



Roj: **SAP M 12945/2022 - ECLI:ES:APM:2022:12945**

Id Cendoj: **28079370282022102309**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **28/09/2022**

Nº de Recurso: **941/2021**

Nº de Resolución: **704/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

AUDIENCIA PROVINCIAL CIVIL DE MADRID

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

N.I.G.: 28.079.00.2-2020/0175146

Recurso de Apelación 941/2021

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 14 de Madrid

Autos de Pza para impugnación del inventario y de la lista de acreedores (Art 96 LC) 1510/2020

APELANTE: Jose Luis

Procurador: D. Javier García Guillen

Letrado: D. Alejandro Ingram Solís

APELADO: ALQUILER PARA JOVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO

Procurador: D. Antonio María Álvarez-Buylla Ballesteros

Letrado: D. Leandro Martínez-Zurita Santos de Lamadrid

APELADO: ADMINISTRACION CONCURSAL DE ALQUILER PARA JOVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L.

Letrado: D. Jordi Albiol Plans

SENTENCIA núm. 704/2022

ILMOS/AS SRES./SRAS. MAGISTRADOS/AS:

D./Dña. GREGORIO PLAZA GONZÁLEZ

D./Dña. JOSE MANUEL DE VICENTE BOBADILLA

D./Dña. RAFAEL FUENTES DEVESA

En Madrid, a veintiocho de septiembre de dos mil veintidós.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésima Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados antes relacionados, ha visto el recurso de apelación, bajo el núm. de rollo 941/2021, interpuesto contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2021 dictada en el procedimiento incidental núm. 1510/2020 seguido ante el Juzgado Mercantil nº 14 de Madrid

Han sido partes en el recurso, como parte apelante Jose Luis , y como parte apelada, la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de la entidad ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L. y la

concurada ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L., representadas y defendidas por los profesionales antes relacionados

Es magistrado ponente don Rafael Fuentes Devesa, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. - Las actuaciones procesales se iniciaron mediante demanda presentada por Jose Luis contra la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL de la entidad ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L. y al concursada ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L., en la que, tras exponer los hechos que estimaba de interés y alegar los fundamentos jurídicos que consideraba que apoyaban su pretensión, interesa en su suplico se dicte sentencia por la que:

"I. Rectifique la lista de acreedores y declare que el crédito que ostenta Jose Luis frente a Alquiler Para Jóvenes de Viviendas en Colmenar Viejo, S.L por importe de 20.701.949,42 euros, que ha sido reconocido como subordinado, debe clasificarse de la siguiente forma:

- a) 16.913.915,03 euros de principal como crédito con privilegio especial;
- b) 1.700.000 euros de intereses ordinarios como crédito con privilegio especial;
- c) 964.214,64 euros de intereses de demora como crédito con privilegio especial; y
- d) 1.123.819,75 euros de intereses ordinarios como crédito subordinado del art. 92.3 LC .

II. Condene a la Administración Concursal y a la Concurada a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos.

III. Condene a la Administración Concursal a modificar la lista de acreedores contenida en el informe por esta elaborado, al objeto de adaptarlos a lo dispuesto en los anteriores pedimentos.

IV. Todo ello, con expresa imposición de costas a la Concurada y la Administración Concursal que se opusieren, en su caso, a la presente demanda incidental, de conformidad con el artículo 196.2 LC ."

SEGUNDO. - Tras seguirse el juicio por los trámites correspondientes el Juzgado Mercantil nº 14 de Madrid dictó sentencia, con fecha 27 de enero de 2021, cuya parte dispositiva es del siguiente tenor literal:

"Se desestima la demanda incidental interpuesta por Jose Luis , frente a la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL del concurso voluntario de la entidad ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L. y concursada, ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L., con expresa condena en costas de la parte actora"

TERCERO. - Publicada y notificada dicha resolución a las partes litigantes, por la representación de la parte demandante se interpuso recurso de apelación. Tramitado en forma legal el recurso de apelación y elevadas las actuaciones a la Audiencia Provincial, se ha formado el presente rollo ante esta sección de la Audiencia Provincial de Madrid, que se ha seguido con arreglo a los de su clase, señalándose para su deliberación y votación el día 22 de septiembre de 2022.

CUARTO. - En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. - Planteamiento

1. En el concurso de ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L. (en adelante, la concursada) declarado el 9 de julio de 2020, los créditos de Jose Luis con garantía hipotecaria comunicados han sido incluidos en la lista de acreedores como créditos subordinados, al considerar la Administración Concursal (AC en abreviatura) que al momento del origen del crédito, el entonces acreedor hipotecario, Caja Segovia (y Bankia como sucesora de ésta), era persona especialmente relacionada con la concursada, y por ello el crédito subordinado; condición del crédito que se transmite al adquirente del mismo (Jose Luis)

2. En la demanda de impugnación de la lista de acreedores interpuesta por Jose Luis frente a la AC y la concursada se pide que el crédito por importe de 20.701.949,42 euros reconocido como subordinado se clasifique de la siguiente forma: a) 16.913.915,03 euros de principal como crédito con privilegio especial; b) 1.700.000 euros de intereses ordinarios como crédito con privilegio especial; c) 964.214,64 euros de intereses de demora como crédito con privilegio especial; y d) 1.123.819,75 euros de intereses ordinarios como crédito subordinado del art. 92.3 LC. En esencia, aduce i) que el crédito inicial de Caja Segovia no era subordinado, al no tratarse de un préstamo societario, sino de un préstamo promotor, por lo que era de aplicación la excepción



del art. 92.5 de la LC (ahora art. 281.2.3º TRLC) y ii) la concurrencia de circunstancias en la transmisión que destruyen la presunción del art. 93.3 LC (ahora art 284TRLC), al no existir intención fraudulenta, y haberse realizado la compra a precio de mercado.

3. La sentencia estima de aplicación el TRLC, y con rechazo de la tesis de la demanda, confirma la subordinación del crédito, con arreglo al art 281.1. 5º TRLC en relación con el art 283.1. 1º, al considerar que no es de aplicación la excepción del art 281.2. 3º TRLC y que no ha sido desvirtuada la presunción de especial relación con el concursado del adquirente de los créditos, prevista en el art 284 TRLC

4.Frente a ello se alza la actora, que pide la revocación de la sentencia, con la consiguiente estimación de la demanda, con reproducción, en esencia, de los argumentos vertidos en la instancia

5. A ello se oponen los demandados, que estiman acertada la valoración fáctica y jurídica verificada por la sentencia, cuya confirmación solicitan. De forma específica , la concursada interesa la inadmisibilidad del recurso por los siguientes motivos : 1º) infracción del art. 458.2 LEC; 2º) incumplir los requisitos de admisión de los recursos establecidos en los Acuerdos adoptados en Junta Sectorial de Magistrados de las Secciones Civiles Generales y de la Sección Mercantil de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 19 de septiembre de 2019; 3º) infracción de los arts. 412 y 456 LEC por la existencia de "mutatio libelli" en cuanto a la alegación séptima del recurso

SEGUNDO. - La admisibilidad y objeto del recurso. Hechos relevantes

1. El primer motivo de inadmisibilidad denuncia la infracción del art. 458.2 LEC, ya que el apelante vuelve a verter todo su alegato efectuado ante el Juzgado a quo, pero sin referencia alguna a qué determinados pronunciamientos impugna

Valoración del Tribunal

2. El art. 458.2 LEC establece que el apelante debe, además de citar la resolución apelada y los pronunciamientos que impugna, exponer las alegaciones en que basa la impugnación. Es cierto que es criterio de esta Sección 28 de la Audiencia de Madrid que el apelante tiene que concretar los motivos de la discrepancia con la sentencia recurrida, sin que a tal efecto sea suficiente una mera remisión a lo actuado en la instancia anterior. En este sentido, sentencia núm. 520/2019 de 4 de noviembre de 2019

El que la técnica seguida en el recurso al reproducir en buena parte el contenido de la demanda no sea la más adecuada no significa que incurra en causa de inadmisibilidad. Es suficiente para pasar el test de admisibilidad y permitir el examen de fondo, al identificar los pronunciamientos impugnados, los problemas jurídicos y la divergencia con la resolución judicial y el fundamento de lo pretendido, y ello aquí se colma, más allá que esa técnica de replicar literalmente la demanda no sea paradigma de precisión forense, pues ello no puede llevar aparejada una consecuencia del calibre como la pretendida. Las propias sentencias de este Tribunal invocadas por la apelada lo revelan, pues en ninguna de ellas la respuesta es la inadmisión ad limine aquí pretendida, que se antoja contraria a la constante doctrina constitucional que afirma el sentido finalista de los requisitos procesales, y la inaceptabilidad de formalismos o rigorismos excesivos, que pugnarían con el artículo 24.1 CE y la observancia de un criterio de proporcionalidad entre el defecto procesal y la sanción aplicada.

3. El segundo de los motivos de inadmisibilidad es el relativo al incumplimiento de los requisitos de admisión de los recursos establecidos en los Acuerdos adoptados en citada Junta Sectorial de Magistrados referente al límite de la extensión de los escritos de recurso

Valoración del Tribunal

4. Es evidente que el recurso incumple la limitación propuesta de 25 folios , pero ello no determina el efecto pretendido .Comparte la Sala el criterio de la Sección 10ª de esta Audiencia Provincial, en Sentencia 351/2020 de 9 de septiembre de 2020, o de la Sección 8ª, en Sentencia 191/2020 de 16 de junio de 2020, o de la Sección 19ª , en sentencia 314/2021 de 7 de octubre de 2021 según el cual la inobservancia de los criterios fijados no predetermina ninguna consecuencia jurídica de forma imperativa, ni aparece legalmente como causa de inadmisión del recurso

5. El último de los óbices de admisibilidad es la infracción de los arts. 412 y 456 LEC por la existencia de mutatio libelli en cuanto a la alegación séptima del recurso

Valoración del Tribunal

6. Lleva razón la apelada que la falta de referencia en la demanda a la impugnación del auto de declaración de concurso supone una "mutatio libelli" en grado de apelación , prohibida por el art 456LEC , que consagra el principio "pendente appellatione, nihil innovetur" (STS 1.10.2012, entre otras muchas) .Pero en lo que yerra es en la consecuencia, que no es la radical inadmisión del escrito de apelación, sino la irrelevancia del planteamiento



novedoso, es decir, la prohibición de tomar en consideración las cuestiones nuevas que no fueron objeto debidamente introducidas en la primera instancia

7. No apreciado ningún motivo que justifique la inadmisión ad limine interesada, el objeto del recurso versa sobre la aplicación del artículo 284 TRLC, que al igual que el precedente art 93.3LC, prevé una presunción iuris tantum de especial relación con el concursado del adquirente de créditos pertenecientes a personas especialmente relacionadas, si bien antes deberá resolverse si esos créditos adquiridos merecen la consideración de subordinados, al ser negado por la apelante, por entender que entra en juego la excepción del art 281.2.3 TRLC

8. Con carácter previo, conviene transcribir el relato fáctico contenido en la sentencia de instancia, no impugnado en esta alzada. Tales hechos relevantes - sin perjuicio de ulterior complementación en lo que resulte necesario- son los siguientes:

i) En el año 2005 Caja de Ahorros y Monte de Piedad de Segovia (Caja Segovia) concede a la concursada un préstamo hipotecario por importe de 1.639.180 de euros para la adquisición del suelo donde posteriormente se ha edificado el inmueble. Dicho préstamo fue suscrito el 26 de diciembre de 2005, mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid, D. Ricardo Ferrer Giménez, bajo el número 4.662 de su protocolo (documento 6).

ii) El 6 de febrero de 2006 se produjo la entrada en el capital de la concursada de la mercantil Inversión en Alquiler de Viviendas, S.L. (titularidad al 100% de Caja Segovia), sociedad que pasó a ostentar el 50% del capital social de AJVCV (memoria aportada por la concursada como documento adjunto a la solicitud de declaración de concurso e Informe de la AC).

iii) El 11 de julio de 2007 Caja Segovia concedió a AJVCV un préstamo por importe de 14.650.000 de euros (documento 7). El citado préstamo estaba garantizado con una hipoteca de primer rango constituida sobre la finca 38.324 inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Colmenar Viejo (documento 8).

La escritura del préstamo hipotecario en su estipulación primera establece que:

(...) "...préstamo que destinará el prestatario en su condición de promotor a financiar la construcción y venta del mencionado inmueble, y que se obliga a devolver a la Caja, juntamente con los intereses, comisiones y gastos que se devenguen, con sujeción a los términos y condiciones que seguidamente se pactan.

(...) El importe del préstamo se irá entregando de forma proporcional al valor de la obra ejecutada en cada momento sobre la finca hipotecada, en base a la valoración pericial de la misma que deberá ser previamente aprobada por la Caja."

Asimismo, establece que parte de su importe fuera destinado a cancelar el Préstamo Inicial:

(...) "A cuenta del principal del préstamo y teniendo en cuenta el estado actual de las construcciones, la Caja hará una primera entrega a la parte prestataria por un importe total de UN MILLON SEISCIENTOS TREINTA Y NUEVE MIL CIENTO OCHENTA

EUROS, la cual se hará efectiva una vez se hayan cumplido los requisitos exigidos anteriormente, que se destinarán a cancelar el préstamo hipotecario que grava la finca y que fue constituido en escritura autorizada por mí el 26 de Diciembre de 2.005 con el número 4.662 de mi protocolo."

El préstamo de fecha 11 de julio de 2007 fue objeto de una serie de ampliaciones y novaciones.

iv) En julio de 2010, Caja Segovia se integra en Bankia, S.A. (Bankia), que pasa a ser la titular del préstamo.

v) En el año 2014, la participación de Inversiones de Alquiler de Vivienda, S.L. en AJVCV fue adquirida por Bruesa Construcciones, S.A. que pasa a convertirse en accionista único de la concursada. Asimismo, el 1 de marzo de 2019, la entidad Ulmate ITG, S.L. adquiere la totalidad de las participaciones de la concursada.

vi) En diciembre de 2018, el préstamo fue vendido por Bankia a la demandante, GLENCAR, como parte de una cartera integrada por un conjunto de créditos y activos inmobiliarios. La venta tuvo lugar en el marco de un proceso competitivo en el que participaron varios inversores y en el que se efectuó un proceso de due diligence. A efectos de la cesión de la cartera, no resulta controvertido que el préstamo se valoró en 14.600.000 euros.

TERCERO. - El carácter subordinado del crédito adquirido

1. La regla general es que se consideran subordinados los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado (art 281.1.5ºTRLC, en igual sentido el art 92. 5º LC precedente)

En lo que aquí interesa, se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica, los socios que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares, directa o



indirectamente, de, al menos, un 10% del capital social (art 283.1.1ºTRL, anterior art 93.2. 1º LC, tras Ley nº 9/2015). Por excepción, no serán objeto de subordinación los créditos de que fuera titular estos socios con esas condiciones de participación en el capital, salvo que procedan de préstamos o de actos con análoga finalidad (art 281.2.3ºTRL, en igual sentido el precedente art 92. 5º LC)

2. La sentencia, en primer lugar, considera a Caja Segovia (y Bankia, como sucesora universal de la anterior) persona especialmente relacionada con la concursada por ser titular indirecta de más de un 10% del capital social de la concursada, ya que, en el momento de otorgarse el préstamo, Inversión en Alquiler de Viviendas, S.L. (sociedad participada al 100% por Caja Segovia) era titular del 50% del capital social de AJVC.

En segundo lugar, rechaza que sea de aplicación la excepción del artículo 281.2. 3º TRL. No acepta la tesis de la actora, según la cual la norma lo que busca solo es evitar que las aportaciones de los socios se realicen en forma de préstamos en lugar de aportaciones al capital social, por lo que no cabe su subordinación puesto que el crédito concedido por Caja Segovia no era un préstamo societario, ya que los fondos prestados no tenían como función sustituir la dotación de capital social, ni encubría un supuesto de infracapitalización, sino que se trataba de un préstamo promotor concedido en el marco de la actividad ordinaria de Caja Segovia, o sea, que se trata de una operación comercial y, en consecuencia, resultaría de aplicación la excepción de subordinación . Descarte que argumenta así:

"4... dicha interpretación del demandante contraviene el tenor literal del precepto legal, que establece la subordinación de los créditos de los socios que procedan de préstamos, o de actos con análoga finalidad, sin exigir que se trate de préstamos o actos destinados a capitalizar la sociedad, ni distinguir entre préstamos societarios y/o comerciales. Esta es, por otro lado, la interpretación que resulta de la sentencia del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 2019, que incluye cualquier tipo de crédito (préstamos, créditos, descuento, leasing, etc.) destinado a la financiación del concursado"

3. En su alegación quinta del recurso insiste, con reiteración de la opinión de los comentaristas de la ley citados en la instancia, que la subordinación debe ser objeto de interpretación restrictiva, y a partir de que la razón de ser de la subordinación de las socios personas especialmente relacionadas cuando concedían financiación, es la de sancionar una situación de infracapitalización, y que el crédito concedido por Caja Segovia no era un préstamo societario ni encubría un supuesto de infracapitalización, sino que se trataba de un préstamo promotor, concedido en el marco de la actividad ordinaria de Caja Segovia, y por ello una operación comercial, concluye que debe entrar en juego la excepción de subordinación que regula el art. 281.2.3º TRL.

Valoración del Tribunal

4. En el recurso no se cuestiona que el inicial acreedor (Caja Segovia) fuera persona especialmente relacionada por ser socio de referencia de la deudora. Lo que se discute es el elemento objetivo, es decir, si, al tratarse el crédito derivado de un préstamo promotor, el mismo está excluido de subordinación. En definitiva, se discrepa de la interpretación dada al alcance de la expresión "*salvo que procedan de préstamos o de actos con análoga finalidad*"

5. La exégesis reductora propuesta en el recurso no se comparte, y acierta la sentencia de instancia, ya que la literalidad de la norma así lo impone. No discrimina entre préstamos societarios y comerciales, según su finalidad sea capitalizar la sociedad o financiar operaciones del tráfico ordinario, por lo que "ubi lex non distinguit, nec nos distinguere debemus" ("donde la ley no diferencia, tampoco debemos diferenciar nosotros").

Que lo relevante es que se trate de un crédito destinado a la financiación del concursado - y el crédito objeto de litigio lo es, sin duda- nos lo confirma la doctrina jurisprudencial de la que son buena muestra las SSTS 125/2019, de 1 de marzo, y 610/2020, de 13 de noviembre, en las que se declara:

"Entre los créditos derivados de "préstamos o actos con análoga finalidad" pueden incluirse los créditos destinados a la financiación del concursado, bien por la naturaleza jurídica del negocio (préstamos, créditos, descuento, leasing, etc.), bien porque, pese a que la naturaleza jurídica no sea propiamente la de un negocio de financiación, se esté encubriendo un negocio cuya finalidad económica sea la financiación del concursado".

En la posterior STS 422/2021, de 22 de junio, al analizar el efecto del pacto de aplazamiento del precio en una compraventa, y con confirmación de la sentencia 446/2018, de 20 de julio de este Tribunal, se incide en que son subordinados (al estar excluidos de la regla de excepción a la subordinación) los créditos que deriven de un negocio destinado a la "financiación del concursado", sin más aditamentos.

CUARTO. -La presunción de especial relación del concursado

1. La sentencia, tras exponer las distintas interpretaciones de la doctrina acerca del artículo 284 TRL, señala que la actora invoca aquella que considera que la presunción quedaría desvirtuada si el tercero acredita que no adquirió el crédito a sabiendas de que quien se lo transmitió era una persona especialmente relacionada



con el deudor. Desconocimiento que resultaría acreditado si el cesionario o adjudicatario prueba que adquirió dicho crédito en condiciones de mercado, "por un justo corrispectivo" y sin haber obtenido ventaja alguna en la cesión; o si la adquisición del crédito se ha efectuado de forma anónima en un mercado organizado, dentro del giro ordinario del negocio del adquirente o a precio de mercado. A continuación, enumera la serie de circunstancias que, a juicio de la actora, acreditan que la adquisición del crédito se hizo con total desconocimiento de la condición de persona especialmente relacionada de Bankia, y que son las siguientes:

"(i) Glencar tiene por objeto la compra de carteras de crédito;

(ii) el crédito no se adquirió de forma aislada, sino que era un crédito incluido en una cartera de más de 600 préstamos;

(iii) la adquisición de la cartera se hizo a precio de mercado, al resultar la oferta ganadora en el proceso competitivo que inició Bankia, al que concurren inversores relevantes;

(iv) el proceso competitivo se desarrolló en un mercado español muy favorable para la concurrencia de inversores, lo que evidenció que el precio pagado fue de mercado.

(v) Glencar llevó a cabo un proceso de due diligence tipo en esta clase de operaciones dentro del limitado plazo temporal que tuvo;

(vi) Glencar no tuvo conocimiento ni podía tenerlo de la participación indirecta de Caja Segovia ni Bankia con la concursada, a la vista de la información a la que tuvo acceso (no existía documentación sobre la estructura societaria de los más de 600 deudores), y de las diferentes vicisitudes que experimentaron tanto Caja Segovia, como fundamentalmente de la accionista de la Concursada;

(vii) la participación indirecta no existía en el momento de la cesión, al haberse vendido hacía más de 4 años las acciones a Bruesa;

(viii) no se trata de una operación simulada;

(ix) ni en el momento de inicio del proceso competitivo ni cuando se produjo la compra de la cartera, la concursada se encontraba en situación de insolvencia;

(x) no existe vinculación societaria entre Bankia y Glencar; mi mandante es un inversor que opera en el tráfico económico y que no es ni intermediario ni mera pantalla o testaferro de Bankia; y

(xi) no hay connivencia entre Glencar y Bankia en el momento de la compra, ni se hizo la operación con la finalidad de eludir una futura y no cognoscible situación de insolvencia del deudor, lo que se evidencia al tratarse de un proceso competitivo en el que Glencar fue el que ofreció el precio más alto".

La juzgadora de instancia rechaza la pretensión de la actora en primer lugar por no compartir esa posición doctrinal

"puesto que del tenor del art. 284 TRLC no se desprende que la aplicación del precepto exija ningún tipo de finalidad fraudulenta, ni tampoco que el adquirente conozca que el crédito merecía la consideración de subordinado por ostentar el transmitente la condición de persona especialmente relacionada". Sostiene que "(l)a prueba en contrario que admite el precepto debe versar sobre que no se dan las circunstancias que constituyen el presupuesto, es decir, que el cedente o ejecutado no era especialmente relacionado porque han transcurrido más de dos años de la transmisión".

En segundo lugar, en todo caso adiciona que los indicios aportados por la actora no permiten concluir que adquiriera dicho crédito sin conocer que Bankia era una persona especialmente relacionada con el deudor. Explica al efecto que

"(e)l hecho de que Glencar sea un fondo de inversión cuya actividad es la compra de carteras de crédito, implica que está en condiciones de conocer las características de los préstamos que adquiere y si los mismos pueden ser calificados como subordinados, pues se presupone que ostenta el conocimiento y los medios necesarios para revisar y valorar este riesgo. A ello se une que en el caso como que nos ocupa, Glencar llevó a cabo un proceso de due diligence en el que se examinó, o pudo examinar, la documentación relativa a los préstamos, por lo que es evidente que tuvo la posibilidad de averiguar la participación indirecta de Caja Segovia/Bankia con la concursada. Por último, se ha de tener en cuenta que el crédito se adquirió con un descuento, lo que induce a pensar que Glencar tomó en consideración la existencia de un riesgo de subordinación del crédito"

Por último, rechaza otra posición doctrinal invocada por la actora según la cual es necesario que el cedente del crédito ostente la consideración de persona especialmente relacionada tanto en el momento del nacimiento del crédito como en el de la declaración de concurso, dado que la norma se limita a exigir que el cedente ostente esa condición en el momento de efectuar la transmisión



2. En el extenso recurso se critica que la interpretación de los demandados, que es la acogida por la sentencia, no es acorde con la naturaleza de la presunción, implica una interpretación extensiva de una norma restrictiva, y es contraria a la que se ha postulado por la doctrina sobre este precepto.

Con profusión de citas de autores sostiene que la norma lo que hace es extender al adquirente los efectos derivados de la persona especialmente relacionada, y que su fundamento es evitar una conducta fraudulenta por parte de un acreedor relacionado al deudor que pretende impedir con la transmisión del crédito la regla de la subordinación. Insiste en que la presunción no es una presunción iuris et de iure que implique una traslación automática y definitiva de la subordinación al cesionario del crédito, sino que se trata de una presunción iuris tantum, que admite prueba en contrario, y, por tanto, susceptible de ser destruida.

A partir de esa finalidad del precepto, señala que la doctrina considera destruida la presunción en caso de que se demuestre que la adquisición se ha hecho de buena fe y no con el ánimo de defraudar la aplicabilidad de las normas sobre créditos subordinados, de modo que es posible destruir la presunción si el deudor demuestra que no tenía conocimiento de que el vendedor era persona especialmente relacionada, apuntándose doctrinalmente como criterios o indicios para acreditar ese desconocimiento la (i) adquisición de forma anónima en un mercado organizado; (ii) la adquisición de créditos dentro del giro ordinario de negocio del adquirente o (iii) la transmisión del crédito con arreglo a condiciones de mercado, o sea, a precio de mercado o por un justo corrispectivo, según indican algunos comentaristas. Añade que las compras de carteras de préstamos son el prototipo de supuesto de destrucción de la presunción al entenderse que la misma se realiza de buena fe (art. 7 y 434 CC) y sin finalidad de intentar eludir la aplicación de la regla de la subordinación. A continuación, enumera los datos o circunstancias que acreditan que la adquisición del crédito se hizo desconociendo la condición de persona especialmente relacionada de Bankia, que son reproducción literal de las ya alegadas, recogidas en la sentencia de instancia en el párrafo antes transcrito.

Finaliza con el argumento de que es necesario que el cedente del crédito ostente la consideración de persona especialmente relacionada tanto en el momento del nacimiento del crédito como en el de la declaración de concurso; requisitos acumulativos que aquí no concurren, pues Bankia no era accionista indirecto en el momento de declaración de concurso, de modo que concluye no puede entrar en juego la presunción analizada

Valoración del Tribunal

3. El artículo 284 TRLC recoge en un precepto separado, fruto de la técnica seguida por el refundidor, la presunción de especial relación con el concursado que antes se contemplaba en el apartado 3 del art 93LC. Dice la norma

"Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los dos artículos anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso"

4. La norma extiende la condición de personas especialmente relacionadas con el concursado a los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a personas especialmente relacionadas con el concursado, siempre que (a) la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso y (b) salvo prueba en contrario, y lo que busca es impedir que la transmisión del crédito por la persona especialmente relacionada a un tercero que no ostenta esa condición provoque la mutación de la calificación concursal del crédito, al evitar la aplicación de la regla de la subordinación.

Indicamos en la Sentencia de este Tribunal de 29 de febrero de 2016:

"... la norma del art. 93.3 LC anuda a la naturaleza objetiva del crédito transmitido la condición subjetiva de su titular original, de modo que dicha condición de crédito subordinado sigue a tal crédito cuando este cambia de titular, y pasa a manos de un nuevo acreedor no relacionado especialmente con el deudor concursado. Ello tiene la finalidad de evitar la aplicación de la norma general de postergación crediticia por el mero hecho de la cesión de los créditos, siempre que se produzca tal cesión en los dos años anteriores a la declaración de concurso, como límite".

Estamos, pues, ante una presunción iuris tantum, de modo que es posible su destrucción, es decir, que, no obstante constar que se ha producido el hecho que fundamenta la presunción (adquisición de créditos pertenecientes a personas especialmente relacionadas dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso), no debe predicarse el hecho presunto (la condición de persona especialmente relacionada con el concursado del adquirente), atendidas las circunstancias concurrentes. Así se afirma en la SAP de Madrid, Sección 28ª, nº 125/2018, de 19 de febrero (y reitera la nº 275/2018, de 11 de mayo) que



"se debe valorar si cabe considerar, atendidas las circunstancias, que el adquirente no es una persona especialmente relacionada con el concursado a pesar de efectuarse la transmisión en el periodo sospechoso, ya que la presunción tiene carácter iuris tantum. El hecho mismo de la cesión o el que esta se produzca en los dos años anteriores a la declaración de concurso no determinarían inexorablemente que la presunción no pueda ser desvirtuada, pues de otro modo una presunción iuris tantum se convertiría en presunción iuris et de iure incluyéndose en este caso en la Ley un supuesto más de subordinación objetiva y automática".

La prueba de la concurrencia de esas circunstancias es carga del adquirente (art 217LEC), pues es quien pretende destruir la presunción para que no se le considere persona especialmente relacionada, y con ello la subordinación de su crédito

Entendemos que si la presunción va ligada a la condición subjetiva del titular del crédito transmitido, el adquirente lo que deberá acreditar para ser inmune es que no conocía - ni podía conocer con el empleo de la diligencia exigible - que el transmitente del crédito era persona especialmente relacionada con el deudor en caso de concurso de este último, es decir, que , que desconocía, con adopción de la diligencia exigible, que el transmitente había tenido vínculos o relaciones con el deudor, que en caso de un eventual concurso de este, motivaran la subordinación crediticia

Consideramos que esta es la exégesis se ajusta a la ratio de la norma. Como hemos anticipado, trata de evitar que en caso de concurso del deudor transmitido en el periodo legalmente contemplado - dos años siguientes a la transmisión-, el cambio de titular del crédito permita mutar la calificación crediticia, con exclusión de la subordinación, con el consiguiente perjuicio para el resto de acreedores afectados por el concurso. Ello es así porque en ese conflicto de intereses, es el adquirente del crédito el que asume el riesgo de que, en caso de concurso del deudor cedido en los dos años siguientes, pueda ver su crédito minusvalorado por estar "contaminado" al ser su transmitente una persona especialmente relacionada con el deudor. Riesgo que no es absoluto, al poderse enervar la presunción legal

No compartimos, pues, la lectura excesivamente reduccionista - a nuestro entender- manejada en la sentencia de instancia, pero tampoco- en contra de lo pretendido por el recurrente - basta con demostrar que el adquirente no tenía intención fraudulenta porque la finalidad de la adquisición no era evitar la aplicación de las normas sobre subordinación. Reiteramos que lo que deberá demostrarse es que no conocía- ni podía conocer- las condiciones del transmitente que podían producir ese efecto en el crédito adquirido (la subordinación) en caso de concurso del deudor cedido en los dos años siguientes a la transmisión. Esta lectura objetiva de la norma viene amparada por la literalidad del precepto, ya que la misma no denota la exigencia de ánimo fraudulento del adquirente para su aplicación, y la propia extensión temporal de la presunción, coincidente con el periodo sospechoso de la rescisión concursal, que de todos es conocido que se configura objetivamente, lo avala. En la citada SAP de Madrid, Sección 28, nº 125/2018, de 19 de febrero (y reitera la nº 275/2018, de 11 de mayo), ya se decía que

"No es requisito de aplicación de dicha presunción, como pretende el recurso, el que el cedente actúe de forma concertada con el cesionario y con un ánimo defraudatorio. La subordinación no depende de la presunción de ilicitud o fraude".

Finalmente, a la hora de apreciar si el adquirente conocía - o podía conocer - que el transmitente del crédito podía ser persona especialmente relacionada con el deudor, en caso de concurso de este último, debemos tener en cuenta todas las circunstancias y datos concurrentes del caso. Por supuesto que son relevantes las que rodean el negocio que desencadena la transmisión del crédito, pero no de forma exclusiva. No hay base legal para pensar que las mismas agotan todos los datos y circunstancias a ponderar, pues el que la adquisición del crédito se haya hecho en condiciones de mercado no impide la aplicación de la presunción si hay datos que permiten afirmar que el adquirente conocía - o podía conocer- que el transmitente era persona especialmente relacionada con el deudor cedido, atendidos los vínculos con el mismo. No vemos qué razón hay para que el adquirente deje de asumir el riesgo de subordinación del crédito adquirido, por más que se haya adquirido en condiciones de mercado.

5. La traslación de las consideraciones anteriores al caso que nos ocupa nos conducen a la confirmación de la sentencia.

Aunque no compartimos la primera de las líneas argumentales de la sentencia , al considerar que la prueba en contrario que desvirtúa la presunción legal ha de versar sobre el conocimiento por el adquirente de la condición de persona especialmente relacionada del transmitente del crédito, sí participamos de la segunda justificación, relativa a que los indicios aportados por la actora no permiten afirmar que adquiriera dicho crédito sin ese conocimiento, esto es, que Bankia era una persona especialmente relacionada con el deudor. Afirmación que sostenemos por las siguientes razones:



1º) el que la adquisición a BANKIA por la actora del préstamo hipotecario del que derivan los créditos se realizara en el marco de una adquisición de cartera de créditos, con sujeción a las condiciones de mercado propias de ese tipo de adquisiciones, es relevante, pero no bastante por sí sola para enervar la presunción legal del art 284TRLR, según lo antes dicho, pues lo determinante es si la actora conocía o podía conocer que Bankia era una persona especialmente relacionada con el deudor ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L, siendo criterio de este Tribunal que la presunción se extiende a cualquier adquisición (SAP de Madrid, Sección 28, nº 125/2018, de 19 de febrero, y reitera la nº 275/2018, de 11 de mayo)

2º) conectado con lo anterior, (i) el préstamo del que deriva el crédito fue concedido por CAJA SEGOVIA a ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO S.L, por lo que resulta llamativo que se diga en el recurso que "no había forma alguna que sugiriera siquiera un indicio de la posible relación que pudo haber existido entre Caja Segovia y AJVCV" y (ii) que de las cuentas anuales de CAJASEGOVIA y de ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L de 2007 (doc. nº 8 y 9 de la contestación) se desprende el control de esta última por la primera al tiempo de concertarse el préstamo (nacimiento del crédito, que es la data relevante ex art 283.1.1º TRLR, anterior art 93.2.1º LC), dado que consta que el 50% de ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L era titularidad de INVERSIÓN PARA ALQUILER DE VIVIENDAS SL, y que esta formaba parte del grupo de CAJASEGOVIA; control por parte ya de BANKIA (al integrarse en ella Caja Segovia) que aparece reflejado en las cuentas anuales del ejercicio 2013 de ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L, que recoge que la sociedad dominante directa es Inversiones de Alquiler de Viviendas SLU y la sociedad dominante última del grupo BANKIA (doc. nº 1 de la contestación)

A la vista de ello debemos concluir que, tratándose de documentos inscritos (los de constitución de la hipoteca en 2007) y depositados (los de las cuentas anuales) en registros públicos, el empleo de la diligencia media permitía posible conocer que entre ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L (deudor cedido) y BANKIA (transmitente) concurrían las circunstancias (socio de referencia) que conllevaban la subordinación crediticia en caso de concurso de la primera. Y con mayor razón cuando nos encontramos ante un inversor experto que concurre a la adquisición organizada de una cartera de créditos en la que tuvo lugar una "due diligence", que se supone que verificaría las condiciones de los créditos en los distintos escenarios posibles, sin que la manifestación de insuficiencia de la información que se hace constar en la escritura de adquisición de la cartera de crédito en todo caso tenga virtualidad alguna frente a terceros

No deja de ser sorprendente que, resultado de la información revisada, GLENCAR reconozca que valoró el préstamo que nos ocupa en 14.600.000 euros a la vista de una oferta no vinculante para la adquisición de la promoción hipotecada en 2017 (que se supone confidencial), y en cambio, simultáneamente, alegue desconocer que el préstamo fue concedido por CAJA SEGOVIA, después integrada en BANKIA, entidades que, según las cuentas anuales, ostentaban el control de ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO S.L por intermedio de otra sociedad

3º) el que la actora conociera o no el estado económico de la deudora ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L. en el momento de la transmisión del crédito (diciembre de 2018), y que el concurso se haya declarado en julio de 2020, no es concluyente.

En primer lugar, resulta una mera manifestación, y se desconoce qué capacidad para atender sus obligaciones tenía ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L., en especial cuando el préstamo dejara de estar en periodo de carencia que, según se desprende de la demanda, se agotó en septiembre de 2019

En segundo lugar, aun asumiendo la hipótesis del recurso de que en el momento de la adquisición (diciembre de 2018) no estuviera en situación de insolvencia, ello no excluye la aplicación de la presunción, que contempla un periodo legal de dos años desde la adquisición en el que el deudor cedido puede ser declarado en concurso.

La actora al adquirir en diciembre de 2018 el crédito de ALQUILER PARA JÓVENES DE VIVIENDAS EN COLMENAR VIEJO, S.L asumió el riesgo de que, en caso de concurso de la misma en los dos años siguientes su crédito podía minusvalorarse, al estar "contaminado" por ser BANKIA una persona especialmente relacionada con el deudor; hipótesis del concurso que no era descabellada que podía surgir con el agotamiento del periodo de carencia meses después de la adquisición

6. Para concluir, la línea argumental del recurso según la cual para aplicar la presunción del art 284 TRLR es necesario que el cedente del crédito ostente la consideración de persona especialmente relacionada tanto en el momento del nacimiento del crédito como en el de la declaración de concurso, de manera acumulativa, no se comparte.

No solo su invocación final y de pasada revela la escasa consistencia que la propia parte le otorga, sino que la misma carece de cobertura legal. El precepto legal solo exige que el cedente reúna las cualidades que permitan



afirmar su consideración de persona especialmente relacionada con el deudor, y a tal efecto, el momento que se debe tener en cuenta es aquel en el que nació el derecho de crédito (art 283.1. 1º TRLC, anterior art 93.2. 1º LC). No olvidemos que, como ha dicho la jurisprudencia (STS 134/2016, de 4 de marzo, entre otras)

"si se subordina el crédito de un acreedor por tratarse de un socio de la concursada es porque tenía esa condición en el momento en que nació dicho crédito. La condición que desvaloriza el crédito (socio con determinada participación en la concursada) debe darse en ese momento"

Por tanto, el que BANKIA no fuera accionista indirecto de referencia en el momento de declaración de concurso, no impide que entre en juego la presunción analizada

7. Por último, la alegación séptima del recurso en el que se vierten una serie de consideraciones relativas al recurso de apelación planteado por la actora frente al auto de declaración del concurso voluntario por falta de concurrencia de los requisitos y que el concurso solo busca menoscabar fraudulentamente los derechos de los acreedores, resulta prescindible, al incurrir en el vicio de plantear una cuestión nueva, al no haber sido invocado en la instancia, con quiebra del art 456LEC. En consecuencia, huelga su análisis, según lo razonado en el fundamento segundo, al que nos remitimos

QUINTO. - Costas

1. La desestimación del recurso de apelación conlleva que no proceda la imposición de costas originadas en esta alzada (artículo 398 LEC)

Vistos los preceptos citados y demás de general y pertinente aplicación al caso

FALLO

Debemos desestimar el recurso de apelación interpuesto por GLENCAR ICAV contra la sentencia de fecha 27 de enero de 2021 dictada por el Juzgado Mercantil nº 14 de Madrid, que confirmamos, con imposición de las costas originadas en esta alzada a la apelante

Procede la devolución del depósito consignado para recurrir

Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los 20 días siguientes al de su notificación, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, todo ello si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación.

Así, por esta nuestra sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Ilustrísimos señores magistrados integrantes de este Tribunal.