

COMENTARIOS SENTENCIAS FEBERO-JULIO 2021.

1.- Recurso de queja.

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Auto de 26 Feb. 2020, Rec. 357/2019.

En este caso, el TS resuelve un recurso de queja por la no admisión de un recurso de casación y un recurso extraordinario por infracción procesal por haber sido presentados fuera de plazo.

La controversia surge a raíz de la notificación efectuada al recurrente, en fecha 12 de noviembre de 2019, de la resolución por la que se le requería para realizar el depósito para recurrir en el plazo de 2 días. El depósito fue efectuado el día 15 de noviembre de 2019, considerando el recurrente que se encontraba dentro del plazo de gracia.

No lo entiende así el TS, al explicar que la previsión contenida en el art. 135 LEC no supone una ampliación del plazo, sino que constituye una solución a los problemas que se plantean en la práctica derivados de la interdicción de presentar los escritos a término en el juzgado de guardia. Dado que el art. 133.1 LEC de 2000 determina que los plazos expiran a las 24 horas del día de su término, y según la STC 239/2005 las partes tienen derecho a disponer de los plazos en su totalidad, se admite la presentación de los escritos relativos a actuaciones a término que se presenten antes de las 15 horas del día siguiente al vencimiento del plazo.

No obstante lo anterior, el TS entiende que la recurrente no se encontraba en tal circunstancia, por lo que entiende que el recurso de queja no puede estimarse.

2.- Responsabilidad entidad financiera por cargos indebidos en cuentas.

- Audiencia Provincial de Castellón, Sección 3ª, Sentencia 201/2020 de 21 May. 2020, Rec. 26/2019.

En el caso enjuiciado, el apelante reclamó en primera instancia a su banco la cuantía correspondiente a dos cargos a su cuenta realizados sin su conocimiento ni consentimiento. En apelación, la controversia versa sobre la responsabilidad de la entidad bancaria en casos de utilización no autorizada de métodos de pago y de los deberes de los usuarios ante este tipo de situaciones.

En primer lugar, al tratar la carga de la prueba, la AP alude al art. 30 de la Ley de Servicios de Pago, que se encontraba en vigor en el momento de los hechos. Según dicho precepto, la carga de la prueba de la correcta autenticación, registro y contabilización de la operación de pago corresponde a la entidad proveedora de servicios de pago, en este caso el demandado/apelado.

Además, el artículo detalla que el registro por el proveedor de servicios de la utilización del instrumento de pago no basta para demostrar que la operación de pago fue autorizada por el ordenante, ni que éste actuó de manera fraudulenta o incumplió deliberadamente o por negligencia grave una o varias de sus obligaciones. Así, destaca la Audiencia que los documentos aportados por el demandado no son suficientes para probar la originalidad de la tarjeta utilizada en las transacciones objeto de la controversia.

En adición, la sentencia trata el art. 27 de la anteriormente mencionada Ley de Servicios de Pago, en el cual se estipulan determinadas obligaciones de los usuarios de los servicios de pago, las cuales el tribunal entiende que fueron cumplidas por el demandante.

Además, la sentencia alude a la condición general 5ª del contrato suscrito sobre la tarjeta objeto del litigio. De acuerdo con la misma, la entidad no asume responsabilidad por las utilizaciones de tarjeta o de libreta, consistentes en extracciones en efectivo u otras operaciones con cargo a la cuenta bancaria, con anterioridad a la comunicación de la sustracción o extravío. Esta cláusula fue considerada desproporcionada y abusiva por el Tribunal Supremo en la Sentencia núm. 792/2009, de 16 de diciembre.

Además, la Audiencia afirma que quien tiene el primer deber de impedir el mal uso de la tarjeta es el emisor que ha puesto en marcha el sistema, correspondiéndole la carga de la prueba de la mala fe o negligencia grave del usuario o titular de la tarjeta. Asimismo, sostiene que le corresponde a la entidad bancaria asumir los riesgos que conlleva la tarjeta al ser ésta quien recibe los beneficios derivados de la misma, en concepto de comisiones de uso, mantenimiento, recargos e intereses.

Considerando todo lo anterior, la AP de Castellón establece la responsabilidad de la entidad bancaria por los cargos realizados mediante la utilización no consentida de la tarjeta del demandante.

3.- Calificación concurso. Persona física representante de persona jurídica administrador.

- Sentencia 16/2021 de la Audiencia Provincial de Orense, Sección 1ª, de 13 de enero de 2021.

En un concurso de acreedores calificado como culpable, se declaró afectada a la persona física representante de la persona jurídica administradora societaria de la concursada. La AP debe determinar si una persona en la descrita situación de representación puede ser declarada afectada conforme a lo dispuesto en el art. 172 bis.1 LC (redacción Ley 17/2014).

En primer lugar, la AP aclara que es posible que un concurso sea calificado de culpable, pero que no haya personas afectadas por tal declaración.

En lo que respecta al cargo que ostentaba la recurrente en el momento de declaración del concurso, la AP considera que no puede considerarse que éste se encuentre incluido dentro de los supuestos del art. 172 bis.1 LC. Por un lado, por no estar la figura de la persona física representante de la persona jurídica administradora societaria de la concursada contemplada expresamente dentro de este precepto; y por otro, por la imposibilidad de asimilar tal situación a la del administrador de hecho, al no cumplirse los requisitos positivos que se requieren para poder apreciar su concurrencia. Entre ellos, se encuentra la exigencia de una actividad relevante de injerencia en asuntos sociales, realizada de forma independiente y soberana. Tal actividad no fue demostrada en el caso en ningún momento, por lo que asimilar la situación de la recurrente con la de una administradora de hecho no es procedente.

Además, acerca del art. 236.5 del TRLSC 31/2014, la AP considera que la equiparación de la persona física designada para el ejercicio permanente de las funciones propias del cargo de administrador persona jurídica con la figura de los administradores se refiere específicamente a los deberes que a ambos se les encomienda; de forma que considera discutible extender tal equiparación al ámbito sancionador de la ley. En todo caso, tal aplicación tendría un carácter

retroactivo, al haber dejado su cargo la recurrente antes de la entrada en vigor de la mencionada ley, por lo que no estaría permitida.

De esta forma, la AP entiende que la recurrente no puede ser considerada persona afectada por la calificación, por lo que la sentencia de primera instancia debe ser revocada.

4.- Clasificación créditos. Crédito con privilegio especial (prenda)

- Sentencia 135/2021 de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1ª, de 5 de marzo de 2021.

En el concurso de una herencia yacente se plantea una controversia relacionada con la determinación del carácter de una prenda, a efectos de establecer el plazo de prescripción de la acción pignoraticia.

Una entidad financiera había avalado al causante para el caso de que determinadas subvenciones de las que éste era beneficiario fueran revocadas, constituyéndose, a su vez, un derecho real de prenda para afianzar las obligaciones que pudieran afectar al banco en caso de ejecución del aval. Tras tener lugar tal ejecución, el banco abonó la cantidad que había avalado, pero en el momento de declaración del concurso de la herencia, aún no había aplicado el importe pignorado a la cancelación de la prenda.

La administración concursal entiende que la prenda concertada entre la entidad financiera y el causante constituye una prenda sin desplazamiento del art. 54 de la Ley Hipoteca Mobiliaria y Prenda si desplazamiento de la posesión; por lo que su plazo de prescripción sería de 3 años, y debería ser declarada extinguida.

Por el contrario, el juzgado de primera instancia entendió que se trataba de una prenda ordinaria, al recaer sobre una operación que consideró que se enmarcaba dentro del RDL 5/2005, y que por lo tanto se encontraba excluida del ámbito de aplicación del anteriormente mencionado art. 54 LHMPD. Así, el plazo de prescripción sería de 5 años, y la acción pignoraticia no habría caducado a fecha de declaración del concurso.

El tribunal analiza las características del crédito, y determina que no se enmarca dentro del ámbito de aplicación del RDL 5/2005; por lo que, en principio, podría considerarse que la prenda controvertida tiene el carácter de prenda sin desplazamiento de la posesión.

Sin embargo, conforme al art. 3 LHMPD y a lo dispuesto en el régimen concursal, para que la prenda pueda ser oponible a terceros en el concurso debe haber sido constituida con los requisitos y formalidades exigidos por su legislación específica; por lo que debe valorarse el hecho de que la prenda objeto de litigio no se hubiera inscrito en su momento en el Registro de Bienes Muebles, como requiere el art. 54 LHMPD. Tras citar jurisprudencia sobre esta cuestión, la AP considera que la ausencia de este requisito imprescindible provoca que la prenda de este caso deba ser considerada como ordinaria, y no como prenda sin desplazamiento.

Así, la Audiencia marca el plazo de prescripción en 6 años, conforme al Código Civil y entiende que la acción pignoraticia no se encuentra prescrita, por lo que el crédito debe conservar en el concurso el privilegio especial.

5.- Responsabilidad administrador concursal.

- Sentencia 111/2021 de la Audiencia Provincial de Burgos, Sección 3ª, de 9 de marzo de 2021.

Se presenta una acción de responsabilidad contra el administrador concursal de la empresa para la que trabajaban los demandantes. Éstos entienden que, debido a negligencia por parte del demandado, el concurso no pudo ser debidamente calificado como culpable, perdiéndose así la posibilidad de imputación del déficit concursal, hecho que les hubiera permitido cobrar sus créditos.

La AP confirma que la imposibilidad de calificar el concurso como culpable deriva de las acciones negligentes de la administradora concursal. Sin embargo, la controversia se centra sobre el momento en que empieza a correr el plazo de prescripción para interponer la acción de responsabilidad.

La acción de responsabilidad ejercitada del art. 36.6LC (actual artículo 98.1 TRLC) es de carácter extracontractual, por lo que se encuentra sujeta al plazo de prescripción de un año del artículo 1968 CC. Según la resolución del Juzgado de primera instancia, este plazo debe considerarse iniciado en el momento en que se archiva la pieza de calificación, que es cuando los actores son ya conocedores de que no se iba a hacer declaración del déficit concursal. Por su parte, los demandantes sostienen que el plazo debe comenzar en el momento de la conclusión del concurso, ya que antes de ese momento no podían saber que no iban a poder cobrar sus créditos.

La AP coincide con el Juzgado en considerar que el inicio del cómputo debe establecerse en el momento del archivo de la pieza de calificación, ya que lo relevante para los demandantes no es en sí el hecho de que no fueran a poder cobrar sus créditos (cosa que, por otra parte, ya se sabía desde antes de la fecha de tal archivo); sino el hecho de que ya no iban a contar con la garantía que les hubiera supuesto una imputación de la responsabilidad por déficit concursal a los administradores de la sociedad.

Apunta incluso la Audiencia que no se produce ningún daño derivado de la ausencia de esta garantía, ya que la responsabilidad de los administradores puede ser solicitada en sede de acción individual de responsabilidad tras la conclusión del concurso; por lo que el recurso es desestimado en su totalidad.

6.-Impugnación créditos e inventario.

- Sentencia 465/2021 de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15ª, de 16 de marzo de 2021.

En el caso enjuiciado, las partes habían firmado un contrato de permuta de un solar por inmuebles futuros. La demandada se encuentra ahora en concurso de acreedores, formando parte de su masa activa los inmuebles que se había comprometido a transmitir al demandante, quien solicita su exclusión de la misma, así como el alzamiento de los embargos trabados sobre éstos y la inclusión de su persona en la lista de acreedores por el valor de tales cargas, la declaración de su propiedad sobre los inmuebles, y la condena a la concursada a elevar la transmisión a documento público.

La controversia principal sobre la que se centra el caso consiste en dilucidar si el demandante llegó a adquirir el dominio de los inmuebles antes de la declaración del concurso. Siguiendo la

doctrina del título y el modo, lo que se discute es si está probada la *traditio* de las fincas comprometidas. Tal entrega resulta acreditada, a ojos de la AP, por un documento privado en que ambas partes afirman la realización de la misma; así como por numerosos documentos de alta y pago de los suministros correspondientes a los inmuebles a nombre del demandante, de su esposa y de su hijo.

En concreto, la AP incide en el hecho de que por sí sólo, el documento privado no constata de manera suficiente la entrega de los inmuebles, pero aclara que tal insuficiencia se ve completada por la abrumadora cantidad de indicios de que las viviendas fueron ocupadas por el demandante y su familia de forma muy próxima a la fecha del documento. Por todo ello, la AP considera probada la *traditio*, y estima la acción de separación interpuesta por el demandante.

Con respecto a las cargas del inmueble, la AP cita el art. 61.1 LC, según el cual cuando en el momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones (como es el caso del demandante), y la otra tuviera pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda se incluirá en la masa activa o pasiva, según corresponda. Así, en el presente caso, la obligación de cancelar las cargas incluida en el contrato de permuta se encuentra sometida a las vicisitudes del concurso, por lo que no puede estimarse de forma independiente.

En consecuencia, habría de modificarse la lista de acreedores para incluir en ella los créditos a favor del demandante, en la medida en que éste asumiera personalmente el pago de los créditos reconocidos en el concurso a favor de la acreedora hipotecaria.

En esta situación tan solo se encuentran las cargas hipotecarias, ya que sólo son éstas las preexistentes al momento de la entrega de los bienes. Las cargas restantes no pueden ser opuestas al demandante, en la medida en que su dominio se consolidó antes de que las mismas accedieran al Registro.

Por todo lo anterior, la AP ordena la exclusión de la masa activa de los inmuebles mencionados; condena a la concursada al cumplimiento de su compromiso de otorgar escritura pública, y acuerda el alzamiento de todos los embargos preventivos salvo de las hipotecas.

- **Sentencia 134/2021 de la Audiencia Provincial de Tarragona, Sección 1ª, de 17 de marzo de 2021.**

La controversia surge en el seno de un procedimiento concursal, al no estar de acuerdo uno de los acreedores ni con la clasificación de su crédito, ni con la cuantía en que están valorados los bienes inmuebles que lo garantizan.

El crédito controvertido había sido clasificado como privilegiado, en la cuantía garantizada por los inmuebles correspondientes; ordinario, en la cuantía restante del capital y de los intereses ordinarios; y subordinado en lo correspondiente a los intereses de demora. El acreedor solicita que toda la cuantía se clasifique como crédito privilegiado; así como el reconocimiento de una valoración distinta de los bienes inmuebles que garantizan al mismo.

Para resolver la controversia, la AP aplica el art. 90.3 LC (versión de 2003), que señala que el privilegio especial de los créditos garantizados con hipoteca o prenda sin desplazamiento tan sólo alcanza la parte del mismo que no exceda del valor de la garantía; así como de las reglas de valoración contenidas en el art. 94.5 LC, que establecen que para fijar el valor razonable de los bienes debe acudir al que fije una entidad o sociedad de Tasación homologada e inscrita en el Banco de España.

La AP entiende que la administración concursal se ajustó de manera correcta a lo dispuesto por los anteriores preceptos, por lo que desestima el recurso interpuesto por el acreedor.

7.-Compesación créditos tras conclusión del concurso.

- **Sentencia 198/2021 de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, de 24 de marzo de 2021.**

En este caso, tras el auto de conclusión de un concurso de acreedores, la AEAT reconoce la devolución a la concursada de un importe, y la compensación de tal cuantía contra las deudas pendientes de la concursada.

A consecuencia del ingreso derivado de tal operación, la administración concursal interesó la reapertura del concurso e interpuso demanda solicitando la nulidad de pleno derecho de la compensación, así como la devolución y pago de la cantidad compensada. Tal demanda fue desestimada en primera instancia, por lo que la administración concursal interpuso el recurso que en esta sentencia resuelve la AP.

El primer motivo del recurso se apoya en la jurisprudencia que afirma que la personalidad de una sociedad mercantil extinguida pervive mientras lo hagan todas las relaciones jurídicas de las que fue parte. Así la efectiva desaparición de la sociedad tan sólo tiene lugar en el momento en que la sociedad haya sido liquidada, no quedando acreedores insatisfechos, socios sin pagar ni patrimonio sin repartir.

De lo anterior, la recurrente entiende que desde la extinción de la sociedad a consecuencia de la conclusión del concurso hasta la efectiva desaparición de la sociedad no puede operar la compensación, en aplicación del art. 58 LC (modificación Ley 38/2011); al entender que al mantenerse la personalidad jurídica, los efectos del concurso se mantienen con ella. Así, la recurrente entiende que la existencia latente de la personalidad jurídica de la concursada implica la subsistencia de los efectos de la declaración del concurso.

La AP difiere de lo anterior, y destaca que el art. 178.2 LC (modificación Ley 38/2011) es claro al permitir que en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de la masa activa, los acreedores puedan iniciar acciones singulares mientras no se declare la reapertura del concurso o no se declare uno nuevo. Así, la AP entiende que la AEAT se encontraba en la situación descrita por el anteriormente mencionado precepto, por lo que, al no regir ya las limitaciones del concurso, sí podía dirigirse contra el patrimonio del deudor.

El segundo motivo del recurso denuncia la infracción de los principios básicos de la LC, al considerar que la actuación de la AEAT quebranta la *par conditio creditorum* y el orden de prelación de los créditos. El motivo es desestimado, al producirse la compensación fuera del concurso, al amparo de lo previsto en el mencionado art. 178.2 LC.

Por todo lo anterior, la AP desestima el recurso interpuesto por la administración concursal.

8.- Clasificación crédito por costas. Crédito masa o concursal.

- **Sentencia 425/2021 de la Audiencia Provincial de Asturias, Sección 1a, de 15 de abril de 2021.**

Una comunidad de vecinos presenta una demanda frente a una promotora. Entre el momento de la interposición de tal demanda y el pronunciamiento de la sentencia, la promotora es declarada en concurso de acreedores. En la sentencia, la demandada es condenada en costas.

En un posterior procedimiento, se pone en duda la clasificación de la deuda correspondiente a las costas como crédito contra la masa. La demandante considera que, como tal crédito surge con el pronunciamiento de la sentencia, y ésta es posterior a la declaración del concurso, éste debe tener la consideración de crédito contra la masa. Coincide con esta interpretación el Juzgado de primera instancia. Sin embargo, la demandada y ahora apelante, la concursada, argumenta que la sentencia fue dictada con demora, y que de haber sido dictada en plazo, lo hubiera sido antes de la fecha de declaración del concurso; por lo que el crédito hubiera sido concursal.

Respecto a la caracterización del crédito, la AP examina si se dan los presupuestos contenidos en el art. 84.2.3º LC. Especialmente, debe determinarse si la continuación del procedimiento del que surgió la deuda respondía al interés del concurso.

Citando anterior jurisprudencia en el mismo sentido, la AP entiende que la decisión de permitir que la demanda siguiera su curso hasta sentencia implica que lo fue en la esperanza de obtener un pronunciamiento absolutorio o una condena inferior a la solicitada por la actora, y con ello la no imposición de las costas. Se entiende, así, que tal continuación lo fue en interés del concurso, y que con ella se asumía el riesgo de una eventual sentencia contraria a las pretensiones de la concursada y la consiguiente condena en costas.

Por todo lo anterior, el crédito controvertido de este caso se enmarca dentro del supuesto del art. 84.2.3º LC, y debe considerarse como crédito contra la masa.

En relación con la demora del pronunciamiento de la sentencia alegada por la apelante, la AP entiende que en ningún caso puede considerarse que el surgimiento de los créditos que derivan de la sentencia pueda ser anterior a ésta; ya que esto provocaría una ficción contraria a la seguridad jurídica. Por tanto, la Audiencia afirma, en adherencia a numerosa jurisprudencia anterior, que los créditos que derivan del pronunciamiento de las sentencias tienen la misma fecha que éstas, sin que puedan remontarse en ningún caso a un momento anterior en el tiempo.

9.- Retribución de los administradores sociales en sociedad mercantil.

- Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 310/2021 de 13 May. 2021, Rec. 1809/2018.

El TS debe pronunciarse sobre la nulidad del acuerdo sobre la retribución de la administradora como directora general.

En segunda instancia se consideró que a pesar de no concurrir conflicto de interés ni lesión del interés social; el acuerdo debía considerarse nulo debido a la imposibilidad de la junta de fijar la retribución con carácter retroactivo, basándose en lo dispuesto en la disposición transitoria primera de la Ley 31/2014, de 3 de diciembre por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital. Esta disposición transitoria dictamina que las modificaciones introducidas por la citada norma legal en determinados artículos, entre los que se encuentra la retribución de los administradores del art. 217, debían acordarse en la primera Junta General posterior a la fecha de entrada en vigor de tales modificaciones.

El TS entiende que de lo anterior no puede extraerse, como lo hizo en su momento la AP, que el importe máximo de la remuneración anual debiera haberse aprobado exclusivamente en esa primera Junta General; ya que esto generaría un efecto preclusivo excesivo. Por ello, no considera que esta supuesta prohibición de retroactividad deba dotar de nulidad al acuerdo, el cual deberá considerarse válido.

En cuanto al acuerdo de aprobación de las retribuciones de ejercicios anteriores, se plantea la posible concurrencia de conflicto de intereses y la consiguiente obligación de abstención de la recurrente de votar en el acuerdo. Por un lado, se plantea la posibilidad de si, al ser la socia una persona jurídica y no la propia persona física que está incurso en conflicto, puede tal conflicto afectar al derecho de voto de la socia. La respuesta es afirmativa, y en este sentido se ha pronunciado reiteradamente la jurisprudencia.

Por otro lado, debe determinarse si concurre el presupuesto necesario para entender que hay conflicto de intereses, contemplado en el art. 190.1.c) LSC. Así, el TS debe determinar si el acuerdo impugnado y anulado por el que se aprobaban retribuciones correspondientes a ejercicios pasados tenía por objeto concederle un derecho a la beneficiaria de las mismas.

En este sentido, el tribunal recuerda que la posición doctrinal a este respecto afirma que la concesión de derechos del art. 190.1.c) LSC ha de someterse al deber de abstención tan solo cuando se sitúe en el puro ámbito del contrato de la sociedad o, fuera de éste, si su origen está en un acto unilateral de la sociedad. Aplicando tal doctrina al presente caso, el TS entiende que la aprobación de remuneraciones correspondientes a ejercicios pasados no se enmarca dentro de estos supuestos, al considerar que ésta tiene su origen en una relación bilateral.

No obstante lo anterior, el tribunal hace referencia al art. 190.3 LSC, que estipula que la carga de la prueba de la conformidad al interés social del acuerdo impugnado corresponde a los socios afectados por el conflicto, cuando su voto hubiera sido decisivo para la aprobación del acuerdo. Este es el caso en que se encuentra la recurrente, la cual no ha acreditado en ningún momento que el acuerdo por el que se aprobaban sus pasadas retribuciones no lesionaba al interés social. Por todo ello, el TS corrobora la nulidad del acuerdo.

10.- Nulidad – Anulabilidad de permuta financiera en sociedad en concurso

-Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 334/2021 de 18 May. 2021, Rec. 657/2018.

El caso versa sobre la controversia generada por un contrato de permuta financiera. El TS debe pronunciarse sobre las cuestiones relativas a la capacidad de la concursada, sobre el cómputo del plazo de prescripción de la acción de anulabilidad, y sobre cuestiones relativas al error en el consentimiento y el deber de información.

En primer lugar, el TS aclara las posibles objeciones a la admisión del recurso, que se basan en una presunta falta de legitimación activa y presentación fuera de plazo, derivada del hecho de que la recurrente se encuentra en concurso de acreedores.

En el presente caso, la concursada había interpuesto el recurso de casación dentro del plazo legal, pero antes de que la administración concursal se personara y la sustituyera procesalmente; y sin contar con su preceptiva autorización. Posteriormente, una vez la administración concursal ya había sustituido procesalmente a la concursada, ésta interpuso de nuevo un recurso de casación; esta vez fuera de plazo, según alega la parte recurrida.

El Tribunal considera que debido a lógica de la exigencia de la autorización de la administración concursal en estos casos que impone el art. 54 LC, la interposición del recurso posterior por parte de ésta debe considerarse como voluntad inequívoca de confirmar la realizada por la concursada. Por ello, no cabe apreciar la extemporaneidad alegada en el escrito de oposición al recurso.

Ya en lo que respecta a los motivos de casación, el primero de ellos denuncia la infracción del art. 1301 CC y de la jurisprudencia que lo interpreta. La recurrente aduce que el plazo para ejercitar la acción de anulabilidad debe computarse desde la consumación del contrato, de forma que en el momento de interposición de esta acción, ésta aún no habría caducado. El TS coincide con esta interpretación, y alude a la sentencia del Pleno 89/2018, de 19 de febrero, en la cual señala que a efectos del ejercicio de la nulidad por error, la consumación de los contratos de swaps debe entenderse producida en el momento del agotamiento, de la extinción del contrato.

Asimismo, en un análisis de las cuestiones relativas al deber de información y asesoramiento y su relación con el posible error en el consentimiento, el tribunal recuerda que son numerosas las resoluciones que consideran que un incumplimiento de la normativa reguladora de los deberes de información, especialmente en lo que concierne a los riesgos inherentes a los contratos de swap, puede hacer presumir el error de quien lo contrató con dicho déficit informativo.

En lo que respecta a la existencia de una relación jurídica de asesoramiento, el tribunal cita la STJUE de 30 de mayo de 2013, que sostiene que la cuestión relativa a si un servicio de inversión incluye o no un asesoramiento en materia de inversión no depende de la forma en que el instrumento financiero es ofrecido al cliente, sino que para su determinación deben emplearse los criterios previstos a tal efecto en el art. 52 Directiva 2006/73/CE, así como en el art. 4.4 Directiva 2004/39/CE. Como en este caso fue el empleado del Banco quien ofertó al demandante (ahora recurrente) la contratación del swap como conveniente por razón de la posible evolución de los tipos de interés, cabe afirmar que sí hubo un asesoramiento en materia de inversión.

En cuanto a las exigencias del deber de informar, el TS reitera su jurisprudencia en esta materia, y realiza varias puntualizaciones, afirmando que en el caso controvertido no se cumplió con el estándar de información derivado de dicha doctrina jurisprudencial. Ello en cuanto a que, al examinar el contrato, se comprueba que no se explica de forma clara el funcionamiento del producto, siendo la información ofrecida de carácter genérico, por lo que precisa de una explicación adicional por parte del personal de la entidad para su comprensión, lo cual no consta que tuviera lugar en este caso.

Por otro lado, en vista de las demás condiciones del contrato y de la forma en que éste fue presentado, el tribunal concluye que se indujo a error al demandante sobre el posible resultado del producto, que era claramente desfavorable. El TS entiende que la parte actora, de haber conocido las características esenciales del producto contratado y los riesgos a él inherentes, no lo habría suscrito. Además, como la parte demandada no acreditó el cumplimiento de su deber de información, el error del demandante se considera excusable.

11. Clasificación de créditos en concurso de acreedores.

- **Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 363/2021 de 26 May. 2021, Rec. 4933/2018.**

La controversia se articula en torno a la reclamación, por parte del Banco Sabadell, del importe de dos préstamos hipotecarios a las entidades que los habían afianzado, tras la declaración del concurso de acreedores de la prestataria y la consideración del juzgado de tales créditos como subordinados.

El Banco Sabadell había concedido dos préstamos hipotecarios; los cuales, en el momento de su constitución, fueron afianzados mancomunadamente por varias sociedades.

Posteriormente, la prestataria fue declarada en concurso de acreedores; y el Banco Sabadell fue considerado por el juzgado como persona especialmente relacionada con el deudor, por lo que sus créditos pasaron a clasificarse como subordinados, y se declararon extinguidas las garantías constituidas a favor de los mismos.

El Banco Sabadell reclama en primera instancia a las entidades que habían afianzado los créditos la cuantía adeudada por cada una de ellas. La demanda fue estimada, y posteriormente recurrida en apelación. La segunda instancia volvió a fallar en favor del Banco Sabadell, ante lo cual las fiadoras volvieron a recurrir, esta vez en casación.

En primer lugar, las fiadoras alegan que a consecuencia de lo previsto en el art. 97 LC, las garantías que ostentaban con respecto a los créditos ahora considerados subordinados habían quedado extinguidas. La controversia gira en torno a si dicho precepto abarca la extinción de todo tipo de garantías, incluyendo las constituidas por terceros.

A este respecto, el TS apunta que la ratio del art. 97 LC es privar al acreedor concursal considerado como persona especialmente relacionada con el concursado de cualquier garantía que le permita cobrar en el concurso con alguna preferencia que hiciera total o parcialmente ineficaz la subordinación. Así, el tribunal afirma que la extinción de las garantías que se deriva de este precepto no tiene sentido en lo que respecta a aquéllas que no pueden lograr la consecución de tal preferencia en el concurso. Se concluye, de esta manera, que la extinción no debe afectar a otras garantías que hubiera recabado el deudor, cuya realización no afecte negativamente al concurso, como las reales y personales constituidas por terceros, que son las presentes en el caso controvertido.

En segundo lugar, las recurrentes alegan infracción del art. 1852 CC, y afirman que su obligación como fiadoras queda extinguida desde el momento en que, a consecuencia de la consideración del acreedor como persona especialmente relacionada con el deudor, la garantía hipotecaria en la que podrían subrogarse queda extinguida.

El tribunal considera que sí que existe un cambio sustancial en las condiciones de las fiadoras en el marco de su relación jurídica con el acreedor; pero entiende que la consideración de éste como persona especialmente relacionada con el deudor concursado y la consiguiente subordinación de su crédito y extinción de la garantía hipotecaria son consecuencias directas de la participación muy significativa del acreedor en la concursada; hecho del cual las fiadoras podían haber sido conocedoras en el momento en que constituyeron sus garantías. Por tanto, el TS entiende que no concurre la infracción aducida del art. 1852CC.

Por último, las recurrentes aducen la infracción del art. 1822 CC, alegando que no procede la reclamación hacia los fiadores mientras no haya habido una debida reclamación previa al deudor principal y concretado el impago por parte del mismo. En este sentido, el TS entiende que desde el momento en que al constituir la fianza los fiadores renunciaron al beneficio de excusión por lo que, constatada la exigibilidad de los créditos y su reclamación a la deudora principal mediante su comunicación y reconocimiento en el concurso, deben entenderse cumplidas las exigencias derivadas de la subsidiariedad de la fianza. Así, el acreedor sí puede dirigirse contra los fiadores.

En consecuencia, el recurso de casación es desestimado en su totalidad.

15.- Clasificación crédito en concurso de acreedores.

- Sentencia 422/2021 del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 22 de junio de 2021.

Uno de los socios de una sociedad en concurso de acreedores interpone una demanda reclamando que un crédito que ostenta contra la concursada, calificado de subordinado, pase a tener carácter de crédito dotado de privilegio especial.

Para ello, se basa en la excepción contemplada en el art. 92.5 LC (en la versión de la Ley 38/2011), según la cual no se considerarán créditos subordinados aquéllos cuyo titular fuera alguna de las personas especialmente relacionadas con el deudor, siempre y cuando se trate de créditos diferentes de los préstamos o actos con análoga finalidad.

La cuestión se centra en dilucidar si la deuda de la concursada con el demandante se puede ubicar dentro de los supuestos contemplados en tal excepción. La deuda en cuestión deriva de la compraventa de unas fincas a precio alzado, que a efectos de clasificación del crédito, fue considerada como análoga al préstamo, ya que de sus condiciones se concluyó que tenía una finalidad financiadora, lo cual el demandante niega.

El TS apunta que debido a la falta de regulación del aplazamiento del pago en cuanto a la compraventa de bienes inmuebles, en contraposición a los muebles, que sí que cuentan con una regulación específica en esta materia (Ley 28/1998, de 13 de julio de Venta a Plazos de Bienes Muebles y la Ley 16/2011, de 24 de junio, de Contratos de Créditos al Consumo); es necesario atender prioritariamente a las circunstancias de cada caso y a la naturaleza jurídica del negocio jurídico celebrado.

Así, el tribunal coincide con la sentencia de apelación al considerar el crédito del demandante como análogo al préstamo, basándose en el elevado porcentaje del precio cuyo pago fue aplazado, la amplitud de la duración del aplazamiento, y la refinanciación que tuvo lugar en el momento de finalización del primer plazo de pago acordado.

Se desestima el recurso al no concurrir las circunstancias necesarias para apreciar la excepción alegada por el demandante y recurrente, que permitirían que su crédito no fuera clasificado como subordinado.

12. Conclusión del concurso.

- **Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 365/2021 de 26 May. 2021, Rec. 3258/2018.**

En el seno de un concurso de acreedores, la administración concursal solicita la conclusión del mismo al amparo del art. 152.2 LC, a pesar de que existen rentas del trabajo del concursado que podrían seguir incorporándose a la masa. El motivo por el que la administración concursal solicita la conclusión radica en que la reducida cuantía de tales rentas hace que la inclusión de las mismas en la masa resulte irrelevante para el devenir del concurso; teniendo en cuenta que ya se ha llevado a cabo la liquidación del resto de la masa activa. El concursado se opone a la conclusión.

El TS, en primer lugar, debe pronunciarse sobre la posible infracción del art. 152 LC. El tribunal concluye que este precepto permite la conclusión del concurso cuando, a consecuencia de las operaciones de liquidación, se hubiera aplicado el activo a la satisfacción del pasivo; y apunta que en este caso, propiamente, no quedan bienes o derechos que conformen la masa activa pendientes de realización en la fase de liquidación. El único activo es la retención mensual del salario del concursado, por lo que debe determinarse si tal activo es suficiente para impedir la conclusión del concurso.

A este respecto, y con independencia de la relevancia de la cuantía que pueda ingresarse mensualmente a la masa en relación con el pasivo pendiente, el tribunal subraya que lo determinante es el hecho de que el único que se opone a la conclusión es el propio concursado. De oponerse algún otro acreedor que contara con la expectativa de satisfacer su crédito con el controvertido flujo de cantidades, podría entenderse que tiene sentido mantener abierto el concurso. Sin embargo, al ser el deudor, de cuyo sueldo se extraen las cantidades, el único que se opone a la conclusión; y teniendo en cuenta que con la medida no se le perjudica en nada, y que además, se impide que el mantenimiento del concurso genere gastos adicionales con cargo a la masa, el tribunal entiende que debe tenerse por cumplido el presupuesto legal del art. 152 LC.

13- Concurso de acreedores. Competencia jurisdicción social

- **Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2ª, Auto 21/2021 de 26 May. 2021, Rec 1/2021.**

Una empresa en concurso de acreedores acuerda la extinción de la totalidad de los contratos laborales en vigor, a excepción de los correspondientes a aquéllos trabajadores que sean subrogados por un tercera empresa antes de una determinada fecha límite. El conflicto se plantea cuando un trabajador que iba a ser subrogado es rechazado por la nueva empresa, y ve extinguida su relación laboral con la concursada al llegar la fecha límite preestablecida.

Ante esta situación, el afectado interpone una demanda de despido ante los Juzgados de lo Social. El Juzgado conecedor del caso dicta un auto declarando la falta de jurisdicción del orden social para conocer de la demanda, debiendo ésta ser reiterada ante el Juzgado de lo Mercantil, basándose en lo dispuesto en el art. 53 TRLC.

Así, el demandante reitera su demanda ante el Juzgado de lo Mercantil, el cual considera que no tiene competencia para conocer del caso, ya que entiende que el auto que acuerda la extinción colectiva no puede ser recurrido por los trabajadores individuales, sino que en caso de discrepancia deben éstos presentar un incidente concursal laboral. Señala, además, que es el Juzgado de lo Social el competente para conocer de una demanda de despido contra la resolución de una relación laboral ya extinguida. Por todo ello, el Juzgado de lo Mercantil eleva los autos a la Sala de lo Social del TSJ de Madrid, pidiendo que se declare competente para resolver el caso al Juzgado de lo Social.

Lo primero que hace la Sala es determinar que se trata de una cuestión de competencia y no de un conflicto de competencia, al considerar que las funciones del Juzgado de lo Mercantil en materia concursal dotan a éste de un carácter mixto civil y social; y que por lo tanto, comparte orden jurisdiccional con el Juzgado de lo Social. Por tanto, la Sala es competente para resolver.

A continuación, el TSJ señala que la impugnación de una extinción contractual acordada por el Juez del Concurso debe hacerse necesariamente por la vía del incidente concursal, y por tanto, ante el Juez del Concurso. Sin embargo, la Sala advierte que el presente caso es distinto y no se ubica en el presupuesto anterior, ya que la impugnación del despido, en este caso, no implica la impugnación del auto del juez del concurso, en tanto en cuanto la subrogación controvertida no es anterior, sino posterior al mismo.

Señala también que en el expediente de despido colectivo concursal resuelto por el Juzgado de lo Mercantil se condiciona la extinción del contrato del actor, y del resto de los trabajadores del mismo grupo, a que la subrogación por parte de la tercera empresa no se hubiera producido en determinada fecha. En el presente caso lo que pretende determinarse es qué órgano judicial es competente para determinar si se ha producido tal subrogación.

Para abordar esta cuestión, la sala comienza apuntando que a efectos de determinar la competencia resulta irrelevante que no tenga lugar la transmisión de la unidad productiva. Cualquier sucesión empresarial producida durante la tramitación del concurso que afecte a la plantilla de la empresa concursada y que incida sobre las resoluciones que han de dictarse por el Juez del Concurso queda sujeta al TRLC, no solamente los casos de enajenación de unidad productiva.

Otra cuestión tratada por el tribunal es la aplicación al caso del TRLC, el cual entró en vigor posteriormente al auto declarativo del concurso, al auto del Juez del Concurso resolviendo el expediente de despido colectivo, el despido en sí mismo, y la demanda de despido objeto de la controversia. La Sala considera correcta esta aplicación, ya que el citado TRLC no altera la legislación anterior, sino que simplemente la refunde, por lo que se mantiene la continuidad de los contenidos. No obstante, no se puede considerar toda innovación introducida por el texto refundido como una mera aclaración o armonización, sino que es preciso trazar límites, estando los órganos judiciales constitucionalmente obligados a incorporar esta valoración en el ejercicio de su función jurisdiccional.

Ahondando en esta cuestión, la Sala hace referencia a la Directiva 2001/23/CE, y hace una síntesis de la interpretación jurisprudencial de la misma que ha venido haciendo la Sala Cuarta del Tribunal Supremo. Comparando tal jurisprudencia con el contenido del TRLC, la Sala considera evidente que el legislador delegado ha modificado la mencionada doctrina jurisprudencial en la mayor parte de los puntos relativos a la sucesión de empresas laboral en el seno del concurso.

En concreto, en lo que respecta al presente caso, la Sala entiende que el Gobierno ha excedido su función legislativa delegada al modificar las normas atributivas de competencias a los órganos judiciales, llegando a modificar incluso las leyes procesales y la LOPJ, incurriendo en un claro *ultra vires*, en concreto, en el contenido del art. 221.2 TRLC.

Como los preceptos afectados por esta circunstancia no tienen naturaleza de Ley, sino de norma reglamentaria, y son contrarios a lo dispuesto en la ley, deben declararse nulos. En definitiva, la atribución exclusiva al juez del concurso del art. 221.2 TRLC no puede ser aplicada.

Por otro lado, se apunta que en los despidos colectivos tramitados como expedientes concursales la extinción del contrato de trabajo la produce el propio auto judicial, no la ulterior voluntad del empresario empleador, teniendo efectos en la fecha que disponga el auto o, en su defecto, en la fecha del mismo. La posibilidad de que el auto pueda diferir a una fecha futura la eficacia de las extinciones contractuales implica que la extinción no es inexorable, sino que precisa de un control ulterior de la subsistencia de los elementos básicos que posibilitan su cumplimiento según lo previsto cuando se dictó.

El problema surge al delimitar a qué órgano judicial le compete este control: si al Juez del Concurso que dictó el auto o al Juzgado de lo Social. A juicio de la Sala, tal y como está configurado el incidente concursal laboral, no cabe articular a través de éste dicho control, por lo que se considera competente para conocer de la demanda al Juzgado de lo Social.

14.- Convenio en concurso de acreedores.

- **Tribunal Supremo, Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 367/2021 de 27 May. 2021, Rec. 3650/2018.**

La controversia se centra sobre la posibilidad de que un convenio, en el marco de un concurso de acreedores, pueda ofrecer tan sólo a los acreedores subordinados la posibilidad de convertir

sus créditos en acciones de la concursada, como alternativa a las quitas y esperas que afectan tanto a éstos como a los acreedores ordinarios. Para dilucidar esta cuestión, el TS analiza los arts. 100.2 y 134 LC.

La recurrente alega que, con base en lo dispuesto en el art. 134.1 LC, la quita y espera deben ser iguales para los acreedores ordinarios y subordinados, sin que quepa en ningún caso la satisfacción de los subordinados previamente al íntegro cumplimiento del convenio respecto de los créditos ordinarios. Considera, por tanto, que el ofrecimiento de la citada alternativa tan sólo a los acreedores subordinados constituye un trato desfavorable con respecto a los acreedores ordinarios.

El TS determina, por un lado, que conforme al art. 100.2 LC, es posible que las proposiciones alternativas a las quitas o esperas puedan ir dirigidas a un grupo de acreedores, y no necesariamente a todos. Por otro, en aplicación del art. 134 LC, el tribunal entiende que los acreedores subordinados pueden constituir este grupo diferenciado que puede optar por la alternativa a las quitas y esperas, sin que esto constituya un agravio comparativo en relación con los acreedores ordinarios.

Para justificar lo anterior, se cita jurisprudencia en la que se razona que el carácter imperativo de la previsión de homogeneidad del contenido de las quitas y esperas para todos los acreedores del concurso no impide que se ofrezcan proposiciones alternativas a todos ellos o a parte de los mismos. Al no concurrir en el presente caso un trato diferenciado en relación a las quitas y esperas, no puede apreciarse una vulneración de la legislación en este sentido.

Además, el tribunal termina destacando que la proposición alternativa controvertida fue aceptada en su momento por la mayoría de los acreedores ordinarios que exige la ley para esta clase de proposiciones. Entra así en juego lo dispuesto en el art. 125 LC, cuyo contenido fue cumplido en el proceso de aprobación del convenio.

Por todo lo anterior, la proposición alternativa que dio lugar al conflicto es considerada válida por parte del TS.