

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

### I. LA TRANSMISIÓN DEL CRÉDITO Y SU REFLEJO EN LA CALIFICACIÓN

**1.1. Adquisición de crédito de persona especialmente relacionada como consecuencia de una operación de fusión por absorción: ¿se comunica la condición de persona especialmente relacionada más allá de los dos años previstos en el art. 93.2? ¿Cabe aplicar analógicamente el art. 93.2 LC?**

[SAP de Madrid, sección 28, de 6 de abril de 2016 \(nº 123/2016; rec. 536/2015\)](#)

*“SEGUNDO.- (...) El crédito de 1.011.527,15 €, derivado de un préstamo realizado en provecho de EL OLIVAR, nació originalmente en favor de la mercantil BISBLADA S.L. (en adelante, BISBLADA), sociedad que ostentaba la mayoría del capital social de dicha concursada y que se extinguió el 27 de diciembre de 2006 al ser absorbida, en una operación de fusión por absorción, por parte de PORTOCARRIO quien, en virtud de dicha operación, pasó a detentar ella misma esa mayoría en el capital de la concursada hasta el día 7 de diciembre de 2009 en que transmitió por vía de donación la nuda propiedad de sus participaciones en EL OLIVAR a la FUNDACIÓN DOMINUS FLEVIT, reservándose el usufructo de las mismas. La declaración de concurso de EL OLIVAR no se produciría hasta el 14 de marzo de 2011.*

*La sentencia apelada declara probado que las disposiciones patrimoniales en que consistió el referido préstamo tuvieron lugar entre los años 2002 y 2005, naciendo, por lo tanto, el derecho de crédito objeto del presente litigio no más tarde del 31 de diciembre de 2005, es decir, con anterioridad a la fecha en que PORTOCARRIO pasó a ostentar la condición de socia mayoritaria de EL OLIVAR, lo que, como hemos indicado, no tuvo lugar hasta un año más tarde con ocasión de la operación de fusión por absorción de fecha 27 de diciembre de 2006. La realidad de dicha cronología no ha sido seriamente cuestionada en esta segunda instancia. En la página 13 de su escrito de oposición al recurso contrario (folio 1.508 de las actuaciones) EL OLIVAR nos habla de diversas entregas de dinero que habrían sido efectuadas ya por parte de PORTOCARRIO después de entrar en su capital pero, con independencia de tratarse en todo caso de sumas distintas que elevarían la deuda muy por encima de la cantidad que es objeto de la actual controversia, lo cierto es que se trata de un alegato novedoso toda vez que en su contestación a la demanda únicamente nos habló de una transferencia realizada por PORTOCARRIO el 19 de octubre de 2009 por importe de 12.000 € a la que se refería su Documento número 3 (folio 1.165), cantidad en todo caso transferida cuando EL OLIVAR ya adeudaba la suma que ahora se discute, sin que, por tanto, se identifique con ella.*

*No es, por lo tanto, controvertido que en la época en que nace el crédito en cuestión en favor de la prestamista BISBLADA (2002 a 2005) concurría en esta entidad la circunstancia de ostentar más del 10 % del capital de la concursada, circunstancia que contempla el Art. 93-2,1º de la Ley Concursal como determinante de la atribución al acreedor de la condición de persona especialmente relacionada con la persona jurídica*

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*concurrada y, como consecuencia de ello, de la subordinación de su derecho de crédito en el seno del concurso en aplicación del Art. 92-5° de la misma ley La sentencia apelada, acogiendo la argumentación esgrimida por la Administración Concursal, razona que, en aplicación de lo previsto en el Art. 233-2 de la Ley de Sociedades Anónimas y en el Art. 23 de la Ley 3/2009, de 3 de abril, sobre modificaciones estructurales de las sociedades mercantiles, donde se contempla la sucesión patrimonial que tiene lugar en una fusión por absorción como un fenómeno de sucesión universal en el que la sociedad absorbente pasa a ostentar la misma posición que tenía la absorbida en sus relaciones jurídicas, consideró que en la fecha de la absorción -27 de diciembre de 2006- PORTOCARRIO se limitó a continuar ostentando sin solución de continuidad la condición de persona especialmente relacionada con EL OLIVAR que ya resultaba atribuible a BISBLADA en la época de nacimiento del crédito que es la que, a tenor del Art. 93-2,1° ya mencionado, debe tenerse en cuenta a estos efectos, y entendió, por tal motivo, que el crédito debía calificarse como subordinado.*

*Consideramos necesario matizar algo en relación con ese régimen de continuidad. Aun cuando compartiésemos sin fisuras aquella interpretación -no pacífica en todo caso en el terreno doctrinal- que ve en la sucesión universal propia de algunas formas de modificación estructural un expediente "facilitador" merced al cual la transmisión patrimonial se produce en bloque y sin sujeción a los requisitos particulares impuestos por la naturaleza y estatuto propio de cada uno de los derechos y obligaciones transmitidos, esta consideración nunca nos podría conducir a la conclusión de que en un fenómeno de fusión, en particular de fusión por absorción, existe la menor continuidad de la personalidad jurídica de la sociedad absorbida en la sociedad absorbente. Pues, a diferencia de lo que sucede en otro tipo de modificación estructural como lo es la transformación, donde una sociedad adopta un tipo social distinto pero conservando su personalidad jurídica (Art. 3 de la Ley de modificaciones estructurales), **lo característico de la fusión es, precisamente, la extinción de las sociedades que se fusionan, de tal suerte que la sucesión universal o en bloque de aquellas a esta es, efectivamente, un supuesto de transmisión patrimonial (de "transmisión en bloque" nos habla el Art. 23 de dicha ley). O dicho de otro modo: en una operación de fusión el transmitente del patrimonio es -o mejor, era- un sujeto de derecho diferente del sujeto adquirente, esto es, diferente de la nueva sociedad o de la sociedad absorbente, cuya personalidad jurídica no se confunde con la de la sociedad o sociedades extintas. No hay, por lo tanto, conservación ni continuación de la primitiva personalidad jurídica: para poder alterar este principio tendría que haberse postulado eficazmente en el proceso -lo que no ha sucedido- la aplicación de la técnica de levantamiento del velo de la persona jurídica.***

*Salvo en el supuesto excepcional previsto en el Art. 93-3 de la Ley Concursal que no consideramos aplicable al caso y al que enseguida haremos referencia, cuando el Art. 92-5° califica como subordinados los créditos de los que sea titular alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado está contemplando, como hipótesis normal, la de que el sujeto en quien concurren las relaciones personales o societarias definidas por el Art. 93 sea precisamente el mismo sujeto que, una vez declarado el concurso, se presenta en él comunicando como propio el crédito que pueda encontrarse afectado por dichas relaciones. Si, cual sucede en el caso, esa identidad no se cumple (la personalidad jurídica de la extinta BISBLADA no se confunde con la personalidad de PORTOCARRIO, actual titular del crédito), lo que*

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*habrá que determinar es si, al adquirir el crédito que más tarde comunica en el concurso el acreedor PORTOCARRIO -ya como acreedor concursal-, lo hizo o no con dicha limitación, esto es, con la cualidad de crédito subordinado por concurrir en su transmitente la condición de persona especialmente relacionada con el deudor en la época pertinente (fecha de nacimiento del crédito).*

*Asumimos -como no podría ser de otro modo- el postulado del que parte la sentencia apelada, postulado con arreglo al cual la sucesión universal que tiene lugar a consecuencia de una operación de fusión por absorción sitúa a la entidad absorbente en la misma posición jurídica que ostentaba la sociedad absorbida en sus relaciones jurídica activas y pasivas, si bien consideramos al propio tiempo que, pese a ser indudable el interés que presenta el carácter universal de la sucesión en relación con problemas ajenos al que ahora nos ocupa (vgr., la cuestión ya aludida referente a la sujeción o no sujeción de cada elemento patrimonial a las peculiares normas de transmisión que le sean propias), nada añade en realidad ese carácter universal a la definición del contenido y características de cada uno de los bienes o derechos transmitidos, pues también es propia de la transmisión a título singular aquella máxima con arreglo a la cual el perfil del derecho que se transmite al adquirente no puede ser diferente del perfil que tenía para su transmitente.*

*De lo que se trata, en consecuencia, es de determinar si el crédito que entre 2002 y 2005 nació en favor de BISBLADA contra EL OLIVAR podía o no considerarse un crédito subordinado a consecuencia de concurrir en la acreedora la condición de persona especialmente relacionada con la deudora. Pues bien, lo primero que debemos advertir es que el de "persona especialmente relacionada" es un estatuto jurídico de alcance estrictamente concursal cuya operatividad solamente se activa en presencia de un concurso de acreedores aun cuando sean pretéritas las circunstancias capaces de determinar dicha condición. Desconectado funcionalmente del concurso, ese concepto carece de existencia jurídica. Por lo tanto, cuando entre 2002 y 2005 nace el derecho de crédito de BISBLADA no puede decirse en puridad que dicha entidad fuese "persona especialmente relacionada" con EL OLIVAR ya que, pese a concurrir objetivamente en dicha época alguna de las relaciones societarias previstas en el Art. 93-2 de la Ley Concursal (la del apartado 1º, detentación de al menos el 10% de su capital, y eventualmente del apartado 3º, pertenencia al mismo grupo), no es ella sino una entidad con personalidad distinta quien mucho más tarde, cuando se declara en concurso a EL OLIVAR, comunica y aspira a obtener en el seno del mismo el reconocimiento concursal de ese crédito. Y no puede soslayarse el hecho de que, cuando adquiere el derecho de crédito objeto de la actual controversia, PORTOCARRIO no ostenta la condición de persona especialmente relacionada con la concursada toda vez que, pese a concurrir objetivamente en ella (a partir de la fusión y durante los tres años que median hasta que dona sus participaciones) alguna de las relaciones de las previstas en el Art. 93-2, no se cumple el requisito legal de que ello tenga lugar precisamente en el momento del nacimiento del crédito, requisito legal exigible tanto de la hipótesis definida en el apartado 1º de dicho precepto (ostentación del 10% del capital) como -así lo entiende la jurisprudencia como enseguida veremos- de la prevista en el apartado 3º (pertenencia al mismo grupo).*

*Por lo tanto, si ni la cualidad de persona especialmente relacionada ni su corolario natural (la subordinación) pueden considerarse circunstancias capaces de conformar,*

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*delimitar o calificar el contenido del derecho de crédito que en origen ostentaba BISBLADA contra EL OLIVAR, tampoco podrá afirmarse que, al sucederla en sus derechos y obligaciones, PORTOCARRIO adquirió tal derecho con esa clase de condicionamientos ya que -se insiste- no hay en este tipo de operaciones sucesión o continuidad alguna en la personalidad jurídica de las sociedades extintas.*

*Ciertamente, como ya hemos anunciado, esta **incomunicabilidad de la condición de persona especialmente relacionada (incomunicabilidad consecutiva a la falta de operatividad extraconcursal de dicha cualidad jurídica en el transmitente del crédito)** tiene una **excepción en el Art. 93-3 de la Ley Concursal** a cuyo tenor "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 apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso". Ahora bien, sobre la base evidente de no ser aplicable dicha norma al supuesto que nos ocupa (la adquisición del crédito por parte de PORTOCARRIO tuvo lugar mucho antes de los dos años precedentes a la declaración de concurso), **es la propia existencia de la excepción legal la que nos confirma la regla general relativa a la incomunicabilidad de la relación personal determinante de la subordinación más allá del ámbito temporal (dos años) que la excepción contempla.***

*En definitiva, la confirmación del punto de vista que en esta resolución se mantiene proviene esencialmente de que en otro caso, es decir, de aceptarse el punto de vista de la sentencia apelada y sustentado en el proceso por la Administración Concursal y por la concursada, nos encontraríamos con que se habría extendido -sin base legal- la restringida comunicabilidad de la relación personal determinante de la subordinación (alguna de las previstas en el Art. 93-2) más allá de límite temporal que de forma excepcional contempla el Art. 93-3 de la Ley Concursal. Esa opción representaría una **improcedente extensión analógica de un precepto de naturaleza en cierto modo punitiva o, en todo caso, restrictiva de derechos, y resultaría por ello contraria a la prohibición del Art. 4-2 del Código Civil**, por lo que entendemos que, caso de juzgarse justa y procedente la subordinación crediticia en presencia de hipótesis como la ahora contemplada, esa posibilidad debiera ser objeto de previsión legal expresa.*

*No está de más añadir, en todo caso, que ni siquiera consideramos obvio que en un supuesto como el que examinamos la subordinación venga aconsejada por el espíritu o "ratio legis" de la regulación legal examinada. Téngase en cuenta que **la subordinación de los créditos adquiridos durante los dos años anteriores a la declaración de concurso de persona especialmente relacionada se funda en la sospecha de que la transmisión del crédito en época cercana al concurso se ha llevado a cabo con la preordenada intención de eludir la subordinación, pero precisamente por ello la configuración legal de esa excepción no es absoluta sino que recibe en el Art. 93-3 el tratamiento propio de una presunción destruible, quedando siempre en manos del adquirente del crédito la posibilidad de demostrar que en su caso particular la referida sospecha resulta infundada.** Pues bien, en el caso que nos ocupa la adquisición del crédito por parte de PORTOCARRIO no solo desborda ampliamente el periodo de dos años legalmente contemplado (se adquiere más de 4 años antes de la declaración de concurso) sino que, además, tiene lugar con ocasión de una modificación estructural (fusión por absorción), es decir, con ocasión de un tipo de*

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*medida societaria que persigue variopintas finalidades vinculadas a propósitos generales de reestructuración empresarial entre los que difícilmente podríamos suponer existente el ánimo de eludir la subordinación crediticia que pudiera eventualmente producirse en un concurso que no se declararía hasta más de cuatro años después.*

*Tales consideraciones determinan que no pueda fundarse la subordinación en la concurrencia de la hipótesis definida por el Art. 93-2,1º, pero tampoco -y por idénticas razones- podría hacerlo en la circunstancia prevista en el Art. 93-2,3º toda vez que PORTOCARRIO pasó a formar parte del grupo societario al que pertenecía EL OLIVAR el 27 de diciembre de 2006, esto es, con posterioridad al nacimiento del crédito objeto de calificación, y, aun cuando dicho precepto no especifique el ámbito temporal en el que la circunstancia contemplada -pertenencia al mismo grupo- deba resultar operativa, recientemente se ha ocupado de aclarar dicha cuestión la S.T.S. 4 de marzo de 2016, la que nos confirma que la época relevante es, al igual que en la hipótesis del Art. 93-2,1º, la fecha de nacimiento del crédito de cuya calificación se trata, razonando al efecto que "...la concurrencia de las circunstancias que justifican la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor (ser una sociedad del mismo grupo que la concursada), tiene más sentido que venga referenciada al momento en que surge el acto jurídico cuya relevancia concursal se trata de precisar (la subordinación del crédito o la rescisión del acto de disposición), que al posterior de la declaración con concurso. Si se subordina un crédito de un acreedor por tratarse de una sociedad del grupo es porque tenía esa condición en el momento en que nació dicho crédito. Lo que desvaloriza el crédito (la vinculación entre ambas sociedades, acreedora y deudora) debe darse al tiempo de su nacimiento...".*

### **1.2. ¿Exige fraude la aplicación del art. 93.3?; NO**

#### **¿Qué es lo que debe acreditarse para destruir la presunción de persona especialmente relacionada con el concursado?**

**SAP de Madrid, sección 28, de 19 de febrero de 2017 (nº 126/2018; rec. 475/2017) y en cuanto a la destrucción de la presunción también la sentencia anterior.**

*"El citado precepto (art. 93.3 LC) establece una presunción iuris tantum sobre la condición de persona especialmente relacionada con el concursado.*

*Se presume tal condición en los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiera producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.*

*Los presupuestos de la presunción son los siguientes:*

*1º. Que el titular del crédito sea cesionario o adjudicatario de las personas consideradas especialmente relacionadas con el concursado.*

*2º. Que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.*

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*Es evidente que tales presupuestos coinciden en este caso en cuanto, como hemos examinado previamente, CAJA DE RONDA debía ser considerada persona especialmente relacionada con la concursada y la adquisición se efectúa en los dos años anteriores a la declaración de concurso, en fecha 01.12.2011, es decir, con la constitución de UNICAJA.*

*Por otra parte la presunción se refiere a los cesionarios o adjudicatarios, de manera que se extiende a **cualquier adquisición**. En consecuencia, UNICAJA queda afectada por la presunción establecida en el citado precepto.*

***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.***

*Sin embargo, las circunstancias expuestas en el recurso pueden valorarse a efecto de desvirtuar la presunción.*

*Ello permite mitigar, en el caso del posterior adquirente del crédito, el automatismo con el que se establece la subordinación. Por lo tanto 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.*

*A tal efecto se alega que UNICAJA surge en el proceso de reordenación del sistema financiero español y que el cedente del crédito, CAJA DE RONDA, había dejado de participar en la concursada desde 2006. Más de cinco años después se efectúa la transmisión del crédito. Por otra parte, la cesión se efectúa en el ámbito de una sucesión universal de derechos y obligaciones.*

*Según la demanda, ningún **conocimiento especial de la situación de la concursada** tenía CAJA DE RONDA. Se entiende que extiende esta alegación a UNICAJA, que es de quien se debe analizar su condición de persona especialmente relacionada con la concursada como cesionaria del crédito con arreglo a lo dispuesto en el artículo 93.3 LC*

*Sin embargo, **no puede admitirse que ambas sociedades** - también incluso CAJA DE RONDA cuando a pesar de transmitir su participación en la concursada continúa siendo acreedor - **no tuvieran ni conocimiento ni influencia en la situación financiera y patrimonial de la concursada**, puesto que se trata de **bancos financiadores que ostentan sucesivamente la posición de acreedor en el crédito sindicado**. La acreditada y la concesionaria se obligaban a suministrar periódicamente al agente información financiera y económica y el cálculo de los ratios que se detalla en el contrato de financiación, incluyendo información fiscal y de cumplimiento de obligaciones tributarias, además de establecerse muy diversas obligaciones, como las referidas a las*

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*garantías constituidas, o las prohibiciones de incurrir en endeudamientos adicionales, sobre emisión de nuevas acciones, de disposición de ingresos o activos presentes o futuros, de adquisición de nuevos activos o realización de inversiones y de efectuar modificaciones de los estatutos sociales o modificar la actividad de objeto social, entre otras. A ello se añaden los supuestos de incumplimiento y resolución anticipada.*

***Cuando se adquiere la condición de acreedor con esas prerrogativas no debe entenderse desvirtuada la presunción.***

*CAJA DE RONDA y UNICAJA, sucesivamente, tenían indudable conocimiento e influencia en la situación financiera y patrimonial de la concursada.*

***Si la subordinación se justifica - entre otras razones - en el acceso a una completa información de la situación financiera y patrimonial de la sociedad - que en el caso de los créditos sindicados es incluso superior a las facultades de los socios - no cabe aquí duda de tal conocimiento por parte de quienes forman parte del sindicato bancario.***

*Por ello, concurriendo ya los presupuestos de subordinación en CAJA DE RONDA por una de las causas legalmente previstas, estas razones permiten mantener la consideración de UNICAJA como persona especialmente relacionada con la concursada a los efectos de que su crédito sea postergado, siempre teniendo en cuenta que la subordinación no deriva de la mera posición de banco financiador sino de que adquiere el crédito de una entidad que legalmente ostenta la condición de persona especialmente relacionada y de disponer de unas facultades relacionadas con la concursada derivadas del crédito sindicado de las que surge la especial relación - jurídica o económica - exigida por la Ley Concursal, de modo que no se desvirtúa la presunción que establece su artículo 93.3*

*Y respecto a la sucesión universal hemos de advertir que CAJA DE RONDA se acogió al régimen de ejercicio indirecto de la actividad financiera a través de una entidad bancaria de su propiedad, constituyendo UNICAJA BANCO y segregando su negocio financiero, por lo que la relación entre ambas sociedades resulta más que evidente como para entender que la presunción legal resulte desvirtuada en este caso”.*

**1.3. ¿Existe alguna excepción legalmente prevista a la presunción del art. 93.3? Cesión a SAREB.**

**STS de 21 de noviembre de 2018 (nº 657/2018; rec. 3268/2015)**

*“SEGUNDO. Recurso de casación*

*1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción del art. 36.4.h) de la Ley 9/2012. El recurrente entiende que este precepto resulta de aplicación porque la propia norma delimita su aplicación temporal, al disponer que con carácter general ninguno de los créditos transmitidos a Sareb puede ser clasificado como subordinado, y establece una excepción que delimita temporalmente su aplicación: no será de aplicación a los casos en que el crédito hubiese sido ya calificado como subordinado con carácter previo a la transmisión.*

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.*

2. *Estimación del motivo. La disposición final 3ª del RDL 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero incorporó la letra h) al art. 36.4 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que prescribe lo siguiente:*

*"h) Los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria no serán calificados como subordinados en el marco de un eventual concurso del deudor, aun cuando la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria fuese accionista de la sociedad deudora. No obstante, si ya hubiese sido calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión, conservará tal calificación".*

*Para la resolución el recurso, partiremos de la interpretación que de esta norma hicimos en la sentencia 677/2017, de 15 de diciembre.*

*La norma protege los créditos cedidos a Sareb de una eventual subordinación en el concurso de acreedores del deudor. **Se pretende dejar sin efecto, en estos casos, la regla contenida en el apartado 3 del art. 93 LC que, después de enumerar en los dos primeros apartados qué personas pueden ser consideradas especialmente relacionadas con el deudor, para que opere la subordinación del art. 92.5º LC, dispone lo siguiente:***

*"3. 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 apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso".*

*3. La norma del art. 36.4.h) Ley 9/2012 contiene una regla general y una excepción, que por su contenido afecta a su régimen de aplicación temporal. **La regla general es que el crédito cedido a Sareb no podrá calificarse como subordinado en el concurso del deudor. La excepción es que si la cesión de créditos se realiza después de que se hubiera calificado el crédito como subordinado, se mantendrá esta calificación.***

*Como afirmamos en la citada sentencia 677/2017, de 15 de diciembre, para que en un caso como este opere la excepción a la regla general que impide pueda ser clasificado como subordinado el crédito cedido a la Sareb, sería necesario que, al tiempo hacerse valer, la administración concursal ya hubiera calificado el crédito como subordinado en la lista de acreedores incorporada como anexo al informe del art. 76 LC y **que hubiera precluido la posibilidad de rectificar esta calificación**, de acuerdo con las reglas concursales de reconocimiento y clasificación de créditos.*

*En nuestro caso, es cierto que cuando se presentó la lista de acreedores con el informe del art. 76 LC, el 8 de marzo de 2013, todavía no había entrado en vigor el reseñado art. 36.4.h) Ley 9/2012, pues lo hizo el 24 de marzo de 2013. Pero como dicha entrada en vigor se produjo en el periodo en que podía impugnarse la clasificación y Sareb aprovechó este trámite de impugnación para hacer valer esa norma que impide la*



## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*subordinación de sus créditos cedidos, hay que entender que no había precluido esta posibilidad y, por lo tanto, que procedía acoger esa pretensión mediante la estimación de la impugnación de la lista de acreedores”.*

### **1.4. Endoso de pagarés. ¿Cabe reconocer en el mismo concurso el crédito del tenedor del pagaré y el del predecesor endosatario? ¿Con qué calificación?**

**SAP Madrid, sección 28, de 10 de abril de 2015 (sentencia 104/2015; Recurso: 188/2014).**

*“TERCERO.- Sobre el crédito relacionado con el endoso del pagaré número 6.875.527-6.*

*El otro punto polémico de la controversia se ha centrado en el tratamiento que merecería el crédito derivado del pagaré número 6.875.527-6. Este efecto mercantil fue emitido por GRUPO INMOBILIARIO TREMÓN SA (entidad luego declarada en concurso) con fecha 25 de julio de 2007 a favor de CIVITAS ESPÍRITU DEL BIENESTAR SL y su vencimiento era a 25 de enero de 2009; el motivo de su emisión era el pago de una parte del precio de una operación de compraventa de dos fincas sitas en Roquetas de Mar (Almería), que fue formalizada en escritura pública de fecha 26 de julio de 2007.*

*La entidad librada, CIVITAS ESPÍRITU DEL BIENESTAR SL, puso en circulación dicho efecto mercantil y el mismo fue endosado a la entidad CORPORACIÓN ALISISIOS NEGOCIOS INMOBILIARIOS SL, que a su vez lo descontó en LA CAIXA.*

*El juez de lo mercantil ha rechazado a CIVITAS ESPÍRITU DEL BIENESTAR SL el reconocimiento de dicho crédito, siquiera con el carácter de contingente, porque considera que mediante el endoso aquélla habría perdido la condición de acreedor a favor de quien sea el legítimo titular del pagaré. La apelante reclama, sin embargo, que se le asigne el carácter de crédito contingente al derivado de dicho pagaré.*

*Hemos de reconocer que el endoso del pagaré, que supone la transmisión del mismo, conlleva, en principio, la cesión del derecho de crédito inherente a su tenencia, de manera que el acreedor pasaría a serlo el legítimo tenedor. Lo que ocurre es que el endoso entraña una clase de cesión de carácter especial, pues, por un lado, el nuevo tenedor adquiere el crédito cambiario, incorporado al título (y autónomo con respecto a la deuda causal), y por otro, merced a ello, el endosante contrae una responsabilidad, pues, salvo pacto en contrario, garantiza el pago del pagaré frente a los tenedores posteriores, los cuales, en caso de que el cobro del efecto mercantil no pueda finalmente hacerse efectivo (no tenga buen fin), pueden ejercitar la acción de regreso contra aquél ( artículos 18 , 50 y 96 de la LCCh). El inicialmente designado como beneficiario en el pagaré tiene, por lo tanto, motivos fundados para esperar que se produzca el ejercicio de la acción de regreso en su contra, cuando el emisor- firmante del título que aquél puso en circulación (que además ha vencido) ha sido luego declarado en concurso. Es por ello que hay voces que abogan por el tratamiento de créditos contingentes para aquellos que están sujetos a lo que podría considerarse como una suerte de condición suspensiva, tal como ocurre con los derivados del regreso cambiario, porque su exigibilidad dependería de que el emisor-firmante el pagaré no hiciese frente al pago del mismo y operase el regreso (la jurisprudencia se ha mostrado permeable a la admisión de estas situaciones equiparadas a la condición*

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*suspensiva, pudiendo citarse como ejemplo, aunque referida a la fianza, la sentencia de la Sala 1ª del TS de 8 de julio de 2014 ).*

*Sin embargo, la **Ley Concursal no permite las situaciones de doble reconocimiento de un mismo crédito**. No cabe que puedan figurar separadamente como créditos distintos a favor de varios sujetos los que, en realidad, desde el punto de vista del deudor consistirían en **una sola deuda** (en este caso, la instrumentada en el pagaré), con independencia de que pueda darse la alternativa de que finalmente se exija su pago al emisor-firmante por parte de uno u otro interviniente en la cadena de endosos (según la suerte precedente de las previas reclamaciones entre ellos). Lo que financieramente es una misma deuda para el concursado (salvo que el interesado justificase que por el juego de las opciones que conceden los artículos 58 y 59 de la LCCh , su crédito iba a tener, por causa del reembolso, un contenido adicional que exigiese un tratamiento específico) no debería figurar por duplicado en el listado de acreedores (así resulta de los principios que pueden extractarse de las previsiones del artículo 87 de la LC ).*

***El tratamiento concursal adecuado** para esta situación sería el reconocimiento del derecho como acreedor en el concurso a aquél que en ese momento fuese el tenedor del efecto mercantil y que en caso de ulterior pago efectuado a él por parte de un predecesor en la cadena de endosos éste último pasase a sustituirle en el listado de acreedores. La insinuación o la inclusión en el concurso del crédito que incumbe al tenedor **cerraría el paso al reconocimiento de otros** eventuales al predecesor en la cadena de endosos, por el importe inherente al efecto mercantil, **hasta tanto éste no lo pague y pasara a ocupar el lugar de aquél**.*

*No obstante, hay un caso en el que problema podría no tener adecuada solución mediante la aplicación de la regla general que hemos sentado. Nos estamos refiriendo a aquél en el que **el tenedor del pagaré** (confiado en la capacidad de pago de otro predecesor o por cualquier otro motivo) **no se hubiera insinuado en el concurso** (sin perjuicio de la eventual discusión sobre si ello supondría o no responsabilidad del que así actuase si ello se considerase un modo de perjudicar el crédito cambiario - art. 1170 el C Civil o en el que la administración concursal no hubiera incluido, tras el manejo de la contabilidad y los papeles del concursado, el correspondiente crédito en el listado concursal. **En esos casos no habría problema de doble reconocimiento**. Podría comprenderse, entonces, el interés del titular del crédito eventual relacionado con una acción de regreso en reclamar, si el tenedor no hubiera insinuado la inclusión en el listado concursal del crédito cambiario, el reconocimiento de su derecho, **siquiera con carácter contingente** (pues se trataría de una suerte de suspensivo condicionamiento al regreso cambiario), ya que de otro modo correría el riesgo de resultar postergado o incluso de quedar, en un futuro, definitivamente excluido del concurso” (...).*