oficinas, que a su vez subarrienda a la mercantil XXX S.A. (en adelante XXX). Dicho subarriendo no consta por escrito, sino que tiene carácter verbal. Este hecho responde a que ambas entidades, entre las que existe vinculación accionarial, celebran habitualmente negocios de esta forma. La vinculación accionarial significa que los accionistas mayoritarios de ambas sociedades son hermanos y que cada mercantil es accionista (mínima) de la otra.

El problema se ha planteado porque XXX no ha pagado la renta (ni las cantidades asimiladas) desde que se inició el subarriendo en septiembre de 2016. El representante de YYY nos indica que XXX ha entrado en concurso de acreedores y la administración concursal no reconoce ni tan siquiera el subarriendo que media entre ambas, sino que defiende la existencia de un precario, negándose además a desalojar las oficinas.

Ante los anteriores hechos, la subarrendadora nos plantea si es posible rescindir el contrato o qué posibilidades tiene de recuperar la posesión de la finca arrendada.

2. Planteamiento del supuesto

A principios de diciembre de 2017, ha venido al despacho el representante de la sociedad YYY, S.A, cliente habitual, de cara a prestarle asesoramiento jurídico.

La empresa YYY, es desde septiembre de 2016 y hasta hoy, arrendataria de un edificio empresarial (edificio Calatrava), que a su vez subarrienda parcialmente a la empresa XXX, S.A. (con la que tiene vinculación accionarial, lo cual ayuda a entender la forma de actuar de YYY en este asunto), anterior arrendataria de dicho edificio. El edificio es propiedad de la empresa TTT.

En este contexto, nuestro cliente nos relata los siguientes antecedentes de hecho:

“El edificio objeto de controversia ha sido (y sigue siendo) el domicilio social de la mercantil XXX desde el año 2000, a través de sucesivos contratos de arrendamiento suscritos con la sociedad TTT.

Desde el año 2010, XXX subarrienda a YYY una parte de las oficinas del edificio, para que esta última desarrolle su actividad. Durante la vigencia de los sucesivos subarriendos no hubo problema alguno para determinar el precio de subarriendo y la distribución de gastos comunes, tal y como acreditan las facturas que XXX emitía para el puntual abono de las mismas por parte de YYY.

Dado que la situación financiera de XXX en agosto de 2016 era de insolvencia inminente, y que adeudaba unas sumas importantes a TTT, la mercantil XXX se enfrentó a la posibilidad de tener que abandonar el que había sido su domicilio social desde el año 2000, ante una imposible renovación de los derechos de uso.

Consecuentemente, si no encontraba una solución, además de los problemas que atravesaba para tratar de salir a flote económicamente, se encontraba con una situación que abocaba a verse desahuciada de su centro de trabajo, lo cual

evidentemente la colocaba en una delicada situación, puesto que se vería desposeída de su sede social, centro de operaciones y centro de trabajo principal.

A 31 de julio de 2016, fecha prevista de terminación del contrato de arrendamiento, constatada la situación de insolvencia de XXX y presentada ya por ésta la solicitud de concurso voluntario, existían obligaciones pendientes de cumplir con la propiedad por parte de XXX, referidas tanto al arrendamiento del edificio Calatrava, como a otros contratos suscritos para alquiler de otras oficinas cercanas, también propiedad de TTT.

Teniendo en cuenta los intereses concurrentes de YYY, con vinculación con el grupo XXX, y que, además, ocupaba espacios en los inmuebles arrendados por ésta, finalizada la vigencia del arrendamiento, la primera manifestó a la propiedad -TTT- el interés en mantener la ocupación de las oficinas. Por ello YYY mostró su disposición, a tales efectos, de liquidar, por cuenta de XXX, las cantidades adeudadas a la propiedad, incluida la ocupación del mes de agosto.

De esta forma en fecha 28 de septiembre de 2016, XXX e YYY suscribieron un acuerdo transaccional con TTT. Es decir, por la existencia de vinculación accionarial entre XXX e YYY, estas acuerdan de manera verbal que YYY satisfaría las deudas de XXX con TTT, y además arrendaría el edificio Calatrava, con la finalidad de poder, a su vez, subarrendárselo a XXX para que pudiera mantener en él su actividad. Es esta la causa de que se firmaran tanto el acuerdo transaccional como el contrato de arrendamiento del edificio Calatrava, este último entre TTT e YYY.

De la lectura conjunta de ambos documentos (acuerdo transaccional y contrato de arrendamiento) se desprende de forma inequívoca que YYY sustituyó a XXX como titular del contrato de arrendamiento, con el objetivo último de subarrendarla, a su vez, las oficinas del edificio Calatrava y mantenerse en la misma situación de facto existente hasta la fecha.

Como evidencia de la intención de subarriendo de YYY (y contrariamente a la práctica habitual en esta clase de contratos, de prohibir expresamente la cesión o subarriendo), el mencionado subarriendo a XXX estaba expresamente previsto en la cláusula OCTAVA del contrato de arrendamiento suscrito entre TTT e YYY. La literalidad de la cláusula establece “(a) *acuerdan que el arrendatario (YYY) podrá subarrendar, parcial o totalmente, el inmueble a XXX*”. Por tanto, se pone en conocimiento de la propiedad que YYY iba a subarrendar a XXX las oficinas objeto del contrato (como ocurrió), y así lo permite aquélla de forma expresa.

A partir de este momento, pese a la finalización del contrato suscrito por XXX, por más que la titularidad del nuevo contrato de arrendamiento pasara a asumirse por YYY dados los problemas económico-financieros de XXX, se mantuvo la situación de ocupación de espacios arrendados llegándose a acuerdos verbales de refacturación entre YYY e XXX, de forma paralela, aunque a la inversa de la situación anterior.

Dichos acuerdos de refacturación seguían la misma dinámica que los años anteriores, en los que XXX era la arrendataria e YYY la beneficiaria del subarriendo. Por tanto, de forma verbal acordaron que, como precio del subarriendo, YYY refacturaría a XXX:

- El 30% de las facturas de renta que abonaba a TTT.
- El 30% del IBI que TTT le repercutía.
- El 30% de los servicios comunes, véase limpieza y seguridad (nocturna y diurna).
- Respecto del suministro de luz, existen contadores diferenciados que permiten que cada empresa pague los gastos que por este concepto genera, si bien el titular del contrato con la empresa suministradora es el arrendatario, en este caso YYY (nuestro cliente).

Pues bien, a pesar de dichos acuerdos, desde la firma del contrato de arrendamiento con TTT en septiembre de 2016 y hasta ahora, YYY ha abonado íntegramente las

facturas devengadas, tanto las referidas a la renta como las emitidas por todos los demás proveedores de servicios (cantidades asimiladas a la renta), pese a que la ocupación y el beneficiario de una parte importante de dichos servicios ha sido XXX.

En resumen y para una mayor brevedad, el total de las cantidades repercutibles a XXX tanto de renta, como de IBI, seguridad, limpieza y luz ascienden a un total de 479.024,70 €, a la fecha de realización de la consulta.

Tras la publicación del **auto de declaración de concurso de acreedores de XXX, dictado en fecha 10 de noviembre de 2016**, dentro del plazo de comunicación de créditos y en respuesta a la circular enviada por la administración concursal de XXX, la mercantil YYY procedió a la comunicación de estos créditos en tiempo y forma.

Pese a ello en el informe de la administración concursal presentado el día 10 de marzo de 2016, no se recoge información alguna sobre los créditos generados en concepto de renta y cantidades asimiladas a la renta. Dentro del informe del administrador concursal no se hace mención alguna al título de posesión/propiedad por el que XXX tiene su sede social en el edificio Calatrava, pero por otro lado se reconoce que las oficinas han sido esas en virtud de sucesivos arrendamientos.

Además, a través de distintas comunicaciones de la administración concursal, y con base en las actuaciones llevadas a cabo por esta, es absolutamente claro que la intención de la administración concursal es que este concurso acabe en liquidación, no habiendo mostrado interés alguno en optar por negociar un convenio concursal.

En conclusión, facilitamos un breve **resumen de los hechos expuestos**, a saber: **i)** XXX ha tenido siempre su sede social en el edificio Calatrava, en virtud de sucesivos contratos de arrendamiento suscritos con la propiedad, refacturando, debido al subarriendo verbal que mediaba entre ambas, a YYY, por ocupación, tanto renta como suministros; **ii)** la mala situación económica y financiera de XXX le impidió renovar el contrato de arrendamiento con TTT, como venía siendo habitual; **iii)** para evitar el

desahucio de su centro de trabajo, acordó con YYY que, por un lado liquidara su deuda con TTT y por otro, arrendara las referidas oficinas; iv) efectivamente, cuando YYY se convirtió en arrendador, y en virtud de lo expresamente pactado por ésta en el contrato de arrendamiento de 28 de septiembre de 2016, subarrendó a XXX las oficinas que ésta estaba utilizando; v) desde entonces (septiembre de 2016) XXX no ha abonado nada por tal ocupación.

Por último, el cliente nos dice que necesita las oficinas cuanto antes (ya que XXX sigue ocupándolas) y que quiere que la administración concursal reconozca su derecho de crédito en el marco del concurso. Además, nos dice que se está planteando cortar la luz y el agua para “hacer presión” a los inquilinos para que desalojen las oficinas, puesto que necesita hacer uso de las mismas.”

3. Cuestiones planteadas

Por tanto, las cuestiones sobre las que se solicita informe son las siguientes:

1. En el marco del concurso de acreedores en que se encuentra XXX, ¿cuál sería la mejor manera de actuar? ¿Se puede desahuciar a XXX del edificio por impago de rentas?
2. ¿Qué ocurre con la reclamación de la renta debida y las cantidades asimiladas a la renta?
3. Otras medidas al margen del concurso de acreedores.

4. Normativa aplicable

La normativa que se debe manejar y aplicar para la resolución del presente supuesto es la siguiente:

- Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC).
- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).
- Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (CP).

- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC).

Toda la normativa consultada es la vigente en septiembre del año 2016, momento de la celebración del contrato, aplicable para el incumplimiento contractual que origina la presente controversia.

Además de dicha normativa, se ha acudido también a lo que señala la jurisprudencia, atendiendo a la jerarquía que existe, dando, por tanto, prioridad a lo establecido por el Tribunal Supremo, seguido de lo establecido por las Audiencias Provinciales o Tribunales Superiores de Justicia. También se hace referencia a la conocida como “jurisprudencia menor”, de algunos Juzgados de 1ª Instancia y de lo mercantil o Juzgados de lo Penal.

5. Dictamen

A. Introducción

A la vista de lo expuesto por el cliente, y a modo de introducción, sentaremos cuál es el enfoque que, a nuestro entender, debe darse al supuesto planteado.

Antes de nada, debemos destacar que ha quedado claro que XXX ha mantenido desde la solicitud de declaración de concurso, tanto su centro de operaciones como su domicilio social en el edificio Calatrava, sin pagar renta o merced alguna pese a los pactos verbales alcanzados con YYY.

Del relato de los hechos se desprende claramente la existencia de tal subarriendo verbal, lo cual no disminuye su eficacia ni implica inexistencia obligacional o imposibilidad de reclamación de sus derechos de crédito por parte de la mercantil YYY.

Si se estableciera lo contrario, carecería de sentido la (aparentemente descabellada) decisión de YYY de asumir la deuda de XXX en el año 2016 y arrendar las oficinas del edificio, manteniendo en la ocupación a la hoy concursada. Únicamente si es para subarrendar a XXX el uso y aprovechamiento de las oficinas, que en la actualidad mantienen, repercutiendo a esta última la renta y cantidades asimiladas, cobra sentido la decisión tomada por YYY en septiembre de 2016. Y todo ello porque, al margen de la cuestión jurídica de fondo y tal y como establece en el relato de los hechos, YYY estaba “haciendo un favor” a XXX, dada la vinculación existente entre ambas.

Por tanto, la falta sistemática del pago de la renta por parte de XXX debe ser calificado como un incumplimiento contractual (motivado, eso sí, por su delicada situación financiera). En ningún caso podemos entender que existe una suerte de liberalidad por parte de YYY cuando permite la ocupación de las oficinas. Mucho menos cuando el arrendamiento de dichas oficinas está suponiendo para YYY un desembolso importante de dinero, y gastos sumamente elevados por suministros de servicios.

No entra en cabeza humana que una sociedad desembolse mensualmente las sumas indicadas en el relato de los hechos con el propósito de mantener la actividad de otra sociedad, ajena a sí, sin recibir contraprestación alguna por ello. Insistimos en que lo único que puede explicar esta forma de actuar es el conocimiento cierto de que se va a recibir una contraprestación económica, es decir que medie una relación contractual que obliga a una parte a poner a disposición de la otra unas oficinas (YYY); y a la otra al pago de una renta mensual, consecuencia de dicha ocupación (XXX).

Las **conclusiones** que se extraen de lo relatado, y por tanto los pasos que deben darse para resolver el conflicto, son claras: **i)** que existe un contrato de subarriendo(verbal) de local entre YYY e XXX, incumplido sistemáticamente por esta última; **ii)** que tanto nuestro Código Civil como la LC establecen una doble consecuencia del incumplimiento contractual: por un lado, la facultad de resolver el contrato, que se concede a la parte cumplidora (YYY); y por otro, el derecho de esta al reconocimiento de los créditos devengados no satisfechos, fruto de ese incumplimiento; **iii)** que procede, por tanto, demandar para rescindir dicho contrato, como consecuencia del sistemático incumplimiento contractual por parte de XXX. Dicha demanda será tramitada como incidente concursal, pues es este el cauce procesal que la LC establece para estos supuestos (ex art. 62.3 LC), puesto que XXX ha sido declarada en situación de concurso de acreedores.

A continuación, pasaremos a informar acerca de la fundamentación jurídica sobre la que se cimentará la eventual demanda de resolución contractual, en el marco del concurso de acreedores. Para ello, primero analizaremos las cuestiones necesarias para que se admita el subarriendo verbal, para, seguidamente, examinar los requisitos para que la acción de resolución contractual dentro del concurso pueda prosperar, todo ello a la luz de la doctrina y de la jurisprudencia más reciente en esta materia.

B. Existencia de subarriendo verbal

La regulación de los contratos en nuestra legislación es clara y exhaustiva. Establece el Código Civil (en adelante CC) en su artículo 1254 “[e]l contrato existe desde que una o varias personas consienten en obligarse, respecto de otra u otras, a dar alguna cosa o prestar algún servicio.”; y seguidamente, en el 1255 CC “[l]os contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.”; redondeando todo esto el 1258 CC “[l]os contratos se perfeccionan por el mero consentimiento, y desde entonces obligan, no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley.”

Dentro del art. 1254 CC tiene absoluta cabida el contrato verbal, como así ha reconocido abundante jurisprudencia (entre otras, Sentencia de la Audiencia Provincial de Lugo de 21/05/1998; Sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia 27/2013 y Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia 333/2012), siempre que la forma que se exija para un determinado tipo de contrato no sea la conocida como “*ad solemnitatem*”.

En palabras de BLASCO GASCÓ¹, “*en el lenguaje ordinario, la palabra contrato se usa muchas veces como sinónimo del documento en que consta, por escrito, el acuerdo y las demás cláusulas estipuladas por las partes, en una suerte de sinécdoque. Otras veces se utiliza la expresión contrato como sinónimo de acuerdo, sea cual fuere el contenido de ese acuerdo. En realidad, hay contrato cuando del acuerdo, conste o no por escrito (salvo que la norma exija una determinada forma) surge, al menos, una obligación para alguna de las partes que la otra pueda exigir, es decir, para cuyo cumplimiento la ley prevea determinadas acciones o remedios. Por eso, por ejemplo, la promesa de matrimonio, aunque esté aceptada, no es un contrato, pues es un acuerdo inexigible (art. 42 CC)*”.

¹ Francisco de P. BLASCO GASCÓ, «Manuales de Derecho Civil y Mercantil», Tirant lo Blanch, 1ª edición 2017

Además, el Tribunal Supremo argumentó en su **Sentencia de la Sala 1ª número 1153/1994**, (que a su vez hace alusión a diversas sentencias del mismo Tribunal: Sentencias de 7 de Diciembre de 1966, 3 de Junio de 1968, 27 de Junio de 1969, 16 de Abril de 1985, 7 de Junio de 1986, 23 de Marzo y 1 de Julio de 1988, 28 de Abril de 1989, 26 de Febrero de 1990, entre otras muchas), que ***”la existencia o inexistencia de un contrato es cuestión de mero hecho y, como tal, su constatación es de la facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuya apreciación, obtenida a través de la valoración de la prueba practicada.”***

En el presente caso, nos encontramos ante un subarriendo, que viene regulado en la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (en adelante LAU), que establece claramente, en su artículo 37 ***“Las partes PODRÁN compelerse recíprocamente a la formalización por escrito del contrato de arrendamiento.”***, siendo por tanto absolutamente innecesario para su validez que el contrato deba ser formalizado por escrito (la ley lo ofrece como posibilidad únicamente). Huelga decir que el subarriendo está expresamente permitido por la LAU: *“el arrendatario podrá subarrendar la finca”* (artículo 32 LAU).

No obstante lo anterior, el artículo 1261 CC establece que son requisitos indispensables para el perfeccionamiento y la validez de cualquier contrato (también el verbal) *“el consentimiento de los contratantes”*; que exista un *“objeto cierto que sea materia del contrato”* y una *“causa de la obligación que se establezca”*. En el relato realizado de los hechos facilitado, se pueden identificar claramente cada uno de estos requisitos.

Es evidente que, como consecuencia de la gran deuda que XXX tenía con TTT (propietaria del edificio Calatrava), se entabló una negociación con YYY en la que ambas sociedades (XXX e YYY) alcanzaron un acuerdo. Consecuencia de dicho acuerdo son tanto el contrato de arrendamiento de 28 de septiembre de 2016 (firmado entre TTT e YYY), como el acuerdo transaccional de idéntica fecha.

Y es que el CC define la prestación del **consentimiento** como *“[e]l consentimiento se*

manifiesta por el concurso de la oferta y de la aceptación sobre la cosa y la causa que han de constituir el contrato” (1263 CC). Es decir, como se ha relatado a lo largo de este informe, la efectiva materialización de los mencionados contratos de 28 de septiembre de 2016 son consecuencia del consentimiento que prestan XXX e YYY en el acuerdo entre ambas, que incluye el subarriendo de las oficinas del edificio Calatrava.

En el mencionado contrato de arrendamiento se establece claramente que el arrendatario (YYY) “***podrá subarrendar, parcial o totalmente, el inmueble a XXX***”. La razón de incluir dicha cláusula no es en interés del arrendador (TTT), sino que evidencia el pacto al que llegaron XXX e YYY, para que esta última le subarrendara a su vez las oficinas. Porque no podemos olvidar que, de no existir este pacto de subarriendo, XXX se hubiera visto desahuciada de su domicilio social y centro de operaciones principal. Es decir, existen claras evidencias de la prestación del consentimiento, encuentro de voluntades y/o aceptación en el contrato verbal que media entre XXX e YYY.

El **objeto** del contrato es definido por la doctrina como “*la realidad social, representación común de las partes, -la materia- sobre la que recae el consentimiento*” (DE CASTRO²). En el caso objeto de este informe lo debemos identificar como el subarriendo de las oficinas del edificio Calatrava por parte del actual arrendatario de las mismas, YYY, en favor de la actual ocupante de dichas oficinas, XXX, cuya ocupación, siempre en virtud de sucesivos contratos de arrendamiento, ha tenido carácter ininterrumpido desde el año 2000.

Para identificar la **causa** del contrato, vamos a tomar la definición mayormente aceptada por nuestra jurisprudencia que considera como causa del negocio *la función económico-social que justifica que un determinado negocio jurídico reciba la tutela y protección del ordenamiento jurídico*, de modo que la causa será la misma en cada tipo

² Federico DE CASTRO Y BRAVO «Derecho Civil de España», S.L. Civitas ediciones, 2008.

de negocio jurídico (por todas, **Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de junio de 2015, núm. 359/15**).

Por supuesto, esta causa siempre tiene una concepción dual (puesto que existen dos partes en cualquier relación bilateral). En el caso de XXX, la causa que motivó el pacto verbal de subarriendo, tal y como se desprende de los hechos expuestos, no es otra que garantizar el mantenimiento de su sede social y centro de trabajo principal: las oficinas que ocupa en el edificio Calatrava. En el caso de YYY, la causa a la que obedece su actuar es obtener el pago del precio en concepto de renta, que dependería de la efectiva ocupación por parte de XXX de las instalaciones.

Habiendo acreditado que concurren todos los requisitos para la validez del contrato de subarriendo acordado entre XXX e YYY, además de acreditar que no se requiere ninguna clase de forma “ad solemnitatem” para su validez, se convierte en primordial la consideración del artículo 1278 CC, según el cual ***“los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurren las condiciones esenciales para su validez”***.

El apartado primero del art. 1257 CC contiene el llamado principio de relatividad del contrato, el cual debe concordarse con el principio de libertad contractual del que expresa el 1255 CC. En virtud de aquel precepto, los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos; salvo, en cuanto a éstos, el caso en que los derechos y obligaciones que proceden del contrato no sean transmisibles, o por su naturaleza, o por pacto, o por disposición de la ley³.

Y, por tanto, desde el momento de la perfección del contrato, es claro que surgen unas obligaciones para cada una de las partes: para YYY la puesta a disposición de las oficinas objeto del arrendamiento, así como el respeto en la posesión; para XXX el pago de todas las cantidades pactadas en concepto de renta. Es esta la obligación que entendemos XXX ha incumplido sistemáticamente, toda vez que no se puede decir que

³ Francisco de P. BLASCO GASCÓ, «Manuales de Derecho Civil y Mercantil», página 79 (en la versión digital)

el incumplimiento tiene su origen en alguno previo por parte de YYY. Esta última ha respetado escrupulosamente todas las obligaciones contraídas.

La figura del precario

Por último, debemos hacer mención de una figura jurídica no recogida en el Código Civil, sino de creación doctrinal y jurisprudencial: el precario. Es necesaria esta mención, para dejar absolutamente claro que no puede incardinarse el presente supuesto de hecho en esta figura. La jurisprudencia define el precario como “*una situación de hecho que implica la utilización gratuita de un bien ajeno, cuya posesión jurídica no nos corresponde, aunque nos hallemos en la tenencia del mismo y, por tanto, la falta de título que justifique el goce de la posesión, ya porque no se haya tenido nunca, ya porque habiéndola tenido se pierda o también porque nos otorgue una situación de preferencia respecto de un poseedor de peor derecho.*” (por todas, **Sentencia AP Islas Baleares 426/2012 de 8 de octubre**). También se ha definido de modo más escueto como una posesión “*tolerada y sin contraprestación*” (**Sentencia AP Coruña 189/2006 de 24 de abril**).

No procede incardinar el objeto de este informe en esta figura, en primer lugar, porque no viene recogida en nuestro Código Civil, si bien ha sido admitida por la jurisprudencia, aunque siempre como último recurso, cuando no cabe incardinar una situación jurídica en ninguna figura de las contempladas en el CC.

Además, con todo lo expuesto hasta ahora, queda del todo acreditado que se debe incardinar la relación que media entre XXX e YYY en la figura (reconocida, aceptada y regulada por nuestro CC y por la jurisprudencia) del contrato verbal de subarriendo, dado que concurren todos los requisitos exigidos en la legislación para su validez y existencia.

Porque en ningún caso se puede entender ni que exista *utilización gratuita* por parte de XXX, puesto que YYY ha venido reclamando las rentas correspondientes a cada uno de los meses de ocupación de las oficinas, lo cual es evidencia clara de su

expectativa de obtener una contraprestación por el subarriendo; ni tampoco que XXX carezca de *título que justifique la ocupación*, pues este es precisamente el contrato de subarriendo que media entre ambas mercantiles, no siendo obstáculo, para la existencia de tal título, su carácter verbal.

Tampoco se puede deducir de lo relatado en este escrito que nos encontremos ante una ocupación *tolerada*, puesto que la relación que mantenían ambas sociedades viene de hace muchos años. Era bien sabido por parte de YYY cuál era la situación de ocupación por parte de XXX, máxime porque desde el año 2010 y hasta septiembre de 2016, la situación era la contraria: XXX era la que subarrendaba a YYY las oficinas. Lo que no es lógico es reconocer que la situación anterior es un subarriendo y ahora decir que estamos ante un precario, simplemente porque a la administración concursal (por las razones que sea) ha decidido no reconocer la realidad contractual y fáctica de este caso.

C. Cantidades que se pueden reclamar por vía de la acción resolutoria del contrato

Una vez acreditada la existencia de un contrato de subarriendo (verbal) que vincula a XXX e YYY, debemos establecer qué conceptos entendemos procede incluir en la eventual demanda de rescisión contractual, como consecuencia del incumplimiento sistemático por parte de XXX.

El artículo 20 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos (LAU) establece que no sólo formará parte del contrato de arrendamiento la renta en sentido estricto, sino que permite incluir también “*los **gastos generales para el adecuado sostenimiento del inmueble, sus servicios, tributos, cargas y responsabilidades que no sean susceptibles de individualización.***”

Esta es la justificación legal de las cantidades que entendemos constituyen la cuantía a que asciende lo que XXX adeuda a YYY. Además, el artículo 250.1.1º de la LEC

vigente nos indica claramente que procede el desahucio tanto por impago de la renta como “*cantidades debidas por el arrendatario*”.

Respecto del IBI que la propiedad ha repercutido a YYY, es posible refacturar la parte proporcional al uso de las oficinas por parte de XXX, al ser considerada una “cantidad asimilada a la renta”. La jurisprudencia es pacífica al admitir que corre por cuenta del arrendatario en la proporción correspondiente a su nivel de ocupación. Así, la **Sentencia del Tribunal Supremo, del Pleno, de 12 de enero de 2007** declaró como doctrina jurisprudencial «*que el impago por el arrendatario del Impuesto de Bienes Inmuebles y de la repercusión por el coste de los servicios y suministros, en arrendamientos de vivienda existentes en el momento de la entrada en vigor de la nueva Ley de Arrendamientos Urbanos de 24 de noviembre de 1994, ha de considerarse como causa de resolución comprendida en el artículo 114-1ª del Texto Refundido de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1964*». Esta posición doctrinal ha sido reiterada en relación con arrendamientos para uso distinto del de vivienda en las **SSTS de 24 de septiembre de 2008, 3 de octubre de 2008, y 10 de marzo de 2010.**

La **Sentencia de Tribunal Supremo de 15 de junio de 2009** seguía la línea iniciada por la STS del Pleno citada, en relación con el IBI, precisando, entre otros extremos que “*la integración del importe del IBI en el concepto de cantidades asimiladas a la renta - a las que se refiere el artículo 114.1 LAU 1964 -, producida con la entrada en vigor de la LAU 1994, implica que no es exigible para que nazca la obligación del arrendatario que el arrendador efectúe una manifestación de voluntad de repercutir el IBI al arrendatario, pues existe la obligación del arrendatario en la medida en que la Ley impone pago de las cantidades asimiladas a la renta. Basta con que el arrendador reclame el IBI al arrendatario, quien tendrá la obligación de asumir su pago salvo que haya operado la prescripción y esta sea alegada*”.

Por tanto, el IBI, como hemos visto, ha sido causa de abundante jurisprudencia, como la ya citada del Tribunal Supremo; pero también los suministros de luz vienen

específicamente previstos en la LAU, que en el mismo artículo 20, en su apartado 3 establece que son “*en todo caso*” por cuenta del arrendatario “(1)os gastos por servicios con que cuente la finca arrendada que se individualicen mediante aparatos contadores.”. Como se ha establecido en el relato de los hechos, los suministros de electricidad se han acreditado mediante facturas de contadores de suministro individuales, correspondientes al espacio que XXX ocupa en el edificio Calatrava.

Tanto los servicios de seguridad como los de limpieza deben ser, también, incluidos dentro de la previsión “*servicios no susceptibles de individualización*” (ex art. 20.1 LAU), puesto que ambas mercantiles se aprovechaban de dichos servicios, no siendo coherente que YYY se haga cargo de la totalidad de los mismos, cuando es XXX, en calidad de subarrendatario beneficiaria (en parte, al menos) de dichos servicios.

Porque lo previsto en el artículo 20 LAU no puede considerarse como “*numerus clausus*”, dado que la jurisprudencia ha ido entendiendo cada vez más conceptos como asimilados a la renta. Como botón de muestra, la **Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 2008**, establece que la falta de pago del IBI faculta al arrendador para resolver el contrato. Posteriormente se fueron dictando otras, **de 15 de junio de 2009**, donde consideran cantidades asimiladas el IBI y los servicios y suministros a los efectos de resolución del contrato. Y en el mismo sentido fijan doctrina las sentencias **de 18 de marzo de 2010, de 30 de abril de 2010, de 20 de julio de 2011**, por el impago de servicios y suministros, hasta contemplar la falta de pago de la tasa de basura como causa de resolución al considerarse dicho importe como cantidad asimilada, en la **Sentencia de 30 de diciembre de 2015**.

Por consiguiente, resulta indiscutible el carácter de renta asimilada del IBI, así como los suministros. En el caso que nos ocupa, los hechos permiten claramente establecer que todos los conceptos que entendemos XXX adeuda a YYY deben ser considerados como cantidades asimiladas a la renta.

D. La resolución del contrato en la Ley Concursal

Una vez acreditada la existencia de una verdadera relación contractual entre XXX e YYY, así como los conceptos incluidos como renta y cantidades asimiladas, debemos analizar la posibilidad de resolver dicho contrato, en el marco del concurso de acreedores, con base en el incumplimiento sistemático por parte de XXX.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal establece como regla general que *“(l)a declaración de concurso, por sí sola, no afectará a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas”* (artículo 61.2 LC), consagrando lo que se conoce como principio de vigencia de los contratos.

Pero este principio, como cualquier principio, no tiene carácter absoluto. Es decir, existen supuestos en que es posible la resolución de los contratos vigentes, en el marco del concurso de acreedores, y así lo prevé la LC. En el artículo 61.2 LC se establece la posibilidad de *“solicitar la resolución del contrato si lo estimaran conveniente al interés del concurso”*, a la que nos referiremos más adelante.

Y es el artículo 62 LC (que lleva por título “Resolución por incumplimiento”) el que con claridad señala que *“La declaración de concurso no afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes. Si se tratara de contratos de tracto sucesivo, la facultad de resolución podrá ejercitarse también cuando el incumplimiento hubiera sido anterior a la declaración de concurso.”*

De la lectura de este artículo podemos extraer la conclusión de que se mantiene la facultad de resolver los contratos sinalagmáticos, siempre que exista un incumplimiento de las obligaciones contractuales por una de las partes, siendo este, por tanto, uno de los límites del mencionado principio de vigencia del contrato.

Ha quedado claramente acreditado por los antecedentes de hecho facilitados, que en el presente caso nos encontramos ante un supuesto evidente de incumplimiento

contractual por parte de la concursada XXX, quien de manera sistemática ha incumplido su obligación de realizar el pago de la renta y cantidades asimiladas a la renta en virtud del contrato de subarriendo que mantiene con YYY.

Antes de continuar, por la mención específica que hace la LC, es necesario detenernos un momento en los llamados contratos de “tracto sucesivo”. El **Tribunal Supremo (Sección 1ª) en su Sentencia núm. 145/2012 de 21 de marzo** los define como “(...) *aquel por el que, un proveedor se obliga a realizar una sola prestación continuada en el tiempo o pluralidad de prestaciones sucesivas, periódicas o intermitentes, por tiempo determinado o indefinido, que se repiten, a fin de satisfacer intereses de carácter sucesivo, periódico o intermitente más o menos permanentes en el tiempo, a cambio de una contraprestación recíproca determinada o determinable dotada de autonomía relativa dentro del marco de un único contrato de tal forma que cada uno de los pares o periodos de prestaciones en que la relación se descompone satisface secuencialmente el interés de los contratantes.*”

En concreto, y en relación con el presente caso, los contratos de arrendamiento y subarriendo han sido considerados por la jurisprudencia como contratos de tracto sucesivo. Así lo establecen, entre otras:

- **Sentencia Juzgado de lo Mercantil 1 de Oviedo núm. 69/2007 de 9 abril:** *Como señala la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección 5ª, de 17-6-2002 (AC 2002, 1275) " la prestación básica del arrendador integra una obligación de hacer, de las llamadas de ejecución duradera, sucesiva, continuada o de tracto sucesivo, cuya facere consiste en proporcionar al arrendatario, durante todo el tiempo de vigencia del contrato, el uso o goce pactado de la cosa arrendada". Tal aserto resulta congruente con la dicción literal del art. 1554 del Código Civil (LEG 1889, 27) , que impone al arrendador, además de la entrega de la cosa, otras dos obligaciones durante toda la vida del contrato, cuales son hacer en la cosa arrendada las reparaciones*

necesarias para servir al fin convenido y mantener al arrendatario en el goce pacífico del arrendamiento. No distinguiendo los arts. 61 y 62 entre obligaciones propiamente dichas y "obligaciones tipo responsabilidad" no procede, a juicio de este juzgador, aplicar tan sutil diferencia y menos aun cuando las consecuencias son tan perniciosas para el arrendador como la imposibilidad de instar la resolución del contrato cuando, declarado el concurso, se incumple sistemáticamente la obligación principal del arrendatario. El art. 61.1 no está pensado para contratos como el de arrendamiento, sino para contratos de ejecución única o instantánea, en los que no puede incluirse el arrendamiento, al que nuestra jurisprudencia no duda en calificar como contrato de tracto sucesivo, pues es obvio que si el arrendatario ha de satisfacer la renta es a cambio del goce pleno y pacífico de la cosa arrendada (SAP Madrid, Sección 12ª, de 23-3-2005 [JUR 2005, 234960]), por ser consustancial a la naturaleza conmutativa y onerosa del contrato de arrendamiento (SAP de Barcelona, Sección 13ª, de 11-12-1997 y 30-4-1999 [AC 1999, 5342] ; en este mismo sentido, SSAAPP de Oviedo, Sección 6ª, de 20-5-2002 ; Sevilla, Sección 5ª, de 18-10-2005 ; Jaén, Sección 1ª, de 12-3-1999; Palencia de 28-1-1997; Pontevedra, Sección 1ª, de 11-12-1997 y Salamanca de 8-10-1998, entre otras), sometido por tanto al régimen del art. 62.1 in fine.

- **Sentencia AP de Burgos sección 3ª, núm. 348/2008 de 5 de noviembre:** *nos parece que un contrato de arrendamiento, por más que en el momento de la declaración del concurso el arrendador haya cumplido su obligación principal, como es la entrega de la posesión de la cosa arrendada, son contratos en los que a lo largo del tiempo se desarrollan obligaciones recíprocas para cada una de las partes, y además son contratos de tracto sucesivo con vocación de permanencia más allá de la fecha del concurso si, como sucede en este caso, la acción resolutoria se ejercita después, por lo que en la fecha de la declaración del concurso el contrato aún se encontraba vigente. (...), al que nuestra*

jurisprudencia no duda en calificar como contrato de tracto sucesivo, pues es obvio que si el arrendatario ha de satisfacer la renta es a cambio del goce pleno y pacífico de la cosa arrendada, sometido por tanto al régimen del artículo 62.1 in fine

Del relato de los hechos podemos concluir claramente que: **i)** ha habido un incumplimiento contractual por parte de XXX; **ii)** que nos encontramos ante un contrato de tracto sucesivo, dado que es un contrato de subarriendo; **iii)** que, por tanto, la LC y la jurisprudencia admiten la facultad de resolver el contrato en cualquier momento del procedimiento, con base en dicho incumplimiento.

Con respecto al derecho a resolver el contrato, la jurisprudencia señala que debe haber un “*incumplimiento intencional por la parte incumplidora*”, es decir que, en vista de los incumplimientos pasados, se haga creer a la parte cumplidora que realmente nunca va a cumplirse dicho contrato.

Esta interpretación implica que el mero incumplimiento de la obligación del pago puede no ser causa de resolución, pero sí cuando puede deducirse claramente que no existe (ni ha existido) intención de cumplir con las obligaciones contractuales. En este sentido, la Audiencia Provincial de Alicante en su Sentencia núm. 220/2013 de 24 de mayo establece: *Siendo así, hemos de traer a colación los principios del Derecho europeo de contratos para hablar de un " incumplimiento intencional por la parte incumplidora (Sentencia de 16 de mayo de 1996 , además de otras como las de 21 de marzo de 1986 , 27 de noviembre de 1992 , 17 de febrero y 10 de julio de 2003) , de manera que "dé a la parte lesionada razones para creer que no puede confiar en el cumplimiento futuro de la otra parte"(artículo.8:103,c) Principios del Derecho europeo de contratos). En definitiva, podemos interpretar el artículo 1124 Código civil en el sentido que se produjo un incumplimiento esencial que privó a la parte perjudicada (...) de la prestación que tenía derecho a esperar según el contrato, además de ser el*

mencionado incumplimiento intencional, dando a la parte interesada razones para creer que no podía confiar en el cumplimiento definitivo " (STS de 10/10/2005).

No hay mero retraso en el cumplimiento de la obligación pues aunque la jurisprudencia "ha venido considerando que el mero retraso en el pago no siempre produce la frustración del fin práctico perseguido por el contrato, porque el retraso no puede equipararse en todos los casos a incumplimiento, en el caso el retraso es claramente un supuesto de incumplimiento determinante que con él se frustra el fin del contrato, como se afirma en las sentencias de 9 marzo y 26 junio 1990, entre otras" (STS de 25/6/2009), tanto más cuando no se ha consignado ni ofrecido el pago ni garantizado el pago de las rentas futuras."

Esta interpretación es absolutamente trasladable al supuesto que nos ocupa, puesto que el incumplimiento sistemático del pago, así como el comportamiento de la administración concursal (ya se ha solicitado al Juez del concurso la apertura de la fase de liquidación) de XXX, nos permite deducir (por no decir tener certeza) que en el futuro el incumplimiento va a continuar y que nunca se van a ver satisfechas las obligaciones contractuales que se derivan del subarriendo que media entre XXX e YYY. Por tanto y puesto que se cumplen todos los requisitos establecidos por la LC y la jurisprudencia, procede en este caso reconocer la facultad de resolver el contrato de subarriendo en favor de YYY.

El incidente concursal: trámite procesal adecuado para este supuesto⁴

El incidente concursal puede ser definido como un proceso declarativo especial de la competencia del Juez del concurso, dotado de sustantividad propia, caracterizado por

⁴ Este apartado es un resumen del Capítulo I del manual del profesor titular de Derecho Procesal de la Universidad de Valencia, Manuel DÍAZ MARTÍNEZ «El incidente concursal: un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores», Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

la plenitud de su cognición y cuya tramitación no produce, como regla general, la suspensión del proceso concursal.

Desde el punto de vista procesal, debemos destacar que el incidente concursal común está dotado de una regulación propia, que adopta un modelo trazado sobre el esquema de una fase de alegaciones escrita, en el que las partes habrán de redactar sus escritos de demanda y de contestación de conformidad con lo dispuesto en los arts. 399 y 405 LEC, respectivamente, y eventualmente de una vista oral, condicionada a la concurrencia de una serie de requisitos, y que se desarrollará en la forma prevista en el art. 443 LEC para los juicios verbales (art. 194.4 LC, reformado por la Ley 38/2011).

Dispone el apartado primero del art. 192.1 LC que *«todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta Ley otra tramitación, se ventilarán por el cauce del incidente concursal»*.

No obstante el carácter residual del incidente concursal que pudiera inferirse del tenor literal de dicho precepto, dicha impresión se desvanece con un mero repaso del articulado de la Ley, del que podrá comprobarse que son muy numerosos los preceptos en los que expresamente se contempla el incidente concursal como el cauce procesal adecuado para la resolución de las cuestiones, de muy distinta índole y complejidad, que surjan durante la tramitación del concurso, siendo, por el contrario, relativamente escasas las que disponen de un procedimiento específico para su resolución, distinto del incidente concursal.

Por tanto, atendiendo al concepto de cuestión incidental contenido en el art. 387 LEC, puede afirmarse que constituyen cuestiones incidentales, en el ámbito concursal, las que, siendo distintas de las que constituyen el objeto principal del concurso, guardan una relación inmediata con éste en la medida en que su resolución condiciona la formación de las masas activa o pasiva y las soluciones concursales, ya sea el convenio, ya sea la liquidación.

Es este el caso ante el que nos encontramos, la LC ha encontrado en el incidente concursal el cauce procesal adecuado para ventilar las acciones resolutorias de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes en el momento de la declaración de concurso por incumplimiento posterior de cualquiera de ellas (ex art. 62.2 LC).

Por último, destacar que los incidentes concursales no suspenden, como regla general, el proceso concursal. Dicha previsión tiene por finalidad lograr la conveniente agilización de las actuaciones y garantizar el normal desarrollo del proceso, evitando los costes e inconvenientes que la paralización del concurso necesariamente ha de producir, así como la utilización fraudulenta del incidente con el único objetivo de dilatar o entorpecer la tramitación del procedimiento.

Ello no obstante, el legislador, consciente de la envergadura de algunas de las cuestiones a dilucidar por los trámites del incidente concursal, admite excepciones a dicha regla general, permitiendo al Juez del concurso, de oficio o a instancia de parte, acordar la suspensión de aquellas actuaciones que estime puedan verse afectadas por la resolución del incidente concursal en tramitación (art. 192.2 LC), supuesto que ha de ser absolutamente excepcional y para cuya adopción el Juez habrá de dictar resolución motivada, que habrá de revestir la forma de auto.

E. Calificación concursal de los créditos que se reclaman

Una vez establecido que la LC reconoce la facultad de resolver el contrato de subarriendo y que esta la ostenta mi mandante, debemos examinar las consecuencias de dicha resolución, que vienen previstas en el apartado 4 del citado artículo 62 LC, que reza así *“(a)cordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de*

concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda.”

Es decir, una vez declarada la resolución del contrato, se deberá proceder al reconocimiento y calificación de los créditos de los que resulta acreedor, consecuencia del incumplimiento que motiva la resolución del contrato.

Como ha quedado acreditado, el efectivo subarriendo tuvo lugar en septiembre de 2016, y dura hasta el día de hoy. Desde entonces, con carácter mensual se ha ido devengando un derecho de crédito a favor de YYY, en concepto de pago de la renta y cantidades asimiladas. En consecuencia, y siguiendo lo establecido en el artículo 62 LC, **debemos calificar las mensualidades de renta y suministros correspondientes a septiembre, octubre y la parte correspondiente a los 9 primeros días de noviembre de 2016, como créditos ordinarios (ex art. 89.3 LC).**

Todos los devengados desde el 10 de noviembre de 2016 hasta la presente fecha deberán ser calificados como créditos contra la masa (ex arts. 62.4 y 84.2.6º LC).

F. Sobre la posibilidad de obligar al cumplimiento del contrato en interés del concurso

Partiendo de la base de que consideramos que no cabe justificar la posibilidad de mantener la vigencia del contrato de subarriendo objeto de este informe (dada la eventual liquidación a la que, a la vista de la información sobre el estado del concurso, parece querer dirigir este concurso la administración concursal), pero siendo un supuesto expresamente contemplado en la propia LC, debemos ahora hacer referencia a la facultad que se concede al Juez de acordar el mantenimiento efectivo (y obligado) del contrato que se quiere resolver. Esta reflexión se hace en base precisamente al evidente perjuicio que pudiera derivarse de dicha apreciación.

La mencionada facultad está prevista en el apartado 3 del artículo 62 LC, cuando

establece que “(a)unque exista causa de resolución, **el juez, atendiendo al interés del concurso, podrá acordar el cumplimiento del contrato, siendo a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado.**”

Es decir, que, con base en este artículo, podría no verse satisfecha la pretensión que nos interesa, de que se resuelva el contrato, y que por tanto es posible que YYY se vea obligada a mantener vigente un contrato sistemáticamente incumplido por parte de XXX.

En primer lugar, el artículo hace referencia al “*interés del concurso*”, concepto jurídico indeterminado, que por ende ha tenido que ser diseñado y definido por la jurisprudencia. En este sentido es pacífica la jurisprudencia cuando afirma que, a pesar de ser indeterminado, debe quedar demostrado y acreditado en todos sus extremos que el mantenimiento de un contrato en concreto es beneficioso para el concurso. Lo contrario sería dejar al arbitrio de la concursada la vigencia de contratos sistemáticamente incumplidos por la misma, en detrimento absoluto del acreedor cumplidor.

En este sentido, la ya citada Audiencia Provincial de Alicante en su Sentencia núm. 220/2013 de 24 de mayo, en el fundamento jurídico tercero, establece: “**Lo cierto es que la invocación del art. 62.3 LC no debe permitir que quede al arbitrio o única voluntad de la concursada el mantenimiento de los vínculos contractuales concertados e incumplidos pues, para ello, es necesario que así lo exija el interés del concurso, lo que debe ser demostrado por la incidencia que dicho vínculo contractual tenga en la viabilidad económica de la entidad apelante, su importancia y trascendencia, y siempre que existan verdaderas y efectivas posibilidades o garantías de hacer honor al compromiso asumido de cumplir con el contrato de que se trate y ello, entendemos, no se ha acreditado en el caso ni ha sido objeto de específica prueba, extremos que es preciso demostrar cumplidamente o razonar en el recurso, y no darlos por supuestos si se quiere obtener un refrendo judicial de acogimiento, tanto más cuando en el caso**

resulta notoriamente contradictorio el interés que se aduce con la ausencia de pago en post de terceros acreedores, dándose además la circunstancia jurídica que, estando aprobado el convenio -sin que conozcamos qué referencia se hace al convenio al cumplimiento de dicha obligación- se ha producido el cese de todos los efectos de la declaración del concurso - art 133 LC - siendo sustituidos por los del convenio y por tanto, de mantener ahora el contrato que está incumplido y respecto del que no consta voluntad de cumplimiento actual e inmediato, lo que estaríamos configurando sería una suerte de financiación o recurso o crédito concedido por el propietario al concursado para financiar el plan de viabilidad, su actividad, en el sentido del artículo 100-5 de la Ley Concursal sin que en realidad exista ya razón legal para imponerlo, y sin que quepa enmascararlo bajo el concepto jurídico indeterminado del " interés del concurso ", que no puede sostener nunca una decisión arbitraria, sino justificada en tanto supone la postergación de los intereses particulares de la actora sobre los de la sociedad concursada."

En el mismo sentido, y resolviendo un supuesto que guarda similitud con este, por la situación del concurso en que se encontraba, se expresa la **Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº.3 Gijón, 250/2016 de 12 de diciembre**, cuando señala *"(e)xcepcionalmente, cabe mantener la vigencia del contrato de arrendamiento a pesar de existir un incumplimiento anterior, sustancial y esencial, que justifique la sanción resolutoria, ex artículo 62.3 de la Ley Concursal , pudiendo el Juez del concurso acordar el cumplimiento del contrato por entender que la continuidad es beneficiosa para el interés del concurso. Pero en este último caso, deben abonarse con cargo a la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado. A esta posibilidad excepcional pretende acogerse la concursada, considerando que el local arrendado es imprescindible para la continuación de la actividad y el único medio para ofrecer garantías a la concursada y a sus acreedores.*

(...) En contra de lo esgrimido por la concursada, no se aprecia en la actuación de la demandada un interés real y fundado en continuar con la actividad para satisfacer las

deudas generadas de sus incumplimientos contractuales, pues no queda plasmado en autos que hubiera planteado una propuesta de convenio anticipado, resultando absolutamente incierto lo que va a ocurrir en un futuro con la Entidad concursada una vez que se abra la fase de Convenio ni, tampoco, que el que pueda presentarse pueda ser aprobado en sede judicial. Ningún interés para el concurso se advierte en el presente supuesto o, cuando menos, ninguno resulta acreditado más allá de tratarse el local arrendado de un bien afecto a la actividad.”

Y también la Sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante 205/2011 de 12 de mayo, cuando señala que “el concepto “interés del concurso” está jurídicamente indeterminado, aunque claramente viene referido a la protección de la masa, la activa y pasiva, en tanto la integridad y contenido patrimonial de la primera se proyecta sobre la mayor posibilidad de cobro de los integrantes de la masa pasiva, es decir, sobre el interés de los acreedores que no es otro que el de la satisfacción de sus créditos en su integridad o en su mayor proporción y mejor condición que es siempre la más próxima a la natural.”

En vista de que la sociedad XXX se encuentra en situación de concurso, y en vista de las últimas actuaciones de que el cliente tiene noticia (en particular la apuesta de la administración concursal por la liquidación como solución del concurso), no parece posible apreciar algún sentido en que podría verse beneficiado el procedimiento concursal, si se obligara al mantenimiento de la vigencia del contrato.

Es cierto que al ser el objeto del contrato de subarriendo las oficinas que constituyen la sede social y centro de trabajo principal de la concursada, podría resultar perjudicial para ella la resolución de dicho contrato. Pero esta tesis se ve absolutamente desprovista de sentido desde el momento en que se abra efectivamente la fase de liquidación, siendo, en ese caso, por tanto, indiferente la resolución del subarriendo. Sólo podría tener sentido que se obligara a YYY a mantener la vigencia del contrato si la concursada tuviera, en palabras de la citada jurisprudencia, *“un interés real y fundado en continuar con la actividad”*.

Lo que es absolutamente claro es cuál sería la consecuencia en caso de mantener la vigencia del contrato de subarriendo, ya que la LC lo establece de forma cristalina que serán “a cargo de la masa las prestaciones debidas o que deba realizar el concursado” (art. 62.3 LC). Es decir, que todos los derechos de crédito a favor de YYY deberán ser calificados como créditos contra la masa, sin importar que el momento del devengo sea anterior o posterior a la declaración del concurso.

G. Otras medidas al margen del concurso

Con base en los antecedentes de hecho facilitados, y las consecuentes cuestiones sobre las que se ha solicitado informe, debemos ahora referirnos a la procedencia (y las eventuales consecuencias) de “agilizar” el desahucio por la vía de los hechos (y al margen de lo que determine el Juez del concurso), cortando el suministro de agua y luz en las oficinas, como ha sugerido el cliente.

Primero conviene establecer que una práctica como la descrita es contraria a la buena fe que se espera en el cumplimiento contractual. Si bien entendemos que la situación de incumplimiento sistemático por parte de XXX es inadmisibles, consideramos también que el corte del suministro de agua y luz no es la forma adecuada de resolver el problema.

Pero no sólo es que no lo consideremos consecuente con la buena fe que exige el Código Civil, sino que podríamos encontrarnos incluso ante la comisión de un delito. Esta forma de actuar ha sido definida por la jurisprudencia y la doctrina como “mobbing” o acoso inmobiliario.

Podemos definir el *mobbing* inmobiliario como un asedio o acoso al inquilino para forzarle a tomar una decisión por él no querida ni deseada, como es la de abandonar la vivienda y/o local que viene ocupando en régimen de alquiler.

Ha sido la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales la que ha determinado que todo hecho que lleve a un inquilino a renunciar de forma no querida a su contrato de

arrendamiento puede convertirse en un acto contrario y, por tanto, perseguido por la norma penal, por vía del delito de coacciones tipificado en el artículo 172 del Código Penal (en adelante CP).

Los requisitos que exige la jurisprudencia para que nos encontremos ante un delito de acoso inmobiliario los encontramos resumidos, entre otras, en la **Sentencia de la AP de Badajoz (Sección 1ª) Sentencia num. 79/1998 de 16 noviembre**, que resuelve un supuesto en el que el arrendador corta el suministro de luz y agua al arrendatario. La Sentencia señala:

“Estamos ante la presencia de un delito de coacciones previsto y penado en el art. 172 del Código Penal. La doctrina establecida por el Tribunal Supremo (Sentencias de 10 abril 1987 [RJ 1987\2555], 28 abril y 12 julio 1988 [RJ 1988\2898 y RJ 1988\6559], 2 marzo, 5 y 12 mayo, 23 noviembre y 4 diciembre 1989 [RJ 1989\2349 y RJ 1989\8705], 12 marzo 1990 [RJ 1990\2457], 13 febrero, 15 abril y 3 julio 1991 [RJ 1991\1023; RJ 1991\2772 y RJ 1991\5521], 26 febrero, 13 y 26 mayo, 8 junio y 24 septiembre 1992 [RJ 1992\1476 y RJ 1992\4012, RJ 1992\4493; RJ 1992\4867 y RJ 1992\7256], 6 noviembre 1993 [RJ 1993\8288], 26 enero, 15 febrero 1994 [RJ 1994\115 y RJ 1994\925], 22 junio 1995 [RJ 1995\4843], 14 noviembre y 20 diciembre 1996 [RJ 1996\8724 y RJ 1996\9662], 21 mayo y 17 noviembre 1997 [RJ 1997\4510 y RJ 1997\8241]) viene exigiendo la concurrencia de los siguientes requisitos típicos : a) una conducta violenta material o intimidativa consistente en imponer lo que la ley no prohíbe, bastando a estos efectos cualquier clase de presión física o moral, incluso la violencia indirecta a través de cosas («vis in rebus») con la finalidad de torcer la libertad de obrar de alguien, y que puede recaer sobre sujetos distintos del pasivo si el temor racional y fundado inspirado a aquéllos incide sobre el sujeto pasivo y disminuye o anula su libertad de actuación; se comete este delito cuando, mediante la fuerza ejercida sobre las cosas de uso o pertenencia de otra persona, se las pone fuera de su alcance y utilización, privándola del goce de las mismas, porque tales actos coartan su libertad ;

b) que tal conducta ofrezca una cierta intensidad en sus manifestaciones coactivas, porque de no ser así aparecería como más adecuada su calificación como falta, aunque no es preciso que la presión intimidatoria sea absoluta e irresistible; c) un ánimo tendencial consistente en el deseo de restringir la voluntad ajena, como se deriva de los verbos «impedir» y «compeler»; d) ilicitud en la actuación, a la vista de la normativa de convivencia social y jurídica que debe regular la actividad del agente.

(...)

El corte de suministro eléctrico ha sido estimado como coacción del art. 496 del Código Penal de 1973 (RCL 1973\2255 y NDL 5670), hoy artículo 172 ya reseñado, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo -Sentencias de 2 diciembre 1948 (RJ 1948\1561), 23 junio y 30 noviembre 1956 (RJ 1956\2061 y RJ 1956\3688), 18 octubre 1990 (RJ 1990\8176) y 849/1994, de 26 abril (RJ 1994\3439) y 6 octubre 1995 (RJ 1995\7043)- . El delito de coacciones se consumó desde el momento en que se impidió a los denunciados su voluntad, con independencia de la duración de la actuación coactiva, o en este caso, que el acusado llegara durante un tiempo a permitir la acometida desde las tomas situadas en la obra, que resultó insuficiente. Se trata de una conducta violenta dirigida al constreñimiento de la voluntad y el resultado y la consumación se producen cuando empleado el medio se ha producido la coerción sobre la voluntad ajena. Existió, aunque el hecho de la carencia de boletines que el acusado retenía fuera posteriormente subsanado por los órganos administrativos competentes que concedieron el suministro, una conducta violenta de contenido material, una fuerza ejercida sobre las cosas, el ánimo tendencial inequívoco y el resultado del impedimento a la voluntad.”

A mayor abundamiento, la **Sentencia del Juzgado de lo Penal de Barcelona núm. 428/2008 de 6 noviembre** establece que la falta de título legítimo para el uso y disfrute del local es indiferente:

“Carece de relevancia en el caso de autos, si los denunciante gozaban o no de título legítimo para residir en la vivienda de la CALLE000 , propiedad de los acusados, en virtud de contrato de arrendamiento (obrante a los folios 6 a 9 de las actuaciones, por cuanto no se discute aquí la existencia o no de dicho título legítimo, asunto a dilucidar en la jurisdicción civil, sino el hecho de si los acusados conocían que los denunciante se hallaban, de hecho, residiendo en dicho domicilio y, por tanto, si con sus actos pretendían forzarles a abandonar el mismo en contra de su voluntad, (...)

Es de significar que se halla confusa la defensa letrada cuando se refiere al hecho que los acusados actuaban, en su caso, amparado por un título legítimo, por ser los propietarios del inmueble (careciendo de éste los denunciante para residir en el mismo), amparándose en el hecho que el art. 172 CP castiga a "el que, sin estar legítimamente autorizado", por lo que a sensu contrario, no serían los acusados culpables, por cuanto, como ya se ha indicado, tal elemento negativo del tipo, se refiere a la ausencia de título legítimo para obrar en forma coactiva, entendiéndose que tal ausencia existe cuando no concurre una causa eximente de justificación, que es frecuentemente la del ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber, que les habilita para el uso legítimo de la violencia, lo que no ocurre en el caso de autos.

El Tribunal Supremo tiene declarado que "la tipicidad de las coacciones precisa la intranscendencia de la justicia o injusticia del fin perseguido pues lo que se sanciona, precisamente, es la utilización de vías de hecho prescindiendo del ordenamiento previsto para la actuación de los intereses propios" (STS 348/2000, de 28-2). Por ello, en el caso debatido, es irrelevante si los acusados tenían o no derecho a exigir que los denunciante abandonaran el inmueble de su propiedad, o si su pretensión era o no razonable dentro de lo previsto en el contrato de arrendamiento, porque en cualquier caso ello debía hacerse efectivo a través del oportuno proceso judicial, ya que el uso de la fuerza en este caso no está permitido por el ordenamiento jurídico. Por lo demás, aun en el caso de llegar a admitir que la finalidad de los acusados era legítima, como

alega la defensa, sin intención maliciosa de coaccionar, basta el dolo genérico de constreñir la voluntad del sujeto pasivo imponiéndole lo que no quería efectuar (STS 30-1-1980 y 19-1-1994), lo que ha quedado acreditado en el caso de autos.”

Es comprensible desde el punto de vista humano querer cortar el suministro de luz y/o agua, dado el absoluto incumplimiento por la empresa XXX, además de la imperiosa necesidad de hacer uso de las oficinas por parte de YYY.

Pero visto desde una óptica estrictamente jurídica sería una imprudencia, dado que una conducta de esas características reuniría todos los requisitos que la jurisprudencia viene requiriendo para una condena penal por delito de coacciones, que incluye penas de multa, pudiendo llegar incluso a la privación de libertad.

Por tanto, se recomienda no optar por la vía de los hechos, y dejar que sea el Juez del concurso el que reconozca la existencia del subarriendo, permita la rescisión del mismo y el consecuente desahucio. Es probable que lleve más tiempo esta vía, pero las probabilidades de éxito son absolutamente favorables, (además de no tener el riesgo de acabar con una condena penal) y se evitaría cualquier posibilidad de cometer un hecho delictivo.

6. Conclusiones

A continuación, y con base en todo lo expuesto, se ofrecen las conclusiones sobre la manera que se considera más adecuada para resolver el problema planteado, de la manera más beneficiosa para los intereses del cliente, la empresa YYY.

En primer lugar, del relato de los hechos, queda más que acreditado que existe un subarriendo entre la empresa XXX y la empresa YYY. Si bien es cierto que dicho subarriendo tiene carácter verbal, esto no es obstáculo para que sea perfectamente válido, vinculante y efectivo.

Como hemos expuesto *supra*, la forma verbal de un contrato está permitida, tanto por el Código Civil, como por la LAU, además de haber sido reconocido abundantemente por la jurisprudencia.

Es cierto que un contrato verbal conlleva unas dificultades probatorias de las que carece un contrato perfeccionado por escrito. Pero en este caso dicha dificultad se traduce simplemente en un mayor abundamiento de la documentación adjunta a la eventual demanda. Porque la única forma de entender la relación que existe entre XXX e YYY es a través de la figura del subarriendo verbal. Y esto no sólo porque la relación de subarriendo se remonta al año 2010 (si bien en posiciones contrarias a las de la actual, esto es XXX como subarrendadora e YYY como subarrendataria), sino también porque el único que no reconoce la situación de subarriendo es la administración concursal: de lo referido por YYY en el planteamiento del supuesto, los antiguos administradores y consejeros delegados de XXX son conocedores de esta realidad.

Una vez determinada la existencia de una vinculación contractual entre XXX e YYY, es evidente el incumplimiento del mismo por parte de XXX, puesto que su obligación principal como subarrendataria es el pago de la renta (y las cantidades asimiladas), y desde septiembre de 2016 que comenzó la relación de subarriendo, no ha abonado el importe de ninguna factura por este concepto.

En virtud de tal relación contractual se ha generado un derecho de crédito a favor de YYY, que resulta exigible. Hemos expuesto en el apartado C del presente dictamen cómo la jurisprudencia viene admitiendo, con base en la propia LAU, como pertinente la reclamación de todas las cantidades asimiladas a la renta. Además, la LEC reconoce que se puede acumular, a la acción de desahucio, la de reclamación de rentas debidas, no siendo necesaria la incoación de dos procedimientos diferentes para obtener la tutela de ambos derechos.

La otra particularidad que ofrece el supuesto planteado en los antecedentes de hecho es que la empresa subarrendataria (XXX) se encuentra en situación de concurso de acreedores.

Como ya se ha expuesto, en el marco del concurso de acreedores opera el principio de vigencia de los contratos, que implica que el concurso de acreedores no afecta al cumplimiento de los contratos. Pero la Ley Concursal también reconoce la facultad de rescindir los contratos sinalagmáticos en caso de incumplimiento de las obligaciones de alguna de las partes, incluso si dicho incumplimiento es anterior al concurso.

Por tanto, dado que en el supuesto que se ha planteado el incumplimiento es evidente, está legitimada la entidad YYY para ejercitar la acción de rescisión contractual. El cauce procesal previsto para el ejercicio de esta acción es el incidente concursal, que se tramitará como pieza separada del concurso.

En dicha demanda incidental se ejercitarán, cumulativamente, tanto la acción de rescisión contractual, con la consecuente solicitud de desahucio, como la reclamación de las cantidades debidas en concepto de renta (y cantidades asimiladas), que en este caso son las devengadas mensualmente desde septiembre de 2016 y hasta el momento de la efectiva resolución contractual (incluyendo las que se devenguen durante la resolución de la demanda). Además, y como consecuencia de la situación de concurso en que se encuentra XXX, habrá de solicitarse la calificación pertinente de los créditos (contra la masa de todos los devengados desde el auto de declaración de concurso; y como créditos ordinarios los anteriores a la declaración del concurso) y su inclusión en la lista de acreedores.

En principio, con los datos con los que contamos, la acción tiene unas previsiones de éxito muy elevadas. El mayor riesgo, que truncaría las pretensiones de YYY de lograr el desahucio de las oficinas, es la posibilidad de que el Juez entienda que es necesario

el mantenimiento del contrato, con base en un presunto “interés del concurso” (ex art. 62.3 LC).

Como ya hemos expuesto, la jurisprudencia requiere una motivación que acredite la existencia de dicho interés, no pudiendo en ningún caso tener carácter arbitrario. Más aún, en los casos en los que las expectativas de un eventual cumplimiento son casi inexistentes (como ocurre en este caso, al no haberse pagado ni 1 una sola mensualidad, además de saber que la administración concursal quiere llevar la empresa a liquidación), no se podrá alegar el interés del concurso para obligar a mantener vigente un contrato absolutamente dañoso para la parte cumplidora.

Además, en el hipotético caso de que se obligara a mantener el contrato, todos los créditos devengados (anteriores o posteriores a la declaración de concurso) serán calificados como créditos contra la masa, con la consecuente obligación de la administración concursal de satisfacerlos a la mayor celeridad.

Por último, y en relación con la posibilidad de cortar el suministro de agua y/o luz con el objetivo de “agilizar” el desahucio, por la vía de los hechos, se desaconseja absolutamente cualquier acción de este tipo. No sólo constituye una vulneración de la buena fe contractual, sino que además puede llegar a constituir (y así lo considera la jurisprudencia) un delito de coacciones, tipificado en el artículo 172 CP.

Por tanto, con base en todo lo expuesto, podemos concluir que la mejor forma de actuar para dar solución al problema planteado es:

- Interponer una demanda ejercitando la acción rescisoria prevista en el artículo 62 LC, que se sustanciará por la vía del incidente concursal.
- En dicha demanda se acumulará a la acción rescisoria, la reclamación de las rentas debidas, así como las cantidades asimiladas a la renta.
- En ningún caso realizar acciones, fuera de la vía judicial expuesta, que pudieran ser calificadas como delito de coacciones, previsto en el CP.

7. Bibliografía

- Francisco de P. BLASCO GASCÓ, «Manuales de Derecho Civil y Mercantil», Tirant lo Blanch, 1ª edición 2017.
- Manuel DÍAZ MARTÍNEZ «El incidente concursal: un instrumento autónomo de la tutela en el concurso de acreedores», Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- Federico DE CASTRO Y BRAVO «Derecho Civil de España», S.L. Civitas ediciones, 2008.