



Roj: **SAP M 13511/2021 - ECLI:ES:APM:2021:13511**

Id Cendoj: **28079370282021101300**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **05/11/2021**

Nº de Recurso: **313/2020**

Nº de Resolución: **402/2021**

Procedimiento: **Recurso de apelación**

Ponente: **ALFONSO MARIA MARTINEZ ARESO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

c/ Santiago de Compostela, 100 - 28035

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2018/0127825

Recurso de Apelación 313/2020

O. Judicial Origen: Juzgado de lo Mercantil nº 12 de Madrid

Autos de Pieza incidente concursal. Otros (art. 192 LC) 1256/2019

APELANTE: BANCO SANTANDER S.A

Procurador Dña. María Soledad Gallo Sallent

Letrado D. David Múgica Díaz

SENTENCIA: 402/2021

En Madrid, a cinco de noviembre de dos mil veintiuno.

VISTOS, en grado de apelación, por la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados D. Gregorio Plaza González, D. Francisco de Borja Villena Cortés y D. Alfonso María Martínez Areso, los presentes autos de pieza incidente concursal sustanciados con el núm. 1256/2019 ante el Juzgado de lo Mercantil Nº 12 de Madrid, pendientes en esta instancia al haber apelado la parte demandada la Sentencia que dictó el Juzgado el día dieciocho de septiembre de dos mil diecinueve.

Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO: Estimo parcialmente la demanda interpuesta por B. Santander contra la A.C. y la concursada, y se establece lo siguiente:

1º Respecto al reconocimiento del crédito comunicado nº 31 de póliza de préstamo estructurado nº 1030014476 por 490.429,56 euros como ordinario y 885,50 como subordinado, se desestima la petición, y se acuerda no incluir en el inventario dicha cantidad alegada derivada del contrato de préstamo, por no existir deuda alguna del deudor hacia el acreedor.



2º Respecto a las cuotas por arrendamiento financiero, ya sean las anteriores, o las posteriores, y la opción de compra alegada, se desestima la demanda confirmando criterio de la A.C. y se declara que todas las cuotas de dichos contratos de créditos 11 a 15 deben de reconocerse conforme 90.1.4 LC como crédito con privilegio especial, incluido el importe de la opción de compra. En cuanto al resto de cuotas, todavía no impagadas, se debe de reflejar como crédito con privilegio especial contingente (no contra la masa).

3º Respecto a la petición de reconocimiento de Crédito nº 5 de hipoteca de máximo consistente en que se reconozca como crédito con privilegio especial contingente por los intereses que se devenguen hasta el importe máximo de responsabilidad hipotecaria, debe de estarse a la comunicación realizada; en este caso no se ha realizado, como alega la A.C., por lo que debe de procederse conforme 92.1º LC y calificarlos como subordinados, y reconocerse en la lista pero con dicho carácter. Se estima parcialmente la alegación.

4º Respecto a la alegación de incluir el interés del arrendamiento financiero del crédito 26 como crédito con privilegio especial, y no subordinado, debe de estarse a lo dispuesto por la A.C., considerando subordinados los intereses, desestimando la alegación, al quedar incluido de plano en el art 92.3º LC.

5º Respecto a los bienes que se encuentran en leasing, se estima dicha alegación incluyendo derecho de uso en el inventario, conforme alegaciones de la A.C.

6º Respecto a la finca 1990 de Santa María La Real de Nieva, se desestima la petición considerando incluida en el inventario dicha finca conforme expone la A.C.

Sin expresa condena en costas."

SEGUNDO. Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se elevaron los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día cuatro de noviembre de dos mil veintiuno.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Alfonso María Martínez Areso.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Se aceptan los de la resolución recurrida en tanto no se opongan a los de la presente resolución y;

PRIMERO. - Antecedentes procesales

Formuló la entidad financiera actora un incidente concursal frente al informe de la Administración concursal de la entidad LA CASA DE LA CARNE S.A., entre otros extremos y por lo que a este recurso interesa, solicitaba la inclusión en la lista de acreedores, calificándolo como ordinario, el crédito resultante para la concursada de una póliza suscrita con la entidad actora junto con otra prestataria con el carácter ambas de deudoras solidarios. La Administración concursal de la entidad (AC) se opuso a tal reconocimiento postulando en su escrito de contestación a la demanda respecto a este extremo que el crédito comunicado fuera reconocido como "crédito contingente en la cuantía que se determine del capital pendiente, que debe ser minorado por la amortización de las cuotas asumidas por el otro titular, CÁRNICAS NUEVA IMAGEN SL desde la declaración del concurso".

La resolución de la instancia rechazó su inclusión en el informe con fundamento en que "no pudiéndose incluir el importe de la deuda salvo que se produzca un incumplimiento de pago por alguno de los obligados solidarios en cuyo caso el actor podrá acudir a reclamar a uno, o a los dos, mediante el ejercicio de las acciones oportunas, que en el caso del concursado será a través de su petición de inclusión a la A.C".

Frente a tal resolución la actora formula recurso de apelación, pretendiendo en esta alzada se reconozca dicho crédito como "crédito contingente en la cuantía que se determine del capital pendiente", con fundamento en los siguientes argumentos:

La propia AC mantiene que el crédito no es que no deba incluirse, sino que ha de serlo como crédito contingente sin cuantía ordinario.

Estima la recurrente, en sede de recurso, que así debe serlo en cuanto se evitaría la incertidumbre derivada de un incumplimiento ulterior del contrato de préstamo y las dudas sobre cómo habría de procederse en tal situación.

Considera que tal pretensión es conforme a lo regulado en el art. 87 de la LC, norma aplicable por razón del tiempo en que la impugnación se produce, y la jurisprudencia que la interpreta que, en supuestos de fianza solidaria ha calificado el crédito del fiador concursado como crédito contingente. Solución que también ha de aplicarse a los supuestos de solidaridad entre prestatarios y ello, con fundamento en diversa jurisprudencia.



De otra parte, tal solución es la única que cumple con las exigencias de la seguridad jurídica en cuanto, caso de aprobación de convenio o de apertura de la liquidación concursal, resultaría difícil el reconocimiento del crédito resultante del impago de la póliza por haber precluido el plazo de impugnación del informe de la AC. Y, si ciertamente, la concursada quedara vinculada a tal crédito derivado de la póliza, no podría participar ni de los pagos en la fase de convenio, si estuviera vigente, o de los realizados en fase de liquidación, por no figurar el crédito en los informes de la AC.

Con este fundamento, la actora considerar que la resolución recurrida le es gravemente perjudicial.

La AC ni se opone, ni impugna el recurso formulado, manteniendo que es la actora, ahora recurrente, la que ha variado su *petitum*, en cuanto fue la AC la que ya en la contestación a la demanda propugno esta solución, crédito contingente sin cuantía, ordinario respecto al principal y subordinado para los intereses.

SEGUNDO. - Calificación del crédito cuya inclusión en el informe de la AC se solicita

El supuesto de hecho dista de ser similar a los contemplados por la mayor parte de la jurisprudencia citada. Así, se trata de un supuesto en el que la entidad actora concertó una póliza de préstamo, denominada "Póliza de préstamo Estructurado a Medida número 0049/1916/11/1030014476", en la que los prestatarios eran con carácter solidario tanto la concursada, LA CASA DE LA CARNE S.A., como CÁRNICAS NUEVA IMAGEN SL.

Ciertamente, la jurisprudencia del TS se inclinó por reconocer al crédito del fiador solidario que garantiza la obligación de un tercero la condición de crédito contingente conforme a lo declarado en la STS 361/2014, de 8 de julio. Sin embargo, las razones allí esgrimidas, la subsidiariedad, esto es, la exigencia del incumplimiento previo de la obligación del deudor principal para dirigirse contra el fiador, incluso en los supuestos de fianza solidaria, no existen en el supuesto de codeudores solidarios.

En este sentido, son plenamente aplicables las razones esgrimidas por esta Sala en las sentencias siguientes, respecto a un supuesto de concursado constituido en fiador solidario, pero plenamente aplicables, con mayor razón, a supuestos de prestatarios solidarios

SAP de Madrid (Sección Vigésimoctava) nº 217/2014, de 7 de julio:

1. El vencimiento anticipado de las deudas a plazo en el concurso.

Uno de los efectos que aparecían en el régimen anterior a la Ley Concursal como derivados de la declaración de quiebra (artículo 883.1 CCo) o de Concurso (artículo 1.915 CC) es el vencimiento anticipado de las deudas a plazo, teniendo en cuenta que la finalidad de ambos procedimientos era la liquidación del patrimonio del deudor quebrado o concursado, a diferencia de la suspensión de pagos. Por ello el hecho de que la suspensión de pagos no fuese un procedimiento de liquidación daba lugar a que no se produjera el efecto del vencimiento anticipado de las deudas del suspenso.

No obstante, la doctrina diferenciaba tal consecuencia en el seno de la quiebra y el concurso de los efectos del artículo 1.129 CC , en cuanto la insolvencia a la que alude no coincide con el presupuesto objetivo ni de la quiebra ni del concurso, que giran sobre la cesación en el pago de las obligaciones corrientes. Tampoco el artículo 1.129 CC precisaba que hubiera sido declarada la situación de insolvencia previamente, y tampoco requiere la pluralidad de acreedores ni le asiste al deudor la facultad de enervar el vencimiento anticipado ofreciendo una garantía cuando ha sido ya declarado en quiebra o concurso.

Como la finalidad preferente del concurso en la Ley Concursal es el convenio, no la liquidación, y a fin de evitar que las posibilidades de convenio queden afectadas al surgir con la declaración un pasivo aún no exigible, el legislador no establece como efecto de la declaración de concurso el vencimiento anticipado de las deudas, que dejan de devengar intereses (artículos 58 a 60 LC).

Únicamente la apertura de la liquidación produce el vencimiento anticipado de los créditos (artículo 146 LC).

En consecuencia, los efectos del concurso sobre los créditos se determinan estrictamente por lo dispuesto en la Ley Concursal.

SAP de Madrid (Sección Vigésimoctava) nº 232/2013, de 19 de julio.

La deuda contra el fiador solidario existe a favor del acreedor con independencia de si está ya vencida y de si es todavía exigible. Se es deudor desde que se contrae la deuda y en el caso de la fianza solidaria se participa, al menos en el aspecto externo, en decir, frente al acreedor, de la condición de deudor desde que se adquiere la obligación de cumplir de modo solidario con el afianzado, pudiendo el acreedor ejercitar el "ius electionis" contra uno u otro (artículo 1144 del C. Civil).

...



no puede ser motivo de estimación parcial de la impugnación el que se hayan producido pagos por parte del prestatario o novaciones de las condiciones que se hayan podido producir con posterioridad a la confección de la lista, pues ese es un hecho que puede ser trascendente a otros efectos, pero no para asignar al crédito la inclusión en una categoría jurídica que debe ser una decisión previa e independiente de ello. La incidencia de pagos ulteriores por parte de otro en la rebaja del crédito se solventa con la comunicación de este hecho a los órganos del concurso para su toma en consideración a los efectos que procedan en el proceso concursal (como los previstos, por ejemplo, en el artículo 161 de la Ley Concursal u otras previsiones que pudieran estimarse análogas). Pero ello no podría utilizarse como motivo justificativo del éxito parcial de la impugnación de la lista elaborada por la administración concursal si ésta no fuera incorrecta al tiempo de su confección.

No cabe duda acerca del hecho de que es la apertura de la fase de liquidación concursal y no la mera declaración de concurso la que determina el vencimiento de los créditos aplazados. El crédito cuestionando sin duda lo es. Tampoco puede cuestionarse que la existencia de pagos posteriores a la declaración de concurso por cualquiera de los obligados no afecta a la existencia y calificación del crédito, sino tan solo a su cuantía, que ha de ser corregida en cuanto a las disminuciones, por pago del concursado o del codeudor solidario.

De otra parte, esta solución, la inclusión del total crédito en el concurso del deudor obligado solidariamente, es la conclusión inexorable devenida del art. 1137 del CC y aceptada implícitamente por la LC, p.e. en sus artículos 85.5, 87.7 y 97.4. 3º de la LC.

Por tanto, mantiene esta Sala que la calificación correcta correspondiente al crédito examinado era la de crédito ordinario con la cuantía inicialmente señalada por la impugnante del informe de la AC.

TERCERO. - Pretensión de la recurrente en esta instancia

A la vista de la pretensión de la recurrente, lo cierto es que, si bien en la instancia solicitó la inclusión del crédito de constante referencia en la lista de acreedores y su calificación como ordinario en la cuantía resultante a la fecha de la declaración del concurso, en esta instancia varía la calificación del mismo, solicitando la calificación como contingente ordinario en la cuantía resultante del capital y como subordinado por los intereses.

Esta sustancial modificación de su calificación fuerza a la Sala a una de estas dos soluciones:

Conforme al principio dispositivo (art 465.5 de la LEC) acceder a lo solicitado declarando contingente el crédito. Esto es, se le reconoce una peor condición que la que le corresponde en cuanto a los derechos que se atribuyen al titular art. 87.3 de la LC, a petición de este y de conformidad con todas las partes personadas en el incidente -el promotor y la AC-.

De otra, dado que la calificación jurídica pretendida no es la que se ajusta a la verdadera naturaleza del crédito referido, proceder a la desestimación de la pretensión, por pretenderse algo distinto a lo solicitado en la instancia y, por tanto, haberse producido una *mutatio libelli*.

En este sentido, valgan por todas, los razonamientos mantenidos por la STS sentencia 491/2006, de 18 de mayo, reiterada en la 669/2011, de 4 de octubre,

"las acciones deben ser ejercitadas con claridad y precisión, sin que quepa el efecto sorpresivo, ni someter a la contraparte y al tribunal al esfuerzo de averiguar el fundamento de lo que realmente se pretende en la demanda. Por ello, aun cuando la individualización e identificación de la causa petendi tiene lugar por los hechos jurídicos relevantes a tal efecto, sin embargo, cuando son equívocos o permiten diversas perspectivas jurídicas, debe concretarse la norma jurídica cuyo efecto se pretende". El ordenado desarrollo del proceso, unido a la necesidad de evitar la indefensión que podría provocar a la contraparte, es determinante de la prohibición de modificar lo que sea objeto del proceso una vez fijado en la demanda y en la contestación y, en su caso, en la reconvenición, a cuyo efecto el art. 412 LEC prohíbe su alteración, de tal forma que, de acuerdo con los clásicos brocardicos *lite pendente nihil innovetur* y *non mutatio libelli*, no cabe posteriormente mutar la demanda (en este sentido, sentencia 345/2011, de 31 de mayo), afirmándose en la sentencia 499/2008, de 4 de junio que "su alegación posterior fuera de los escritos rectores, es extemporáneo y va contra los principios procesales de igualdad de armas, y desde luego, provoca una situación procesal anómala".

Existen dos importantes razones que llevan a la Sala a optar por la primera de las soluciones.

En primer lugar, no parece que la calificación como contingente determine una infracción de los derechos procesales -defensa, audiencia y prueba- de la parte contraria en el incidente concursal ocasionándole algún tipo de indefensión, en cuanto la calificación por la que opta en la apelación la actora, ahora recurrente, es la ya propugnada por la AC demandada en la instancia.



Además, la solución pretendida pudiera paliar en parte los efectos avanzados por la recurrente en su recurso, inseguridad jurídica, imposibilidad de fijar la cuantía y, sobre todo, la imposibilidad de cobrar el crédito bien en sede de cumplimiento de convenio, bien en sede de liquidación.

No desconociendo esta Sala que la solución elegida por la recurrente plantea otros problemas como el momento en que cesa una contingencia que nunca existió y que, bien pudiera solventarse con una mera cuantificación en su caso de la deuda, si la coprestataria solidaria dejara de satisfacer las cuotas que van venciendo, tanto por principal como por intereses.

De otra parte, la actora resulta privada por su propia voluntad de unos derechos - principalmente, al voto en el convenio y el cobro dentro del concurso- a los que en una correcta calificación del crédito hubiera podido acceder.

Por tanto, con las matizaciones realizadas, el recurso de la recurrente, ha de ser estimado.

CUARTO. - Costas procesales

Conforme a los arts. 394 y 398 de la LC, las costas del recurso no se impondrán a la recurrente.

VISTOS los artículos citados y demás de pertinente y general aplicación.

FALLO

Que estimamos el recurso interpuesto por **BANCO DE SANTANDER** contra la sentencia de fecha 18 de septiembre de 2019, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado Mercantil Nº 12 de los de Madrid en INCIDENTE CONCURSAL DE IMPUGNACIÓN DE LA CALIFICACIÓN DE LOS CREDITOS EN EL CONCURSO 1601/2018, revocando la resolución recurrida en el único extremo de clasificar las cantidades derivadas de la contratación de la Póliza de préstamo Estructurado a Medida número 0049/1916/11/1030014476, como un crédito contingente sin cuantía, ordinario respecto al principal que pudiera resultar, y subordinado respecto a los intereses impagados, confirmando la resolución recurrida en todos sus demás extremos. No se hace especial declaración de las costas del recurso de apelación interpuesto.

Dese al depósito el destino legal.

Contra la presente resolución cabe recurso de casación por interés casacional, y extraordinario por infracción procesal, si es interpuesto conjuntamente con aquél ante esta Sala en plazo de veinte días, del que conocerá el Tribunal competente, debiendo el recurrente al presentar el escrito de interposición acreditar haber efectuado un depósito de 50 euros para cada recurso en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones de esta Sección en la Sucursal 8005 de BANCO DE SANTANDER, debiendo indicar en el recuadro Concepto en que se realiza: 04 Civil-Extraordinario por infracción procesal y 06 Civil-Casación, y sin cuya constitución no serán admitidos a trámite.

Remítanse las actuaciones al Juzgado de procedencia, junto con testimonio de la presente, para su ejecución y cumplimiento.

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

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda.

Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes.