

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

CREDITOS CONTINGENTES

NORMATIVA

87.3 *art. 87.3 LC* “los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución privisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que corresponda a su cuantía y calificación.”

CUESTIONES: ¿PUEDE EL TITULAR DE UN CRÉDITO CONTINGENTE SOLICITAR LA DECLARACIÓN DE CONCURSO NECESARIO DE UN DEUDOR?

SAP MADRID DE 9 DE MARZO DE 2018 Aunque la recurrente ha negado que pudiera considerarse que la actora disponía de un derecho de crédito contra ella, este tribunal ha podido constatar, mediante la documentación incorporada con la solicitud de concurso, que RENO AMUSEMENT SL esgrimía un contrato de arrendamiento suscrito con THEMATIC CENTER LM SLU, unas facturas correspondientes a rentas impagadas por ésta y una reclamación judicial que había planteado contra ella por causa de ese impago. No parece que deba hablarse de que lo que ostentaba la solicitante era una mera expectativa o esperanza de adquirir un derecho, pues disponía de un crédito por rentas impagadas (correspectivo a la posesión del local de la que estaba disfrutando la otra parte). Otra cosa es que existiese contienda judicial al respecto (tanto en lo que se refiere a la reclamación para su pago, como en lo que pueda atañer a la acción de nulidad contractual a la que alude la parte oponente, cuyo resultado estaría por ver), por lo que ese derecho de crédito puede ser considerado a efectos concursales como de carácter contingente. La Ley

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Concursal (en su *artículo 87 de la LC*) prevé la posibilidad de que existan derechos que estén siendo objeto de litigio, por lo que ha establecido categorías tales como la de los créditos contingentes (entre los que figuran, precisamente, los litigiosos). Precisamente, al abordar el tratamiento que un crédito contingente merece en sede de un concurso, el legislador ha establecido que el titular del mismo debe ser admitido como acreedor legitimado en el seno del mismo (*artículo 87.3 de la LC*), estableciendo solamente algunas limitaciones concretas a sus posibilidades de actuación (suspensión de los derechos de adhesión, voto y cobro hasta que se zanje la contingencia). No existía, por lo tanto, un óbice legal para que pudiera instar el concurso de su deudor, aunque sostuviera un paralelo debate con éste sobre su derecho de crédito.

¿EN QUE MOMENTO SE DETERMINA LA CONTINGENCIA?

SJM SAN SEBASTIAN DE 18 DE MAYO DE 2018 Los créditos contingentes litigiosos a los que se refiere la Ley Concursal son los llamados «créditos pendientes» o «créditos por juicios pendientes » a la fecha de declaración de concurso, no al crédito reconocido en la lista de acreedores que sea impugnado sobrevenidamente, que podrá ser litigioso en sentido procesal por estar controvertido judicialmente, pero no por ello es contingente, pues el crédito litigioso que determina la clasificación como contingente es aquel crédito incierto porque su reconocimiento está pendiente de una resolución judicial o arbitral al momento de la declaración de concurso, que es la fecha a la que hay que referir la lista de acreedores.

Especifica la Sala 1ª del TS que "El *art. 87.3 LC* dispone que «los créditos (...) litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la clasificación que corresponda (...)». Esta condición de litigioso la tiene cualquier crédito cuya existencia haya sido

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

directamente cuestionada en un procedimiento judicial, mientras no recaiga una resolución firme o susceptible de ejecución provisional que lo reconozca.

Lo normal es que este litigio sea civil, y que en él se cuestione la existencia del crédito y su exigibilidad por su titular. Pero no existe objeción alguna para que pueda serlo también penal, cuando claramente sea objeto de controversia la validez o existencia del crédito. *STS 20.09.2016 (Sentencia 548/2016; Recurso 213/2014)"*

¿EFECTOS DE REFLEJAR LA CUANTÍA DEL CRÉDITO?

SJM DE LOGROÑO DE 5 DE MARZO DE 2018 en referencia a la fijación en el informe de la suma de 140.301,82 y a si es posible tenerla como suma en todo caso cuando desaparezca la contingencia la respuesta es negativa.

Como dice la **SAP MADRID 23 DE JULIO DE 2017** *"la particularidad de los créditos contingentes deriva de que no nos encontramos ante modificaciones que supongan la inclusión de nuevos créditos que hubieran de ser reconocidos, para las que debe fijarse un momento preclusivo (artículo 97 bis 1 y 2 LC), puesto que se trata de créditos ya reconocidos, sin perjuicio de que aquellas controversias que surjan en relación a los plenos efectos del derecho puedan dirimirse por el cauce del incidente concursal.*

Llegados a este punto hemos de determinar cuáles son los extremos sobre los que puede plantearse controversia, dado que los créditos contingentes reconocidos en la lista de acreedores pueden ser objeto de impugnación.

Según el artículo 96.3 LC la impugnación de la lista de acreedores puede ir referida a la inclusión o exclusión del crédito, a la cuantía o a la clasificación. En el caso de los créditos contingentes, dado que el reconocimiento se efectúa sin cuantía propia (artículo 87.3 LC), la impugnación puede referirse a la

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

misma inclusión o exclusión del crédito, a su naturaleza (en este caso sub conditione), lo que determina su carácter contingente, y a su clasificación, quedando a salvo, por razones obvias, la cuantía del crédito.

Esto resulta relevante porque no cabe plantear controversia sobre ninguno de estos aspectos por quien no impugnó la lista de acreedores en tiempo y forma, conforme a lo dispuesto en el artículo 97.1 LC . Cualquier pretensión al efecto resultaría extemporánea.

Y correlativamente resultaría admisible con posterioridad la controversia que se suscite sobre el cumplimiento de la condición, es decir, sobre la misma concurrencia de este evento, y sobre la cuantía del crédito, ya que el crédito pasa a ostentar la cuantía que le corresponda como si, desde su reconocimiento, hubiera tenido plenos efectos.

Como puede observarse, desde luego que se puede plantear conflicto sobre la cuantía del crédito, no estando vinculado por lo recogido en el informe, pues en todo caso se reconoce el crédito “sin cuantía”, aunque con carácter meramente informativo se pueda recoger alguna cifra sobre el posible crédito. Es por ello que no cabe tener en consideración las afirmaciones de la AC.

Es por ello que conforme al art. 87.3 LECO “ *la confirmación del crédito contingente otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación*”

Elkargui informa de su crédito, que la AC no pone en duda en cuanto a su contenido ni a los conceptos referidos (principal, intereses de demora y comisiones), y pide su reconocimiento como ordinario en toda su extensión y hasta la suma de 188.002,98 euros.

Obviamente el principal debe ser reconocido como ordinario, como no puede

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

ser de otro modo, por la suma dicha impagada de 160.682,34 euros.

El problema surge con los otros conceptos. Al estar ante un crédito ordinario, se debe aplicar el art. 59 LECO que suspende el devengo de intereses desde la declaración del concurso, pues los que se reclaman no están amparados por la extensión a los mismos en caso de garantía real, conforme al 59 y 92.3 LECO.

Como no tenemos los datos exactos, se advierte que la actualización de la cuantía por tales intereses solo se corresponderán con los generados hasta la declaración del concurso, pues los posteriores no pueden devengarse por aplicación del art. 59 LECO, y respecto de los generados hasta la declaración de concurso, serán claramente subordinados por aplicación del art. 92.3 LECO.

En cuanto a las comisiones correrán la misma suerte de subordinación por equivalencia con las sanciones pecuniarias, del art. 92.4 LECO.

SJM 2 DE BILBAO DE 26 DE ENERO DE 2018 Deben acogerse las alegaciones de la AC; los créditos deben reconocerse sin cuantía propia por su condición de contingentes. Así resulta del *art. 87.3 LC* y de la jurisprudencia menor que lo ha interpretado. En efecto, dispone el precepto dicho que " *Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda (¿).*" Y la *SAP de Zaragoza, secc. 5º, de 17 de junio de 2015 (nº 269/2015)*, recordando una sentencia de la Audiencia Provincial de Orense, razona que tal precepto no puede ser interpretado sino en el sentido de que la importe de tales créditos no ha de constar en el informe de la AC. Se expresa la Audiencia Provincial de Zaragoza en los siguientes términos:

"NOVENO .- La Sentencia de la Audiencia Provincial de Orense,

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Sección 1ª, de 10 de julio de 2012, recurso 669/2011 , establece que: "En cuanto a los créditos contingentes resulta de aplicación el artículo 87.3 de la LC . Este precepto señala que " Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación". La referencia a que se harán constar en el informe que carecerán de cuantía propio no puede ser entendida sino que no aparecerán con ningún tipo de cuantía, tan solo una referencia a su existencia, con los efectos referidos en el precepto. En consecuencia estos créditos contingentes deben figurar sin valor alguno en el informe. En ambos casos, Altius y Caixagalicia, se ha computado la cantidad fijada por la concursada dentro de la categoría de créditos contingentes sin que el hecho de que se haya podido determinar su cuantía sea razón que justifique su inclusión con la misma en el informe..."

En todo caso, en el supuesto que nos ocupa la contingencia afecta no sólo a la existencia del crédito sino también a su cuantificación, pues si no se cumpliera el proyecto por la concursada, ésta tendría que devolver el importe de la subvención al Ministerio minorado en las cantidades abonadas por CaixaBank, lo que haría surgir un crédito a favor de ésta cuya cuantía no se puede conocer a la fecha, como la propia impugnante afirma.

Por todo ello debe estimarse parcialmente la impugnación.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

CREDITOS SUBORDINADOS: SUPUESTOS DUDOSOS

A) PERSONAS ESPECIALMENTE RELACIONADAS CON LA CONCURSA.

NORMATIVA : Artículo 92.5º.- " Son créditos subordinados (...)los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican." –

Artículo 93.2º, apartado 1º.- "Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica (...)los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera.

Quando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior." –

Artículo 91.3º.- " Son créditos con privilegio general (...) los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso

JURISPRUDENCIA: *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (s. 15ª) de 11 de diciembre de 2017 (D. José María Ribelles Arellano).*

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Personas especialmente relacionadas con la concursada. Crédito a favor del marido de una socia de la sociedad concursada

1. en reclamación de un crédito de 43000 euros que considera como privilegiado general del art. 91.3 LECO, por servicios de transporte como trabajador autónomo para la concursada, de la que es socia su mujer con una participación del 16,44%. No se discute, en definitiva, su condición de persona especialmente vinculada con el deudor persona jurídica, por ser cónyuge de una socia de la concursada titular de un porcentaje superior al 10% del capital social (artículo 93.2º,1º, en relación con el artículo 93.1º,1º de la Ley Concursal).

Calificado el crédito como subordinado por la administración concursal, el demandante considera que, pese a su vinculación con la concursada, concurre la excepción del artículo 92.5º de la Ley Concursal, dado que el crédito lo es por un concepto diferente al préstamo o a un acto análogo. El crédito, por tanto, debe ser reconocido como privilegiado especial, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 91.3º de la LC (créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente).

3. La administración concursal se opuso a la demanda al entender que la excepción del artículo 92.5º de la LC alcanza exclusivamente a los socios y no a las personas especialmente relacionadas con el concursado por su parentesco con el socio. La norma debe ser interpretada restrictivamente y, en consecuencia, la excepción no puede extenderse a personas distintas al socio persona natural de la concursada.

4.

SEGUNDO.- Calificación del crédito de persona vinculada con socio de la concursada. Artículo 92.5º de la Ley Concursal.

6. Se plantea en este caso la cuestión, de índole exclusivamente jurídica, relativa a la calificación del crédito de quien es persona relacionada con el deudor por razón de su parentesco con un socio de la concursada, cuando el crédito que se insinúa en el concurso no nace de un préstamo o de un acto con

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

una finalidad análoga. Para la resolver dicha cuestión, hemos de tener en cuenta los siguientes preceptos: -Artículo 92.5º.- " Son créditos subordinados (...)los créditos de que fuera titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor a las que se refiere el artículo siguiente, excepto los comprendidos en el artículo 91.1.º cuando el deudor sea persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí se indican." -Artículo 93.2º, apartado 1º.- "Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica (...)los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera.

Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior." - Artículo 91.3º.- " Son créditos con privilegio general (...) los créditos de personas naturales derivados del trabajo personal no dependiente y los que correspondan al propio autor por la cesión de los derechos de explotación de la obra objeto de propiedad intelectual, devengados durante los seis meses anteriores a la declaración del concurso." 7. El demandante admite que es persona especialmente relacionada con el deudor por ser cónyuge de una de las socias de la concursada que ostenta una participación en el capital social superior al 10% (artículo 93.2º, 1º de la Ley Concursal). Sin embargo, aunque el artículo 92.5º considera subordinados los créditos de personas relacionadas con el deudor, el mismo precepto excepciona los créditos salariales del deudor persona natural y los créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios a los que se refiere el artículo 93.2.1.º y 3.º que reúnan las condiciones de participación en el capital que allí

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

se indican. Pues bien, contra lo sostenido por la administración concursal y por la sentencia apelada, entendemos que la excepción del artículo 92.5º alcanza no sólo al socio persona relacionada con el deudor persona jurídica, sino también a quien de igual modo es persona relacionada con el deudor por su vinculación con el socio (en este caso, por ser su cónyuge), siempre, claro está, que el crédito no provenga de un préstamo o actos con análoga finalidad. Con ello no se realiza una interpretación extensiva de la norma, aplicándolo a un supuesto no contemplado en ella, sino que, superando la literalidad del precepto, se llega a la única interpretación lógica y acorde con la razón o su espíritu (artículo 3 del Código Civil). En efecto, el artículo 93.2º,1º de la LC, tras señalar como persona relacionada con el deudor persona jurídica al socio, extiende tal condición a las personas vinculadas con el socio por tener alguna de las relaciones de parentesco del apartado primero del mismo precepto (en este caso, por ser cónyuge del socio). Delimitado el perímetro de las personas relacionadas con el deudor (el socio y sus familiares hasta un determinado grado), el crédito de uno y otros debe merecer el mismo tratamiento. La regla general, con arreglo al artículo 92.5º, es que el crédito se subordina, a salvo las excepciones que el propio precepto contempla, entre las que se encuentra el crédito de los socios con una participación superior al 10%. Estimamos que esa excepción abarca también a las personas vinculadas con el socio, precisamente por estar sujetos al mismo régimen jurídico y sometidos a un mismo tratamiento.

8. Resulta del todo punto ilógico que el crédito del socio con un origen distinto al préstamo escape de la regla de la subordinación y, por el contrario, el crédito del familiar del socio, persona más alejada de la sociedad, con un interés menor y menos responsabilidad en el devenir económico de la empresa, deba ser subordinado. Es cierto que aquél no se menciona en el artículo 92.5º de la LC, que sólo se refiere expresamente al socio, pero hemos de entenderlo comprendido en la excepción al estar mencionado en el artículo 93.2º.1º, precepto al que se remite el artículo 92.5º.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

2º VENTA DE INMUEBLE CON PRECIO APLAZADO POR EL SOCIO. SAP MADRID DE 20 DE JULIO DE 2018

La sentencia de primera instancia, entendiéndose que el aplazamiento del precio en una compraventa es un acto de finalidad análoga a un préstamo, desestimó la demanda por entender que, concurriendo en el socio demandante la condición de persona especialmente relacionada con la concursada por aplicación del *Art. 93-2,1º de la Ley Concursal*, no resultaba aplicable la excepción introducida por la *Ley 38/2011, de 10 de octubre en su Art. 92-5º* en relación con los *"créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad de los que sean titulares los socios"*.

La sentencia de primera instancia calificó como crédito subordinado el de un socio de la declarada en concurso, entendiéndose que el aplazamiento del precio en una compraventa es un acto de finalidad análoga a un préstamo, por lo que desestimó la demanda solicitando que se declarara dicho crédito derivado de una compraventa de bienes inmuebles como dotado de privilegio especial. Recurrida dicha resolución, la Audiencia la confirma sin imposición de costas, pues frente al argumento de que la operación realizada o era una compraventa o un acto o negocio de análoga finalidad al préstamo, no pudiendo ser las dos a la vez, se argumenta por el Tribunal que dicha contraposición es errónea, porque efectivamente se celebró una compraventa, pero, además, hay un pacto de aplazamiento del pago del precio, lo cual significa que el vendedor se comporta como un financiador del comprador y desempeña una función económica análoga a la que lleva a cabo el prestamista, por lo que ha de entenderse dicho pacto de aplazamiento del precio comprendido en el art. 92.5; de la Ley Concursal.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

B PRESTAMOS PARTICIPATIVOS

NORMATIVA: artículo 20 letra c) del Real decreto Ley 7/96 “ en orden a la prelación de créditos , se situarán después de los acreedores comunes “

Artículo 92.2 “ los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de los demás créditos contra el deudor”

JURISPRUDENCIA: SJM PONTEVEDRA 3 DE SEPTIEMBRE DE 2018

”

Un sector doctrinal (COLINO MEDIAVILLA, MARTÍNEZ SANCHIZ) sostiene que la postergación del crédito exige que se incluya en el contrato un pacto por el que se acuerde esta subordinación, ya que en caso contrario el contrato no podrá ser subsumido en el tipo normativo de los préstamos participativos . Otra parte de la doctrina (VELEIRO REBOREDO, FRIGOLA i RIERA, RONCERO SÁNCHEZ) afirma que no será necesario el pacto expreso de subordinación en el contrato de préstamo participativo para que éste sea postergado en caso de concurso, pues la subordinación es consustancial a este tipo de préstamos hasta el punto de que la ausencia de alguno de sus requisitos hace que el contrato no pueda ser clasificado como préstamo participativo; se afirma que la *“...subordinación contractual se produce no sólo cuando las partes incluyan una cláusula de subordinación en un crédito, sino también cuando escojan establecer una relación crediticia mediante una técnica jurídica que lleve aparejada la subordinación »* (GARRIDO, J.M., « Artículo 92», *Comentarios de la Ley Concursal* , ROJO/BELTRÁN, pág. 1663, Aranzadi). Ambas posturas interpretativas coinciden en atribuir a los créditos dimanantes de préstamos participativos la clasificación de subordinados , sin que pudiera admitirse la exclusión voluntaria y pactada de esta postergación en el concurso, ya que ello contravendría una de las notas definitorias de estos préstamos.

En las resoluciones de los Juzgados y Audiencias se encuentran pareceres discrepantes al respecto, si bien de forma mayoritaria se considera que los créditos procedentes de préstamos participativos tienen la condición

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

de subordinados en caso de concurso. A pesar de ello, existen resoluciones que han negado la subordinación de los préstamos participativos - *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 8 de Madrid de 23 de marzo de 2011* , [LA LEY 314030/2011]- , sobre la base de que los supuestos de subordinación concursal están legalmente tasados, al tiempo que queda vedada la posibilidad de efectuar una interpretación extensiva de normas restrictivas de derechos; para este Juzgado, el *artículo 20 letra c) del Real Decreto-Ley debería entenderse tácitamente derogado por la LC* .

Idéntico criterio es el expresado en la SJM nº 1 de Sevilla de 20 de octubre de 2017 en la que se atribuye al *artículo 20.1 c) del Real Decreto Ley 7/1996 de 7 de junio* la configuración de una regla de prelación de los créditos al señalar que los participativos se situarán después de los acreedores comunes, si bien como complemento de la regulación que sobre la materia contienen los *artículos 1921 y ss CC* . La resolución comentada comparte el parecer de la *SAP de Madrid de 24 de marzo de 2017* , [LA LEY 94706/2017], según la cual la regulación de los *artículos 1921 y ss CC* no resultan de aplicación en supuestos concursales , « *tal y como expresamente indica el artículo 1921.2º del Código Civil* , a cuyo tenor "en caso de concurso, la clasificación y graduación de los créditos se regirá por la Ley Concursal »; para el Tribunal, estos preceptos no son de aplicación a supuestos concursales, mas "ello no significa que las disposiciones del Código Civil relativas a la materia y la de aquellas otras normas que las complementan (como el *artículo 20.1c) del RDL 7/1996 (LA LEY 2254/1996)*), hayan quedado sin contenido. Lo que ocurre es su aplicación se restringe a los casos de ejecuciones singulares...", las cuales quedarían sujetas a las disposiciones del Código Civil y del Código de Comercio.

Por su parte, la *SAP de Valladolid nº 221/2012, de 19 de junio* , [LA LEY 97876/2012] considera que la aceptación por las partes de los caracteres inherentes a los préstamos participativos recogidos en el *artículo 20 del Real*

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Decreto-Ley 7/1996 -entre ellos el carácter subordinado respecto de los acreedores comunes- conlleva « *la inequívoca la voluntad de las partes de someter el crédito nacido del préstamo participativo en cuestión a la subordinación propia de dicho negocio jurídico* ». Este criterio es el plasmado en la SJM nº 11 de Madrid de 24 de octubre de 2016, que clasifica los créditos derivados de préstamos participativos como créditos subordinados por su propia naturaleza jurídica; esta resolución, tras sistematizar las dos posiciones existentes en relación a las razones de la subordinación, se decanta por la que se deriva de la mera elección de una relación crediticia mediante una técnica jurídica que lleva aparejada la subordinación; en la misma línea se pronuncia la SJM nº 6 de Madrid de 12 de mayo de 2014.

A este respecto, la confrontación de las dos tesis interpretativas existentes en torno a la subordinación de este tipo de préstamos se expone en la resolución del Juzgado de lo Mercantil nº 11 de Madrid cuando se reconduce la eventual postergación del crédito en el concurso a: i) la existencia de un pacto o cláusula que explícitamente contemple la subordinación; ii) la voluntad de subordinación de las partes expresada de forma implícita por la utilización una determinada figura contractual que legalmente contempla la subordinación, como ocurre en el caso de formalización de préstamos participativos .

La aceptación de una u otra tesis tendrá una indudable trascendencia para la clasificación del crédito en el concurso, puesto que de ello podría depender que la postergación no llegase a producirse en el supuesto de inexistencia de pacto contractual expreso.

El tratamiento concursal del crédito en función de la tesis que se mantenga se constata con facilidad en aquellos supuestos en que la formalización del préstamo participativo no hubiese tenido lugar con un acreedor que pueda ser calificado como persona especialmente relacionada con el concursado. En tal caso y siempre que se considere indispensable un

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

pacto expreso de subordinación, ante la ausencia de este pacto no parece que pudiera admitirse la postergación del crédito en el concurso, pues el crédito carecería de encaje en alguno de los supuestos contemplados en el *artículo 92 LC* . Así, se puede argumentar que este precepto contiene la enumeración de los créditos que han de clasificarse como subordinados y de su lectura se constata la imposibilidad de subsumir los préstamos participativos en el supuesto contemplado en el nº 2, referente a « *los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de los demás créditos contra el deudor* » . Asimismo, no parece correcto incluir los préstamos participativos en la categoría de créditos subordinados del *artículo 92.3 LC* (relativo a recargos e intereses de cualquier clase), salvo que se tratase de los intereses del propio préstamo; idénticas dudas suscita su posible incardinación en última posición, esto es, en una categoría que estuviese precedida por todos los créditos que el legislador ha tipificado como subordinados en el *artículo 92 LC* .

Para dar respuesta a la cuestión es interesante traer a colación la *STS nº 566/2011, de 13 de julio* , [LA LEY 165547/2011], que aborda el análisis de la naturaleza jurídica de los préstamos participativos a partir de lo establecido en el 20 del Real Decreto-Ley 7/1996. Esta resolución, si bien no facilita una definición legal de estos préstamos, sí establece cuáles son sus notas definitorias:

« *De esta norma se desprende que no se altera la naturaleza jurídica de préstamo, sino que se mantiene el principio de responsabilidad patrimonial universal que proclama el artículo 1911 del Código civil por lo que deberá devolver el capital prestado y los intereses pactados, en virtud de la naturaleza de préstamo (artículos 1740 y siguientes del Código civil y 311 y siguientes del Código de Comercio) y si debe aplicarse la prelación de créditos , quedará tras los comunes; lo cual ocurrirá tan sólo en el caso de insolvencia, pues si no se da ésta, la responsabilidad del prestatario es*

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

universal y deberá cumplir la obligación de devolución » .

Cierto es que la resolución mencionada no fue dictada en el marco de un proceso concursal, aunque apunta cuál sería la respuesta que habría de darse a la cuestión planteada en ese escenario hipotético. La Sala Primera reconoce que los préstamos participativos mantienen la naturaleza jurídica de préstamo, si bien precisa a continuación que la postergación - posición subordinada del titular del crédito tras los acreedores comunes- sólo acontecerá en caso de insolvencia del deudor.

La *SAP de Madrid de 24 de marzo de 2017*, [LA LEY 94706/2017], se refiere a la interpretación del contenido de la *STS nº 566/2011*, de 13 de julio [LA LEY 165547/2011] y señala:

"... de la citada resolución no puede colegirse que el artículo 20.1.c) del RDL 7/1996 resulte de aplicación en caso de concurso. Lo que dicha sentencia proclama es que el artículo 20.1 c) del RDL 7/1996 sólo resulta de aplicación cuando es necesario establecer una prelación porque haya una situación de insolvencia. Pero una cosa es que haya una situación de insolvencia y otra distinta es que se haya declarado un concurso".

En efecto, puede existir insolvencia sin declaración de concurso. Ahora bien, la solución ordenada a la situación de insolvencia del deudor común pasa en nuestro ordenamiento jurídico por las reglas del concurso, entre ellas, el sometimiento al orden legal de clasificación crediticia: dentro del concurso, la subordinación de los préstamos participativos se deriva en realidad de la utilización voluntaria de este tipo de negocio jurídico; se afirma que la autonomía de la voluntad en materia de préstamos participativos « sólo podrá operar en aquello no expresamente previsto por el régimen legal existente y en la medida en que no sea contradictoria con el mismo » (SERRANO ACITORES, A., y KOLB, A., «La amortización anticipada de los préstamos

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

participativos », Derecho de los Negocios nº 265, 2012, La Ley, págs. 69-85).

En suma, las notas definitorias de estos préstamos han sido trazadas normativamente hasta el punto de que no parece posible suscribir uno de estos préstamos y pactar la exclusión de su postergación en el concurso. Un amplio sector de la doctrina ha entendido que el régimen legal vigente se aplica imperativamente a los préstamos participativos , por lo que esta denominación queda reservada para los préstamos que cumplen con las características del Real Decreto-Ley 7/1996. Para PALÁ LAGUNA («Algunas cuestiones en torno a la figura del "préstamo participativo" y su nuevo régimen jurídico», Revista de Derecho Bancario y Bursátil, núm. 70, abril-junio 1998, págs. 457-476) se trata de normas de *ius cogens* que sólo dejan a la autonomía de la voluntad los extremos que no estén expresamente normados. Al carácter no dispositivo de los caracteres de los préstamos participativos se refiere GARCÍA-VILLARRUBIA BERNABÉ, «Tres supuestos dudosos de créditos subordinados », PÉREZ BENÍTEZ, J., (Coord.).

Por tanto, si se opta por conceder financiación por medio de préstamos participativos , ello implicará que, en orden a la prelación de créditos , se sitúen después de los acreedores comunes; ello se traduce en su subordinación por pacto contractual, en caso de concurso. Así resulta de la opción voluntaria por esta figura contractual que ha de implicar la aceptación de sus caracteres legales, que algunos autores han calificado de auténticas « *limitaciones impuestas por el legislador* » (SERRANO ACITORES, A., y KOLB, A., op. cit.). Para este sector doctrinal, la subordinación es imperativa y su ámbito natural de aplicación es el concurso de acreedores, aunque debe admitirse su aplicación en cualquier supuesto de concurrencia de acreedores.

Un argumento adicional que abunda en la imperatividad del régimen regulador de los préstamos participativos se desprende de las restricciones impuestas a su amortización anticipada, lo que constituye una inequívoca

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

muestra de la afectación del crédito participativo a la solvencia financiera del deudor (COLINO MEDIAVILLA, J.L. y HERNÁN CARRILLO, V., *Créditos y préstamos participativos*, Contratos de financiación y de garantía, YZQUIERDO TOLSADA (Dir.), Thomson Reuters Aranzadi, 2014, pág. 111-155; también VIÑUELAS SANZ, M., *Los préstamos participativos*, pág. 305-357).

El *artículo 20. Uno, letra b)*, del *Real Decreto-Ley 7/1996* condiciona la posibilidad de amortización anticipada del préstamo por parte del prestatario a su compensación con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos. Si bien esta exigencia pudiera ser excesivamente rigurosa, la literalidad del precepto no arroja dudas y exige que la amortización anticipada vaya acompañada del correlativo incremento de fondos propios.

Con todo, debe reconocerse la existencia de pareceres discrepantes que acuden a una interpretación más restringida del pacto contractual al que se refiere el *artículo 92.2º LC*: se arguye que, en los préstamos participativos, la subordinación no obedece a la voluntad de las partes sino a la del legislador y por ello se sugiere que, ante el carácter sancionador de la norma, se conceda al crédito la clasificación de ordinario; en cuanto a los intereses del préstamo, éstos serían clasificados como subordinados, por aplicación del *artículo 92.3º LC* (MUÑOZ PAREDES, A., *Protocolo concursal*, pág. 523).

La SJM nº 1 de Oviedo de 27 de mayo de 2013 asume esta postura y considera que " *debemos descartar de plano, tanto la equiparación a los intereses (no hay porqué dar el mismo tratamiento al principal del préstamo que a su retribución) como el reconocimiento de un supuesto extraconcursal (la enumeración es numerus clausus, luego, o es posible la subsunción en uno de los tipos del art. 92 o se impondrá calificar el crédito como ordinario, art. 89.3). La configuración como subordinado por pacto contractual no deja de suscitar*

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

dudas, pues la subordinación no obedece a la voluntad de las partes, sino a la voluntad legis, amén de que existe alguna resolución judicial que estima que la cláusula de subordinación no es elemento esencial del negocio (SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 6 de julio de 2009). En la duda, y dado el carácter sancionador de la norma, nos inclinamos por situarlo en el art. 92.5º, siempre que se den los presupuestos subjetivos previstos en la norma. En otro caso, el crédito por principal será ordinario y los intereses subordinado " .

En cambio, ninguna duda suscita la clasificación como subordinado del préstamo participativo concedido por el socio cuya participación en el capital social supere los límites señalados en el *artículo 93.2.1º LC* . Incluso cabría la posibilidad de que, en supuestos de infracapitalización, los socios concediesen a la sociedad préstamos participativos , que serían considerados patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de la sociedad. Si las condiciones subjetivas de concesión del préstamo participativo fuesen las indicadas, el crédito habría de clasificarse como subordinado, de conformidad con el *artículo 92.5º LC* .

A pesar de que se reconoce el carácter controvertido de esta cuestión, se asumen en la presente resolución los argumentos *ut supra* reproducidos, favorables a otorgar en el concurso la clasificación de subordinados por pacto contractual a los créditos procedentes de préstamos participativos . La utilización de este tipo de negocio jurídico conlleva la clasificación de subordinado en el concurso, al tenor de lo establecido en el *art. 92.5º LC* : consta documentalmente acreditado que las partes pactaron en la póliza de fecha 16 de enero de 2013 la suscripción de un préstamo participativo y que, dentro de las condiciones del contrato, se convino el sometimiento a lo establecido en el *artículo 20 del R.D.L. 7/1996* . Por otra parte, en la demanda de incidente concursal se reconoce de modo expreso que el origen del crédito de la actora es un préstamo participativo. Asimismo, las condiciones que se detallaban en el documento de financiación de ENISA -accesible a través de la

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

página web de la actora- incluía la referencia a su consideración de deuda subordinada, " *por lo que su grado de exigencia en situación de insolvencia lo sitúa justo por delante de los accionistas...* ". El desplazamiento del *artículo 20 del R.D.L. 7/1996* al que se refiere la actora en su demanda - por efecto del *art. 1921 CC* , en caso de concurso de acreedores- no puede conllevar que el crédito procedente de estos préstamos pierda la condición de subordinado: se aplicarán, como dispone el *art. 1921 CC* , las normas de clasificación y prelación de créditos de la LC, mas es este texto legal el que clasifica como subordinados los créditos respecto los que así se hubiera dispuesto en virtud de pacto contractual; así se conviene precisamente en el caso de suscripción de un préstamo participativo sujeto, por voluntad de las partes, a las disposiciones del *art. 20 del R.D.L. 7/1996* .

De las anteriores previsiones se desprende, al tenor de la letra c) del mencionado precepto, que los créditos procedentes de estos préstamos " *en orden a la prelación de créditos , se situarán después de los acreedores comunes*". Esta previsión normativa tiene como ámbito natural de aplicación el concurso de acreedores, como respuesta legal a la insolvencia del deudor común. Como señala la *SAP de A Coruña de 16 de marzo de 2017, [ROJ: SAP C 616/2017]*, « *al asignar las partes al préstamo la consideración de participativo el prestamista voluntariamente se sitúa para el cobro de su crédito a continuación de los que, en el contexto normativo anterior a la Ley concursal, se denominaban en general acreedores comunes, tanto para el caso de concurrencia con otros acreedores del prestatario en ejecuciones singulares (Artículos 1925 1929 del CódigoCivil), como en las concursales o colectivas* , a cuya normativa específica sobre clasificación y graduación remite hoy el *artículo 1921 del mismo Código* . **Y un crédito que, por voluntad de las partes, se relega frente a los demás del mismo deudor tiene su encaje en el nº. 2º del artículo 92 de la Ley concursal** » .

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

CREDITO PRIVILEGIADO NO COMUNIDADADO:

NORMATIVA: ART 92.1 LC "Son créditos subordinados: 1.º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas".

JURISPRUDENCIA: SAP BARCELONA 14 DE MAYO DE 2018

3. Son hechos relevantes para resolver la cuestión litigiosa y no controvertidos en esta instancia los siguientes: a) El actor prestó al concursado 48.000 euros el día 27 de junio de 2007. El contrato fue documentado en escritura pública y el préstamo fue garantizado con dos hipotecas sobre dos fincas. Sin embargo, solo se inscribió una de dichas hipotecas, la que grava la finca número NUM000 del Registro de la Propiedad de Castelldefels, la otra no llegó a constituirse por falta de inscripción. El préstamo vencía en tres meses, por lo que debía haber sido pagado el 27 de septiembre de 2007.

b) El día 28 de abril de 2011 (BOE de 8 de junio de 2011) el Juzgado de lo Mercantil nº 4 de Barcelona dictó auto declarado el concurso de JC. Dicho auto fue inscrito en el Registro de la Propiedad de Castelldefels, por lo que, el 13 de septiembre de 2011 el propio Registro procedió a comunicar la declaración de concurso al acreedor cuya hipoteca estaba inscrita.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

c) El acreedor no comunicó su crédito ni impugnó el informe provisional, que no lo había reconocido, por lo que los textos definitivos, presentados el 21 de septiembre de 2012, tampoco lo recogen.

d) El acreedor no comunicó en el concurso su crédito de 48.000 euros hasta el 26 de julio de 2016, con la pretensión de que fuera clasificado como especialmente privilegiado. La administración concursal reconoció el crédito pero lo clasificó como subordinado.

TERCERO.- Créditos no concurrentes.

4. El actor pretende que se clasifique su crédito como especialmente privilegiado, conforme a lo previsto en el art. 90.1.1 LC, al estar garantizado con dos hipotecas. El recurrente entiende que, conforme a lo previsto en el art. 92.1 LC, a pesar de que el crédito se haya comunicado tardíamente, debe reconocerse como tal por tratarse de un crédito hipotecario.

5. En primer lugar, hay que señalar que la hipoteca, como derecho real, no nace hasta que no se inscribe en el Registro de la Propiedad, conforme a lo previsto en el art. 1875 Código Civil y al art. 145 de la Ley Hipotecaria. Por lo tanto, una de las hipotecas no llegó a constituirse válidamente.

6. En segundo lugar, a pesar de que el crédito esté garantizado con una hipoteca inscrita, no le es aplicable la excepción prevista en el art. 92.1 LC, tal y como la interpreta el actor. El citado precepto establece que: "Son créditos subordinados: 1.º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, así como los que, no habiendo sido comunicados, o habiéndolo sido de forma tardía, sean incluidos en dicha lista por comunicaciones posteriores o por el juez al resolver sobre la impugnación de ésta. No quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas".

7. El actor sostiene que conforme a este precepto, a pesar de que el crédito se haya comunicado tardíamente, al tratarse de un crédito con garantía real y reconocido en documento que tiene fuerza ejecutiva, debe ser clasificado como especialmente privilegiado. No podemos compartir esta interpretación. Como ha dicho el Tribunal Supremo, esta excepción solo es aplicable a los créditos no comunicados oportunamente, siempre y cuando se haya impugnado el informe provisional, pero no lo es en aquellos casos en los que la comunicación extemporánea se haya producido después de ese momento, dejando al margen los casos en los que proceda la modificación de los textos definitivos. En este sentido podemos citar la sentencia 655/2016, 4 de noviembre (ECLI:ES:TS :2016:4721), en la que, ante una alegación semejante a la aquí efectuada, el Tribunal Supremo responde lo siguiente: << La alegación no puede ser estimada. Sin necesidad de entrar siquiera en si se está en uno de los supuestos previstos en el art. 86.2 de la Ley Concursal (inclusión necesaria de créditos en la lista de acreedores por parte de la administración concursal), si un acreedor considera que su crédito debió ser reconocido por la administración concursal, bien porque lo comunicó en tiempo y forma, bien porque se trata de uno de los créditos que, conforme al art. 86.2 de la Ley Concursal deben ser necesariamente incluidos en la lista de acreedores, debe impugnar la lista de acreedores por el trámite previsto en el art. 96 de la Ley Concursal. Si deja precluir esta posibilidad y su crédito no resulta incluido en la lista de acreedores que forme parte de los textos fijados con carácter definitivo por el juez del concurso, su crédito será concursal pero no concurrente, con los efectos que hemos expuesto en esta resolución.

La previsión del art. 86.2 de la Ley Concursal supone que la existencia y cuantía de esos créditos no puede ser discutida por la administración concursal, que ha de incluirlos necesariamente en la lista de acreedores, pero no salva las consecuencias negativas derivadas de la falta de comunicación y de impugnación de la lista de acreedores que no los reconozca.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Otro tanto pasa con la previsión del art. 92.1º de la Ley Concursal. Los créditos que se encuentren en esos supuestos no serán calificados como subordinados por el hecho de que su reconocimiento se haya producido en virtud de una comunicación tardía (entre la finalización del periodo previsto en el art. 21.1.5º de la Ley Concursal y la presentación por la administración concursal de los textos provisionales del informe, lista de acreedores e inventario) o mediante la impugnación de la lista de acreedores que no los reconozca, a través del trámite del art. 96 de la Ley Concursal. Pero tampoco salva el problema derivado de su comunicación extemporánea, fuera de cualquier plazo que permita su reconocimiento, tratamiento y pago en el concurso, en calidad de crédito concursal y concurrente.

La interposición, una vez precluida la posibilidad de impugnación de la lista de acreedores, de una demanda en la que se ejercite contra el concursado la acción de contenido patrimonial derivada del crédito, no permite la inclusión del crédito en dicha lista y su reconocimiento en el concurso, ni siquiera como subordinado.>>.

8. En palabras del Alto Tribunal, que unos créditos sean no concurrentes significa que "no [pueden] ser incluidos en la lista de acreedores ni, por tanto, ser satisfechos en el concurso, por haber sido comunicados extemporáneamente, una vez precluidas todas las posibilidades que el procedimiento concursal ofrece para la comunicación y reconocimiento de créditos, siquiera sea como créditos subordinados" (citando a su vez la sentencia 335/2016, de 20 de mayo).

RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

1º Imputación del valor de la garantía en el crédito privilegiado especial.

Sentencia JM León de 4 de febrero de 2016

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

-Objeto: se centra la controversia en la imputación que deba hacerse, de acuerdo con el artículo 90.3 de la LC, a los intereses cubiertos por la garantía hipotecaria que afecta al crédito de la demandante, que invocaba de un lado el artículo 654.3 de la LEC, respecto del orden de imputación de los cobros realizados en un procedimiento de ejecución, y de otro lado el artículo 1.173 del CC, respecto de la imputación de los pagos a los intereses de forma prioritaria al capital. Por su parte, tanto la concursada como la administración concursal consideran que el artículo 92.3º de la LC debe interpretarse como una norma específica de imputación que, de un lado, cierra el recurso a la aplicación de la LEC, por su carácter exclusivamente supletorio, conforme a la disposición final quinta de la LC; y de otro, abona la tesis de imputación secundaria de intereses.

-Resolución: la sentencia desestima la demanda en su integridad, toda vez que el artículo 90.3 de la LC, en el que se establece la delimitación de la parte del crédito cubierta por el valor de la garantía real, debe interpretarse de manera conjunta con el artículo 92.3º, que introduce una norma específica de valoración de tal imputación que resulta disconforme con la interpretación en la que se apoya la demanda.

En efecto, dispone el primer precepto citado que “el privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza”. Y por su parte, el artículo 92.3º de la LC establece que tendrán carácter subordinado los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios, salvo los correspondientes a créditos con garantía real hasta donde alcance la respectiva garantía”.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Y la actora postula en fundamento de su impugnación la aplicación de normativa extraconcurzal de la que resultaría la imputación preferente de intereses sobre el capital respecto de la parte del crédito no cubierta por el valor de la garantía. Y tal como defendían tanto la concursada como la administración concursal, tal manera de interpretar el artículo 90.3 de la LC resulta frontalmente contraria con los criterios legales de graduación crediticia recogidos en los artículos 89 y siguientes de la Ley Concursal, pues implicaría nada menos que otorgar a un crédito por intereses preferencia sobre otro crédito por capital, cuando fuera de la cobertura de la garantía, y de acuerdo con el artículo 92.3º de la LC, el capital tiene asignada calificación ordinaria, mientras que los intereses reciben un trato menos favorable para ser considerado crédito subordinado.

La sentencia considera que las normas invocadas en la demanda en fundamento de la interpretación postulada no pueden resultar de aplicación a un procedimiento concursal, de carácter universal, en la medida en que ello supondría conferir preferencia a un crédito por intereses, que sin la cobertura de la garantía real tendría carácter subordinado, sobre el capital, que en tal caso tendría calificación de crédito ordinario, y sobre el conjunto de los créditos ordinarios, en un contexto de insuficiencia del valor de la garantía para cubrir la totalidad del crédito por el conjunto. Y sólo respecto de los intereses la LC introduce una clara limitación de la excepción a la subordinación de los comprendidos en un crédito con garantía real, por referencia al alcance de la respectiva garantía, que no se contiene de manera específica respecto del capital.

En definitiva, la LC otorga un carácter secundario al crédito por intereses, y por ello la imputación de la parte del crédito hipotecario cubierta por el valor de la garantía debe hacerse con preferencia a aquella parte del crédito que de no darse tal cobertura tendría carácter ordinario

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

. 84.2.3º LC. CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO DERIVADO DE LOS HONORARIOS DE LETRADO DE LA CONCURSADA EN UN PROCEDIMIENTO DECLARATIVO INICIADO CON ANTERIORIDAD A LA DECLARACIÓN DE CONCURSO.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (s. 15ª) de 13 de diciembre de 2017

PRIMERO.- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia 1.- Marcial planteó incidente concursal contra Inmobiliaria Niula, S.L. (Niula) y contra la administración concursal, solicitando que, al amparo del artículo 84.2 de la Ley Concursal (LC), se le reconociera un crédito contra la masa de 12.934'38 €, crédito derivado de los honorarios que prestó como abogado a la concursada en un procedimiento declarativo iniciado con anterioridad a la declaración de concurso.

2.- Niula se allanó a lo pretendido de contrario. La administración concursal se opuso a lo pretendido de contrario y propuso que el crédito de referencia fuera calificado como crédito concursal.

3.- Tras los trámites correspondientes, el Juzgado Mercantil 2 de Barcelona dictó sentencia estimando la demanda incidental y acordando que los honorarios reclamados tuvieran la consideración de crédito contra la masa. Pese a estimarse la demanda no hubo condena en costas.

SEGUNDO. - Hechos necesarios para resolver el recurso.

4.- Para resolver los motivos de apelación planteados por la administración concursal es conveniente fijar los hechos que dan lugar a la demanda incidental: 4.1. Marcial era el abogado de Inmobiliaria Niula en el juicio declarativo ordinario 1365/2012 seguido ante el Juzgado de 1ª Instancia nº 42 de Barcelona. Niula era la demandante y Asemas-Mutua de Seguros a Prima Fija la demandada.

4.2. El 22 de octubre de 2013 se dictó sentencia en primera instancia, estimando la demanda interpuesta por Niula y condenando a Asemas al pago de las costas.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

4.3. La sentencia fue recurrida en apelación por Asemas, recurso que, tras los trámites correspondientes, fue resuelto por sentencia de 14 de enero de 2016, confirmando la sentencia de primera instancia y condenando a la apelante a las costas de la segunda instancia.

4.4. Niula solicitó la declaración de concurso voluntario, acordada por auto de 10 de julio de 2014.

4.5. La administración concursal de Niula solicitó la tasación de costas ante la audiencia provincial, costas que, una vez tasadas y satisfechas, se incorporaron a la masa activa de Niula.

5.- El Sr. Marcial consideraba que los honorarios que, como letrado, debía percibir por el citado recurso de apelación tenían que considerarse un crédito contra la masa, conforme al artículo 84.2.3º de la LC.

TERCERO.- Motivos de apelación.

6.- Recurre en apelación la administración concursal, que reitera los argumentos ya referidos en primera instancia para defender el carácter concursal del crédito.

7.- También recurre en apelación el Sr. Marcial, únicamente en lo referido a la no condena en costas a la administración concursal pese a estimarse la demanda.

CUARTO.- Sobre la admisión del recurso planteado por la administración concursal.

8.- El Sr. Marcial, por medio de un escrito de 13 de enero de 2017, solicitó que se inadmitiera el recurso de apelación interpuesto por la administración concursal, por considerar que el recurso se interponía contra el auto denegando la aclaración solicitada.

9.- El contenido del recurso de apelación planteado por la administración concursal el 19 de diciembre de 2016 (folio 110 de las actuaciones), identifica con claridad que se recurría en apelación la sentencia de 16 de septiembre de 2016, por lo tanto, no cabe duda alguna de que el objeto del recurso era la sentencia y no el auto de aclaración.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

El recurso está bien admitido.

QUINTO. - Sobre la naturaleza de los gastos y costas derivados de la representación y defensa del concursado en procedimientos judiciales distintos del concurso y sus incidentes.

10.- El artículo 84.2.3º de la LC establece que se considerarán créditos contra la masa: «Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos».

11.- La sentencia apelada considera que cualquier costa o gasto judicial vinculado a procedimientos judiciales iniciados antes de la declaración de concurso, es crédito concursal, sin atender al momento en el que hubo de abordarse el gasto judicial correspondiente.

12.- En el supuesto de autos el demandante reclamaba los gastos derivados de la preparación del escrito de oposición a la apelación presentada por Asemas. Tanto la primera instancia de aquel procedimiento declarativo como la segunda instancia se habían desarrollado y concluido antes de la declaración de concurso (hecho no controvertido por ninguna de las partes).

13.- Esta Sección ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre la naturaleza de los gastos y costas que se afrontaron en interés del concurso antes de la declaración de éste. Así en la Sentencia de 20 de diciembre de 2016 (Sentencia 299/2016) hacíamos las siguientes consideraciones: «5. Así pues, han de tener esta clasificación los gastos de asistencia y representación del deudor en los juicios seguidos a instancia del concursado, que continúen después de la declaración de concurso, ya que si la concursada decide desistir, conforme el art. 51 párrafos 2 y 3 LC, los gastos procesales que se hayan generado han de calificarse de concursales. Declarado el concurso la administración concursal que haya sustituido al deudor puede solicitar autorización judicial para desistir del proceso pendiente y si se acuerda, las costas de la parte contraria y los gastos generados por la asistencia y

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

representación del concursado tendrán la consideración de créditos concursales (art. 51.2 LC). Lo mismo sucede cuando, en régimen de intervención, es la administración concursal quien autoriza a la concursada a desistir del juicio (art. 51.3 LC).

6. Ahora bien, las dudas surgen en un caso como el presente, en el que la primera instancia concluye antes de la declaración de concurso, pero el demandado recurre en apelación y la segunda instancia concluye después de declarado el concurso. Tenemos dos posibilidades, la primera, es entender que declarado el concurso el abogado y el procurador mantienen con la concursada un contrato de arrendamiento de servicios en el juicio que continua en interés de la masa, por lo tanto, sinalagmático y de prestaciones pendientes por ambas partes. La concursada o el administrador concursal pueden poner término a dicha relación desistiendo del juicio, en tal caso, el crédito derivado de la asistencia y representación del deudor debería ser clasificado como un crédito ordinario. Ahora bien, siguiendo con dicha argumentación, si deciden continuar, las prestaciones a cargo del concursado deberán hacerse contra la masa por dos motivos. En primer lugar, porque el juicio continua, aunque en otra instancia, conforme establece el art. 84.2.3 LC, y, en segundo lugar, porque esos créditos derivan de un contrato de prestaciones recíprocas pendientes de cumplimiento por ambas partes, art. 61.2 LC. No podemos aceptar esta argumentación. El contrato de prestación de servicios puede ser, como sucede en este caso, de tracto sucesivo, en las que las prestaciones se reproducen a lo largo de su vigencia. En este supuesto, conforme lo previsto en el art. 84.2.6 LC, son a cargo de la masa las prestaciones a cargo del concursado que deban de realizarse después de la declaración de concurso, ya que las anteriores son créditos concursales.

7. La segunda interpretación posible, y que a nuestro juicio es más acorde con el texto del precepto y con la interpretación del art. 84.2.6 LC expuesta, es considerar que los gastos de asistencia y representación de la primera instancia son créditos concursales, ya que la sentencia definitiva de la primera instancia es anterior a la declaración de concurso, mientras que los devengados por la segunda instancia son a cargo de la masa. Ello supone interpretar que art. 84.2.3 LEC se refiere solamente a los gastos generados en

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

las instancias del juicio que continúen después de la declaración de concurso. Esta interpretación la hemos hecho cuando nos hemos referido al crédito derivado de una condena en costas a la concursada en un juicio que continúe después de la declaración de concurso, en este sentido podemos citar la sentencia de esta misma Sección 39/2016, de 24 de febrero (ECLI:ES:APB:2016:1575)».

14.- A la vista de la resolución citada, el criterio de la sección ha sido el temporal, entendiéndose que sólo tendrán la consideración de créditos contra la masa aquellos gastos judiciales que se hayan generado en procedimientos iniciados antes del concurso en los que se hayan realizado actuaciones judiciales tras la declaración de concurso.

En el supuesto de autos la apelación en su integridad se tramitó y resolvió antes de la declaración de concurso, por lo tanto el crédito derivado de la actuación del letrado en la redacción del escrito de oposición debe considerarse un crédito concursal.

No se trata de evaluar si el escrito fue de interés del concurso o si el procedimiento en cuestión tuvo incidencia en la configuración de la masa activa del concurso, se trata de establecer el momento en el que se realizó el servicio.

15.- Por los argumentos anteriores, debe estimarse el recurso de apelación interpuesto por la administración concursal de Niula, revocando la sentencia dictada en primera instancia y estableciendo que el crédito insinuado tiene el carácter de crédito concursal.

SEXTO.- Costas.

16.- Respecto de las costas de primera instancia, objeto del recurso de apelación de Marcial, su recurso dejaría de tener sentido, puesto que al revocarse la sentencia de primera instancia no puede aplicarse el criterio del vencimiento objetivo en materia de costas.

Pese a revocarse la sentencia de primera instancia en cuanto a la cuestión principal, sin embargo consideramos que las circunstancias justifican la no imposición de costas a quien instó la demanda inicial por las dudas de derecho que plantea.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

17.- Esas mismas dudas de derecho permiten, conforme al artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, no imponer las costas de la segunda instancia pese a desestimarse el recurso del Sr. Marcial.

No hay condena en costas de la segunda instancia a la administración concursal