



Roj: **SAP B 7050/2019 - ECLI: ES:APB:2019:7050**

Id Cendoj: **08019370152019101117**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **14/06/2019**

Nº de Recurso: **523/2019**

Nº de Resolución: **1109/2019**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **MARTA CERVERA MARTINEZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

**Sección nº 15 de la Audiencia Provincial de Barcelona. Civil**

Calle Roger de Flor, 62-68 - Barcelona - C.P.: 08071

TEL.: 938294451

FAX: 938294458

EMAIL:aps15.barcelona@xij.gencat.cat

N.I.G.: 0801947120158009642

**Recurso de apelación 523/2019 -3**

Materia: Incidente

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 07 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Incidente concursal impugnación inventario /lista de acreedores ( Art 96 LC ) 116/2018**

**Dimanante de concurso núm. 571/17 UNIPOST S.A.**

Parte recurrente/Solicitante: EMPRESA DE PROMOCIÓ I LOCALITZACIÓ INDUSTRIAL DE CTALUNYA SA (AVANÇSA)

Procurador/a: Irene Sola Sole

Abogado/a: David Clavero Manrique

Parte recurrida: UNIPOST, S.A.U

Procurador/a: Carlos Turrado Martin-mora

Abogado/a: Juan Antonio Borrás Abos

**Cuestiones: impugnación lista de acreedores. Calificación crédito derivado de préstamo participativo.**

**SENTENCIA núm. 1109/2019**

**Composición del tribunal:**

JUAN F GARNICA MARTIN

JOSÉ M<sup>a</sup> RIBELLES ABELLANO

MARTA CERVERA MARTINEZ

En la ciudad de Barcelona, a catorce de junio de dos mil diecinueve.

**Parte apelante:** Promoció i Localització Industrial de Catalunya (Avançsa)

Letrado: David Clavero Manrique.



Procurador: Irene Solà i Solé.

**Parte apelada:** Unipost, S.A.U.

- Letrado: Juan Antonio Borrás Abos.

- Procurador: Carlos Turrado Martín-Mora.

La administración concursal (AC).

**Resolución recurrida:** Sentencia

Fecha: 13 de noviembre de 2018.

Objeto: impugnación lista de acreedores.

Parte demandante: Promoció I Localització Industrial de Catalunya (Avançsa)

Parte demandada: la concursada Unipost, S.A.U. y la Administración Concursal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.** La parte dispositiva de la sentencia apelada es del tenor literal siguiente: FALLO:

"Desestimo la demanda de impugnación de la lista de acreedores formulada por PROMOCIÓ I LOCALITZACIÓ INDUSTRIAL DE CATALUNYA S.A. (AVANÇSA) contra la administración concursal y contra UNIPOST sin hacer imposición de las costas del incidente".

**SEGUNDO.** Contra la anterior sentencia interpuso recurso de apelación Promoció I Localització Industrial de Catalunya (Avançsa). Admitido en ambos efectos se dio traslado a los codemandados, que presentaron escritos impugnándolo y solicitando la confirmación de la sentencia recurrida, tras lo cual se elevaron las actuaciones a esta Sección de la Audiencia Provincial, que señaló votación y fallo para el día 6 de junio pasado.

Actúa como ponente la magistrada MARTA CERVERA MARTINEZ.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO . Objeto del proceso.**

1. Avançsa interpuso demanda de incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores por entender que el crédito reconocido a su favor por importe de 3.390.227,34 euros, que trae causa del contrato de "préstamo participativo con garantía hipotecaria, posposición de rango y sujeto a condiciones iniciales suspensivas" formalizado entre la concursada Unipost y Avançsa el 14 de octubre de 2016 debe calificarse como crédito con privilegio especial, en virtud de lo previsto en el artículo 90.1.1º de la Ley Concursal (en adelante LC), por estar el mismo garantizado con hipoteca inmobiliaria y no como subordinado, tal y como fue clasificado por la administración concursal (en adelante AC).

2. La AC se opuso a la demanda por considerar que el crédito deriva de un préstamo participativo regulado en el RD-L 7/1996 y, en atención a lo dispuesto en el artículo 20 en relación con el artículo 92.2º de la LC , el citado crédito debe calificarse como subordinado.

3. La resolución recurrida, en línea con lo mantenido por la AC, considera que debe calificarse como crédito subordinado puesto que estamos ante un crédito derivado de un préstamo participativo sometido al régimen que regula el artículo 20 del RD-L 7/1996, que sitúa los créditos derivados del mismo detrás de los créditos de acreedores comunes, por lo que estamos ante un supuesto de subordinación convencional.

**SEGUNDO . Motivos de apelación.**

4. La actora recurre en apelación la sentencia de instancia invocando error en el razonamiento jurídico en base a los siguientes argumentos:

1º) Avançsa es una empresa pública de la Generalitat habiendo presentado Unipost una petición para que le sea concedido un préstamo participativo que permita desarrollar su plan de negocio así como atender las necesidades financieras de capital circulante de la sociedad. Por ello el préstamo se destinó a la continuidad de la actividad de la concursada.

2º) Considera que, sin perjuicio de que estemos ante un préstamo participativo, debe prevalecer el destino del importe prestado y la condición de empresa pública de la entidad prestamista frente al tipo de financiación concedida.



3º) Afirma que fue la propia concursada quien interesó la formalización de un préstamo en la modalidad de participativo, puesto que comportan mayores facilidades para su devolución y que, en ningún apartado del préstamo, se estableció expresamente que el crédito tendría la condición de subordinado. Considera que, de conformidad con el criterio seguido por la Sala Primera del Tribunal Supremo, en su sentencia número 224/2016 de 8 de abril de 2016 (recurso 2535/2013), no procede la calificación de crédito subordinado puesto que la finalidad del mismo fue refinanciar la compañía y dotarlo de preferencia mediante la constitución de la hipoteca mobiliaria.

4º) Finalmente, se invoca la aplicación preferente de la Ley Concursal frente al RD-L 7/1996.

5. Los demandados y la AC se han opuesto al recurso de apelación solicitando la confirmación de la sentencia de instancia.

### **TERCERO. De la calificación de los préstamos participativos.**

6. En la Ley Concursal no encontramos una regulación específica sobre el tratamiento de los préstamos participativos en el concurso. La única referencia la encontramos en el artículo 100.2 de la LC cuando hace referencia al contenido de la propuesta de convenio:

*"La propuesta de convenio podrá contener, además de quitas o esperas, proposiciones alternativas o adicionales para todos o algunos de los acreedores o clases de acreedores, con excepción de los acreedores públicos. Entre las proposiciones se podrán incluir las ofertas de conversión del crédito en acciones, participaciones o cuotas sociales, obligaciones convertibles, créditos subordinados, en créditos participativos, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original."*

7. En cuanto a la calificación de los créditos derivados de préstamos participativos debemos partir de la regulación propia de este instrumento financiero. Los préstamos participativos están regulados en el artículo 20 del Real Decreto-Ley 7/1996 donde se describen sus características principales:

a) La entidad prestamista percibirá un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. El criterio para determinar dicha evolución podrá ser: el beneficio neto, el volumen de negocio, el patrimonio total o cualquier otro que libremente acuerden las partes contratantes. Además, podrán acordar un interés fijo con independencia de la evolución de la actividad.

b) Las partes contratantes podrán acordar una cláusula penalizadora para el caso de amortización anticipada. En todo caso, el prestatario sólo podrá amortizar anticipadamente el préstamo participativo si dicha amortización se compensa con una ampliación de igual cuantía de sus fondos propios y siempre que éste no provenga de la actualización de activos.

c) Los préstamos participativos en orden a la prelación de créditos, se situarán después de los acreedores comunes.

d) Los préstamos participativos se considerarán patrimonio neto a los efectos de reducción de capital y liquidación de sociedades previstas en la legislación mercantil.

8. En la LC la norma sobre calificación que se aplica en la sentencia de instancia, en la categoría de créditos subordinados, es la contenida en el apartado 2º del artículo 92 de la LC que establece:

*"Los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el deudor."*

9. Estamos ante un préstamo que, conforme a lo establecido en el RD-Ley 7/1996, de 7 de junio, el prestamista percibe un interés variable que se determinará en función de la evolución de la actividad de la empresa prestataria. Suelen ser préstamos con condiciones flexibles que implican al prestamista en la marcha de la empresa y donde aquél está cerca de la posición jurídica de los socios, de hecho se posponen a los créditos comunes. Se trata de una forma de financiación que no pierde la naturaleza jurídica de préstamo, así se recuerda en la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de julio de 2011 (ECLI:ES:TS:2011:5545):

*"Este es un préstamo y está sometido a las reglas esenciales del mismo, cuya principal obligación es la devolución del principal e intereses en el tiempo pactado. Es decir, cuando una persona, física o jurídica, precisa de un capital, lo puede obtener de muy diversas maneras, pero si lo hace en forma de préstamo, su obligación esencial es la devolución. Lo cual no viene alterado por el artículo 20 del Real Decreto-Ley mencionado y transcrito en líneas anteriores. En dicha norma no se define el préstamo participativo; se dan unas reglas sobre el interés y la optativa cláusula penalizadora y se añade la previsión de que en prelación de créditos (si ésta se plantea) se sitúa después de los acreedores comunes y, además, impone la consideración de fondos propios a los efectos de la legislación mercantil (lo que no obsta a la obligación de devolución del capital prestado)."*



**10.** Si analizamos la escritura de préstamo que nos ocupa podemos afirmar que existe una sumisión expresa de las partes a la regulación contenida en el RD- Ley 7/1996, de 7 de junio, con las consecuencias que éste regula cuál es la posposición del crédito por detrás de los ordinarios y antes de los créditos de los socios. Así consta *"El préstamo tiene carácter de participativo al amparo de la definición prevista al artículo 20 del Real Decreto Legislativo 7/1996, de 7 de junio, de Medidas Urgentes de Carácter Fiscal y Administrativo y de Fomento y Liberalización de la Actividad Económica y legislación vigente correspondiente"* (folio 42 reverso).

**11.** Por lo que, en atención al pacto expreso de las partes en el propio contrato, la calificación del crédito derivado del mismo debe seguir la que corresponda a los préstamos participativos que, de conformidad con la posposición de créditos prevista en el artículo 20 del RD-Ley 7/1996 y lo dispuesto en el artículo 92.2 LC , será la de subordinado.

**12.** La calificación como crédito subordinado ha sido aceptado pacíficamente por la doctrina mientras que la cuestión no ha sido debatida jurisprudencialmente por cuanto, entendemos, era pacífico que, en el ámbito extraconcursal el crédito del préstamo participativo se posponía a los acreedores comunes, y en el concurso a los acreedores privilegiados y ordinarios, mereciendo la calificación de subordinado por aplicación del artículo 92.2 LC . Se ha pronunciado a favor de esta interpretación la Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (sección 3.ª) de 19 de junio de 2012 y la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de San Sebastián de 15 de enero de 2016 .

**13.** También en esta sala hemos aceptado la calificación como crédito subordinado en alguna resolución, donde, si bien no se cuestionaba directamente aquélla, era claramente aceptada como un supuesto de reintegración concursal. En la Sentencia de 30 de junio de 2016 (Roj: SAP B 6117/2016 - ECLI:ES:APB:2016:6117) se decía:

*"18. El incremento del pasivo en la lista de acreedores adjunta al informe de la AC por cuantía de 8.907.260 euros, con la calificación de subordinado, a favor de MONESA, y correspondiente a un préstamo participativo por ella concedido que vence en el año 2016, no es un argumento que respalde la solución propuesta por los demandantes. Aunque sea subordinado y no esté vencido a la fecha de la lista de acreedores ha de ser incluido en ella ( art. 94.2 LC ) ya que en todo caso debe pagarse a su vencimiento, lo cual afectará al cumplimiento del convenio o a la liquidación, y el hecho de que no esté vencido no lo excluye sin más de la lista de acreedores; conforme al art. 19.2 LC el acreedor con crédito no vencido está legitimado para solicitar el concurso, de modo que dicho crédito conforma también la masa pasiva, y en caso de liquidación se producirá su vencimiento anticipado ( art. 146 LC )."*

**14.** No podemos desconocer que ha habido un criterio contrario al expuesto, primero, por la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 8 de Madrid de 23 de marzo de 2011 y, más recientemente, la Sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 24 de marzo de 2017 , invocada por la recurrente. De forma muy resumida, los argumentos de la referida resolución son: (i) las normas de subordinación de la LC deben aplicarse e interpretarse de manera restrictiva partiendo del principio de igualdad de trato que rige en la LC; (ii) que el RD-L 7/1996 se aplica a la prelación de créditos extra concursal del artículo 1921 y ss del CC y en el mismo no se habla de créditos subordinados y (iii) que de la Sentencia del Tribunal Supremo número 566/2011, de 13 de julio no puede colegirse que el art. 20.1.c) RDL 7/1996 sea de aplicación a situaciones concursales.

**15.** No podemos compartir los argumentos dados en la sentencia citada en base a las siguientes consideraciones:

1º) Estamos ante un tipo de financiación regulado en el RDL 7/1996, norma que prevé de forma expresa la subordinación de los créditos derivados del mismo. El prestamista tiene una posición especial y similar a la de los socios por cuanto participa en la sociedad, por lo que se le asimila a una persona especialmente relacionada, lo que justifica que expresamente acepte posponer su cobro al de los acreedores comunes. Por ello, una vez que las partes llevan a cabo una financiación y acuerdan expresamente someterse, sin reservas, a lo regulado en el RD-L 7/1996, son conscientes de que están utilizando un instrumento que, por ley, supone la subordinación de sus créditos. Por ello, del RD-Ley 7/1996 se deriva claramente la subordinación de los créditos derivados del préstamo participativo puesto que cobrarán después de los acreedores comunes, tal y como resulta de la redacción del artículo 20.1c ).

2º) Es cierto que el artículo 20.1.c) habla de "acreedores comunes" y no de "acreedores ordinarios", pero no podemos desconocer que cuando entra en vigor el RD-Ley 7/1996 la terminología utilizada coincidía con la regulación de la quiebra, así el artículo 913 del CCom de 1885 hablaba de "acreedores comunes", por lo que la doctrina afirmaba que también resultaba de aplicación a situaciones concursales y no solo fuera del concurso, en la prelación contenida en los artículos 1921 y siguientes del CC .



3º) Pero, además, la entrada en vigor de la LC no ha supuesto una derogación del RD-Ley 7/1996, puesto que no se menciona entre las normas afectadas en la Disposición Derogatoria Única. De la normativa de la LC no podemos deducir una derogación tácita de la citada norma, debiendo recordar que la STS de 13 de julio de 2011 (ROJ:STS 5545/2011-ECLI:ES:TS:2011:5545), posterior a la entrada en vigor de la LC, que se refiere a un supuesto de devolución de préstamos participativos, indica que "(...) 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 universal y deberá cumplir la obligación de devolución". Se acepta por el Tribunal Supremo que la posposición de créditos es de aplicación en caso de insolvencia, momento en el que se produce el efecto legal de que el crédito se pospone a los acreedores comunes, insolvencia que como es sabido concurre en el caso del concurso de acreedores.

4º) En todo caso, carecería de sentido que el crédito derivado de un préstamo participativo fuera del concurso se relegara su pago tras los acreedores comunes (véase ordinarios) y dentro del procedimiento concursal mejorara su calificación por delante de éstos.

16. Tampoco podemos compartir, como pretende el recurrente, que en la medida que el destino del préstamo fue la continuidad de la compañía en atención al criterio seguido en la STS de 8 de abril de 2016 no procedería la calificación de crédito subordinado. Debemos estar, como hemos indicado, al tipo de contrato firmado y a la propia sumisión de las partes al RD-L 7/1996 que lo regula, el cual al no haber sido derogado por la actual norma concursal resulta de aplicación, por lo que debe confirmarse la sentencia y la calificación de crédito subordinado del derivado del préstamo participativo de autos.

#### **CUARTO. Costas.**

17. Conforme a lo que se establece en el art. 398 LEC, procede hacer imposición de las costas al apelante, al haber sido desestimado el recurso.

#### **FALLAMOS**

Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Promoció i Localització Industrial de Catalunya (Avançsa) contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 7 de Barcelona de fecha 13 de noviembre de 2018, dictada en las actuaciones de las que procede este rollo, que confirmamos. Se imponen las costas del recurso al apelante con pérdida del depósito para recurrir.

Contra la presente resolución podrán las partes legitimadas interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación. Además, se debe constituir, en la cuenta de Depósitos y Consignaciones de este Órgano judicial, el depósito a que se refiere la DA 15ª de la LOPJ reformada por la LO 1/2009, de 3 de noviembre.

Remítanse los autos originales al Juzgado de procedencia con testimonio de esta sentencia, una vez firme, a los efectos pertinentes.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.