



Roj: **SAP B 11733/2020 - ECLI:ES:APB:2020:11733**

Id Cendoj: **08019370152020102349**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Barcelona**

Sección: **15**

Fecha: **24/11/2020**

Nº de Recurso: **1100/2020**

Nº de Resolución: **2504/2020**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO**

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

N.I.G.: 0801947120188004195

**Recurso de apelación 1100/2020-1ª**

Materia: Incidente

**Órgano de origen: Juzgado de lo Mercantil nº 08 de Barcelona**

**Procedimiento de origen: Incidente concursal impugnación inventario /lista de acreedores ( art.300 LC ) 65/2018**

Parte recurrente/Solicitante: COMERCIO DIGITAL, S.A.

Procurador/a: Juan Alvaro Ferrer Pons

Abogado/a: Sandra Liñeira Sánchez

Parte recurrida: SOCIEDAD ESTATAL EMPRESA NACIONAL DE INNOVACIÓN, SA (ENISA), ( Administrador concursal) Efrain

Abogado del Estado

Cuestiones.- Impugnación lista. Calificación en el concurso del crédito participativo.

**SENTENCIA núm.2504/2020**

Ilmos. Sres. Magistrados

DON JUAN GARNICA MARTÍN

DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO

DOÑA MARTA CERVERA MARTÍNEZ

En Barcelona a veinticuatro de noviembre de dos mil veinte.

**Parte apelante:** COMERCIO DIGITAL S.A.

**Parte apelada:** EMPRESA NACIONAL DE INNOVACIÓN S.A. (ENISA)

Administración concursal

**Resolución apelada:** Sentencia

-Fecha: 1 de octubre de 2019



-Demandante: COMERCIO DIGITAL S.A.

-Demandada: EMPRESA NACIONAL DE INNOVACIÓN S.A. (ENISA) y la administración concursal.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El fallo de la Sentencia apelada es del tenor literal siguiente:

" *Estimo en parte la demanda incidental interpuesta por la sociedad de capital deudora COMERCIAL DIGITAL S.A. y, en consecuencia, dispongo:*

*Modificar la cuantía de la liquidación de intereses que había sido realizada por la administración concursal de los contratos de 1 de julio de 2010 y de 8 de febrero de 2013 por los que se formalizaron sendos préstamos participativos entre la deudora y la sociedad ENISA, que habrá de ser reducida de 56.608,78 euros a 6.654,69 euros, de los que 1.597,19 euros corresponden al contrato de 1 de julio de 2010 y 5.056,78 euros corresponden al contrato de 8 de febrero de 2013.*

*Desestimar la demanda incidental en todo lo demás.*

*No ha lugar a realizar mención especial sobre las costas procesales de este incidente concursal".*

**SEGUNDO.-** Contra la anterior resolución se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de la demandante. Del recurso se dio traslado a la demandada y a la administración concursal, que presentaron escrito de oposición.

**TERCERO.-** Recibidos los autos originales y formado en la Sala el rollo correspondiente, se procedió al señalamiento de día para votación y fallo, que tuvo lugar el pasado 12 de noviembre de 2020.

Es ponente el Ilmo. Sr. DON JOSE MARIA RIBELLES ARELLANO.

## FUNDAMENTOS JURIDICOS

**PRIMERO .- Términos en los que aparece determinado el conflicto en esta instancia.**

1. En el concurso de COMERCIO DIGITAL S.A., la concursada interpuso demanda de impugnación del crédito reconocido a la demandada EMPRESA NACIONAL DE INNOVACIÓN S.A. (en adelante, ENISA) en la lista de acreedores. El crédito, por importe total de 571.592,78 euros, tiene su origen en dos préstamos participativos firmados entre las partes los días 10 de julio de 2010 y 8 de febrero de 2013. La parte del crédito correspondiente a intereses (56.608,78 euros) se califica como subordinado y el resto, correspondiente al principal, como ordinario.

2. La concursada impugnó, de un lado, el importe correspondiente a intereses, por entender que debían reducirse a la suma de 6.566,36 euros. De otro lado, impugnó la calificación como ordinario del principal, pues estima que, tratándose préstamos participativos, sujetos al Real Decreto Ley 7/1996, de 7 de junio, el crédito debe ser reconocido como subordinado, al disponer el artículo 20, apartado c), de dicho RDL, que los préstamos participativos, en orden a la prelación de créditos, " *se situarán después de los acreedores comunes*". Alega la demandante que el artículo 92.2º admite el carácter subordinado de los créditos por "pacto contractual".

3. Opuesta la demandada, la sentencia estima en parte la demanda. Reduce la cantidad por intereses (pronunciamiento no impugnado) y mantiene la calificación del crédito como ordinario, dado que la prelación de créditos ha de regirse de acuerdo con lo previsto en la Ley Concursal, que desplaza a otras disposiciones especiales, como el RDL 7/1996).

4. La sentencia es recurrida por la demandante, que insiste en el carácter subordinado del crédito nacido de un préstamo participativo, citando, a tal efecto, el criterio sostenido por esta Sección en Sentencia de 14 de junio de 2019.

5. La demandada se opone al recurso y solicita que se confirme la sentencia por sus propios fundamentos.

**SEGUNDO.- Sobre la calificación en el concurso del crédito nacido de préstamo participativo.**

1. Como afirma el recurrente, sobre la calificación en el concurso del crédito nacido de un préstamo participativo nos pronunciamos en nuestra Sentencia de 14 de junio de 2019 (ECLI ES:APB:2019:7050 ), llegando a la conclusión que el crédito debía calificarse como subordinado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.2º de la Ley Concursal , cuando las partes pactan la sujeción del préstamo a las disposiciones del Real Decreto Legislativo 7/1996, de 7 de junio. Recordemos que el artículo 20, apartado c ), de dicho RDL



establece que, en orden a la prelación de créditos, los préstamos participativos " se situarán después de los acreedores comunes". Reproducimos a continuación los fundamentos de dicha Sentencia:

<<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 que "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 recurrida. 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.>>

2. En el presente caso, en las dos pólizas de préstamo, fechadas el 1 de julio de 2010 y el 8 de febrero de 2013, las partes convienen expresamente la sujeción del préstamo a las disposiciones del Real Decreto Ley 7/1996 y, más en concreto, el artículo 20, en cuyo apartado c/, como venimos exponiendo, se contempla que en "orden a la prelación de créditos" los préstamos participativos "se situarán después de los acreedores comunes". La estipulación primera, apartado segundo, dice al respecto lo siguiente:

*"El presente préstamo de carácter mercantil se regirá por los pactos particulares indicados en este contrato y por las disposiciones legales aplicables al mismo, en particular por lo dispuesto en el artículo 20 del Real Decreto Ley 7/1998, de 7 de junio y por la disposición adicional segunda de la Ley 10/1996, de 18 de diciembre"*.

3. Ahora bien, frente a ese pacto inicial, las partes firmaron sendos anexos modificativos, de fecha 18 de junio de 2014 y 15 de noviembre de 2016, en el que se novan determinados pactos y se incluye una cláusula, la sexta, denominada de "exclusión de la subordinación" que es del siguiente tenor literal:

*"Sin perjuicio de lo dispuesto en la estipulación primera del contrato de préstamo participativo de fecha 1 de julio de 2010, de aplicación para resolver las concurrencias singulares, las partes excluyen, de forma expresa, a los efectos de lo dispuesto en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, y normativa complementaria, la subordinación del crédito derivado del contrato de préstamo participativo mencionado y reconocen el carácter ordinario del mismo"*.

4. Cabría sostener, atendida la cláusula trascrita de exclusión de la subordinación, que no es posible atribuir esa calificación al crédito de la demandada. Recordemos que la actora justifica el carácter subordinado del crédito en el apartado segundo del artículo 92 de la Ley Concursal ("los créditos que por pacto contractual tengan el carácter subordinado respecto de todos los demás créditos contra el deudor"). También en nuestra Sentencia de 14 de junio de 2019 fundamentamos la subordinación en el contenido de la escritura y en la sumisión "expresa" y "sin reserva" de las partes a la regulación contenida en el RDL 7/1996, de 7 de junio. Esto es, la subordinación tiene por causa un pacto entre las partes y no la aplicación directa de un criterio legal ajeno a la Ley Concursal.

5. Sin embargo el artículo 281 del vigente Texto Refundido de la Ley Concursal creemos que zanja definitivamente la polémica doctrinal y judicial sobre la naturaleza en el concurso de los créditos participativos, al contemplarlos expresamente dentro del catálogo de créditos subordinados por pacto contractual (apartado segundo). En concreto, dicho precepto establece lo siguiente:

*"Son créditos subordinados (...) los créditos que por pacto contractual tengan el carácter de subordinados respecto de todos los demás créditos contra el concursado, incluidos los participativos."*

6. De acuerdo con la Exposición de Motivos del Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley Concursal, la Ley es el resultado de la "regularización, la aclaración y la armonización de unas normas legales que, como las que son objeto de refundición, han nacido en momentos distintos y han sido generadas desde concepciones no siempre coincidentes". Por tanto, el nuevo TRLC va más allá de una mera yuxtaposición de normas jurídicas preexistentes, sino que persigue, entre otros fines, aclarar divergencias surgidas en la aplicación de las normas que son objeto de refundición. Y el artículo 281.1º, apartado 2º, del TRLC, opta por considerar en todo caso al crédito participativo como un crédito subordinado. El origen contractual de la subordinación se mantiene, en la medida que la norma presupone que el acuerdo de suscribir un préstamo participativo y, como consecuencia de ello, de sujetar el crédito a las previsiones legales del artículo 20 del RDL 7/1996, conlleva la posposición del crédito respecto del resto de los acreedores comunes, lo que se traduce en el concurso en atribuir al crédito el carácter subordinado, sin que quepa el acuerdo en contrario de excluir la subordinación. Se trata de una interpretación que tenía cabida en el apartado 2º del artículo 92, como también la tenían otras interpretaciones distintas que se han seguido por diferentes tribunales. No creemos que el artículo 281 desborde la Ley habilitante (la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal) y que incurra en el llamado vicio *ultra vires*, por lo que resulta de aplicación incluso a los procedimientos en trámite.

Por todo ello debemos estimar el recurso y ordenar que el crédito de la demandada se reconozca en el concurso como subordinado.



**TERCERO.- Costas procesales.**

1. Atendidas las dudas jurídicas suscitadas no se imponen las costas de ninguna de las dos instancias ( artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

**FALLAMOS**

Estimar el recurso de apelación interpuesto por COMERCIAL DIGITAL S.A. contra la sentencia de 1 de octubre de 2019, que revocamos en parte, en el sentido de ordenar que se reconozca el crédito de la demandada EMPRESA NACIONAL DE INNOVACIÓN S.A. como subordinado, sin imposición de costas y con devolución del depósito.

Contra la presente resolución las partes legitimadas podrán interponer recurso de casación y/o extraordinario por infracción procesal, ante este tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes al de su notificación, conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Remítanse los autos 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.

FONDO DOCUMENTAL CEJUD