



La controvertida naturaleza de los créditos concursales no concurrentes

Autor/a

M^a del Carmen Ortiz del Valle

Profesora Ayudante de Derecho Mercantil. Universidad Miguel Hernández.

***REVISTA LEX
MERCATORIA.***

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM n^o4 | Año 2017

Artículo n^o 14

Páginas 97-108

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

Los preceptos relativos a la comunicación, el reconocimiento y la graduación de créditos en el concurso presentan dificultades notables en su aplicación práctica. Una manifestación clarísima de esta dificultad es la categoría de los créditos concursales no concurrentes. El supuesto de la reciente STS de 4 de noviembre de 2016 constituye (Sala Primera, de lo Civil, Sentencia 655/2016 de 4 Nov. 2016, Rec. 707/2014) una advertencia suge-

rente en este sentido. Decimos sugerente porque téngase en cuenta que el TS, como veremos, predica con su resolución la necesidad de un comportamiento más diligente del interesado en el reconocimiento de su crédito particular en el concurso de la demandada. En otro caso podrían producirse situaciones, como la presente, nada afortunadas para los intereses del acreedor que pretende el reconocimiento de su crédito.

En el incidente concursal que da origen a esta sentencia se reclama a la entidad concursada el pago de una indemnización de daños y perjuicios causados por incumplir el contrato de ejecución de obra suscrito con la demandante antes de la declaración de concurso. Tanto la sentencia de primera instancia como la sentencia de apelación desestimaron la acción resarcitoria ejercitada: porque, a su juicio, cuando se ejercita la acción ya habían vencido los plazos de comunicación de créditos y de impugnación de la lista de acreedores. Por esta razón, en consecuencia, no se pronuncian sobre la petición de declaración de la existencia del crédito. El TS, en cambio, resuelve en un sentido radicalmente distinto: estima la pretensión declarativa de incumplimiento contractual de la concursada, porque la falta de inclusión del crédito en la lista de acreedores no supone su extinción; y, también, declara improcedente la condena al pago del crédito en el concurso precisamente porque su reclamación ha sido extemporánea. Refiere literalmente que « (...) procede estimar la pretensión declarativa formulada en la demanda incidental, porque la falta de inclusión del crédito en la lista de acreedores no ha supuesto su extinción. Pero no procede condenar a la concursada al pago del crédito en este concurso, porque la reclamación ha sido extemporánea, posterior a cualquiera de los momentos que permiten la inclusión y satisfacción del crédito en el concurso, sea con la clasificación que corresponda a su naturaleza, sea con la clasificación de subordinado por su comunicación tardía, sin perjuicio de que el pago del crédito pueda reclamarse, en los términos expuestos, una vez haya concluido el concurso» (*Fundamento de Derecho Sexto*, punto 12). Una disposición semejante permite incluir este crédito, a juicio del TS, en la categoría de *créditos concursales no concurrentes*.

Pero vamos a aproximarnos mejor al pleito correspondiente. Tal aproximación nos permitirá detectar las desventajas, y desajustes, que hayan podido producirse en el planteamiento de las pretensiones de las partes. Y quien sabe si evitarlos en pretensiones futuras. No olvidemos tampoco que el régimen de comunicación y reconocimiento de créditos no ha escapado al ímpetu de reforma en materia concursal. Lo advierte bien, como premisa, el TS: «En atención a las numerosas reformas sufridas por la Ley concursal, que han afectado también a los preceptos que regulan esta cuestión, para determinar el régimen de comunicación y reconocimiento de créditos es necesario precisar cuál es la redacción aplicable por razón del tiempo. En el supuesto objeto del recurso, la redacción a tener en cuenta es la vigente en marzo de 2009 y por lo tanto no resulta de aplicación la normativa introducida por la Ley 38/2011, de 10 octubre (...) La demanda incidental en la que se formula la pretensión fue interpuesta varios meses antes de que entrara en vigor esta ley, por lo que en ella no pudieron ejercitarse pretensiones basadas en las nuevas facultades y derechos que las normas reformadas otorgaron a los acreedores en la comunicación, reconocimiento y calificación de sus créditos. Además, tampoco se han alegado hechos que, por la fecha de su acaecimiento, permitieran determinar que, conforme al régimen de Derecho transitorio de la disposición adicional cuarta de la Ley 38/2011 (LA LEY 19112/2011), eran aplicables al supuesto enjuiciado las normas sobre comunicación y reconocimiento de créditos introducidas por dicha ley». Por esta razón, precisa el TS, no es aplicable la posibilidad de comunicación de nuevos créditos del vigente art. 96.bis de la Ley Concursal y de modificar el texto definitivo de la lista de acreedores que prevén los actuales arts. 97, 97 bis y 97 ter. [Con la regulación

La controvertida naturaleza de los créditos concursales no concurrentes

actual la modificación del texto definitivo de la lista de acreedores es posible, aunque limitada a los supuestos que específicamente se contemplan en el art. 97.3: «El texto definitivo de la lista de acreedores, además de en los demás supuestos previstos en esta ley, podrá modificarse en los casos siguientes: 1.º Cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones previstas en el artículo 96 bis. 2.º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho Público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos. 3.º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal. 4.º Cuando después de presentados los textos definitivos, se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía (...) Caso de resultar reconocidos, tendrán la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza, sin que sea posible su subordinación al amparo del artículo 92.1.º». En cualquier supuesto con el límite temporal del art. 97 bis.1: «La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores sólo podrá solicitarse antes de que recaiga la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los artículos 152 y 176 bis»].

La declaración de concurso se produce el 19 de marzo de 2009. La demandante en el incidente concursal actual, que se postula ahora como acreedora, no había comunicado su crédito en el concurso ni había impugnado en ningún sentido la lista de acreedores para la inclusión de su crédito. Esta omisión será un desajuste determinante a la postre.

Lo cierto es que el 1 de abril de 2009, y obviando el art. 8 de la LC, presentó una demanda ante un Juzgado de Primera Instancia distinto del Juez de lo Mercantil concedor del concurso. En la demanda se solicitaba, en atención a la defectuosa realización de los trabajos por la demandada, que se declarase el incumplimiento del contrato de obra concertado para la construcción de un edificio. Por esta razón, además, que se condenase a indemnizar los daños y perjuicios causados por importe de 306.204,47 euros. La demandada no sólo era la ya (al tiempo de la interposición de la demanda) concursada, sino también su avalista respecto de la cual se solicitaba la condena solidaria. La demandante, comoquiera que el emplazamiento de la concursada fue negativo, comunicó al Juzgado que la demandada había sido declarada en concurso y solicitó que se la emplazara a través de la administración concursal. Pero el Juzgado de Primera Instancia, con muy buen criterio, acordó el archivo de este proceso mediante auto de 17 de marzo de 2010. La administración concursal, ciertamente, se había personado en el proceso solicitando la nulidad de las actuaciones porque la declaración de concurso era anterior a la interposición de la demanda. Y no podía ser de otro modo porque la jurisdicción exclusiva y excluyente del Juez del concurso es clara en este sentido: *“Son competentes para conocer del concurso los jueces de lo mercantil. La jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y*

excluyente en las siguientes materias: 1.º Las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del concursado con excepción de las que se ejerciten en los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores a las que se refiere el título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil. También conocerá de la acción a que se refiere el artículo 17.1 de esta Ley” (art. 8.1º LC).

El 17 de marzo de 2010 se produce el archivo de este proceso. Téngase en cuenta que el informe de la Administración Concursal, al que se acompañaba la lista de acreedores no impugnada, fue publicado en el BOE de 14 de octubre de 2009.

El 28 de abril de 2011, en esta tesitura – y aunque sorprendentemente un año después del archivo del proceso anterior-, la “pretendida acreedora” interpone (obviamente ahora ante el Juez del concurso) demanda de incidente concursal contra la concursada; también, todo parece indicar que erróneamente, contra su avalista. Un cúmulo de infortunios, ciertamente. Y de ahí que, tras desistir de la acción dirigida contra el avalista por falta de competencia objetiva, solicitó que se declarase el incumplimiento de la concursada del contrato de obra y la correspondiente condena a pagar los daños y perjuicios sufridos.

La concursada contestó a la demanda reconociendo el incumplimiento y el importe de los daños y perjuicios. Se allanó en este extremo, en consecuencia, pero solicitó la desestimación de la demanda por haberse presentado una vez precluidos los plazos de comunicación de créditos y de impugnación de la lista de acreedores. La administración concursal se opuso a la estimación de la demanda por igual motivo, además de sostener que no había ha-

bido por parte de la concursada « (...) una intención manifiesta de incumplimiento».

Conviene igualmente reparar, a propósito del incumplimiento del deudor, en los ambiguos términos de la oposición a la demanda por parte de la administración concursal. Esta ambigüedad tiene relevancia en cuanto a la resolución del primer motivo de los dos esgrimidos en el recurso extraordinario por infracción procesal que se interpone junto al recurso de casación. En el recurso se alegó por la demandante, en primer lugar, que se le había producido indefensión al no haberse convocado vista para practicar las pruebas que propuso, solicitando que se anularan las actuaciones y se retrotrajeran al momento anterior a dictar sentencia para que se celebrara la vista (primer motivo); en segundo lugar, que la sentencia era incongruente porque no había resuelto sobre la existencia del incumplimiento contractual y la procedencia de la indemnización solicitada (segundo motivo).

La cuestión relativa a la celebración o no de la vista en los incidentes concursales se manifiesta otra vez con la trascendencia que merece. Y el TS contribuye a delimitar los controvertidos perfiles de la misma, rechazando ahora para el caso particular esta infracción. Para el TS: « (...) no era necesaria la práctica de la prueba ni, por tanto, la celebración de vista. Con carácter general, el art. 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) exime de prueba los hechos sobre los que existe conformidad de las partes, previsión que hay que poner en relación con la exigencia de precisión y claridad en la contestación a la demanda a la hora de negar la realidad de los hechos alegados en la demanda que se desprende del art. 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) pues, de no existir tal negación clara y precisa, los hechos

de la demanda han de entenderse admitidos tácitamente y no necesitados de prueba (...) Con carácter más preciso, en relación con el incidente concursal, el art. 194.4 de la Ley Concursal prevé, en su redacción vigente, que solo se celebrará vista cuando exista discusión de naturaleza fáctica sobre hechos relevantes. De no haberla, o de consistir la prueba exclusivamente en documentos, tras las contestaciones a la demanda se dictará la sentencia directamente. En la redacción vigente cuando se inició el incidente concursal, el resultado hubiera sido el mismo, pues solo procedía celebrar vista si hubieran de practicarse pruebas pertinentes, lo que no era procedente en un proceso en el que, como el que es objeto de este recurso, la controversia era de naturaleza estrictamente jurídica».

El TS tiene muy claro que no existen hechos controvertidos en el litigio planteado. Y es aquí donde hace agua la fragilidad de los términos de la oposición a la demanda por la administración concursal: «*En el presente caso, se observa que, en cuanto al fondo de la cuestión objeto del incidente, no existían hechos controvertidos.* La cuestión relativa al reconocimiento concursal del crédito, esto es, si fue comunicado o no tardíamente, si debió ser o no reconocido por la administración concursal y con qué calificación, se plantea en términos estrictamente jurídicos, puesto que en la demanda no se alegaron hechos que, por haber sido negados por la parte contraria, hubieran necesitado de prueba. La existencia de deficiencias en la obra, constitutivas de incumplimiento contractual, la realidad de los daños que dicho incumplimiento provocó, y la cuantía de los mismos, no son hechos controvertidos, puesto que la deudora los reconoció expresamente al contestar la demanda (manifestando incluso que se "allanaba" a tal pretensión, aunque en el mismo escrito pidiera la desesti-

mación de la demanda por razones de índole estrictamente concursal). La administración concursal tampoco negó esos hechos con la debida claridad y precisión que exige el art. 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), por lo que deben considerarse admitidos. La alegación de inexistencia de "intención manifiesta de incumplimiento" es irrelevante para resolver sobre la indemnización de daños y perjuicios, por lo que no procedía la práctica de prueba sobre la existencia o inexistencia de tal intención manifiesta». No hay por este motivo, por lo tanto, infracción de normas esenciales del proceso ni indefensión alguna.

Mejor suerte corre el segundo de los motivos formulados en el recurso extraordinario por infracción procesal. En este caso se denuncia infracción del art. 218. 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de congruencia de la sentencia. La estimación de este motivo determina, como indica el TS conforme al apartado 1.7º de la disposición adicional 16ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que se dicte nueva sentencia teniendo en cuenta lo alegado como fundamento del recurso de casación. Y es aquí donde la sentencia, a nuestro juicio, es particularmente significativa: porque su tenor nos permite una rúbrica como la que motiva estas líneas; esto es, la controvertida naturaleza de los créditos concursales no concurrentes.

La falta de congruencia de la sentencia impugnada viene determinada, a juicio del TS, por la distinta naturaleza de los diversos incidentes concursales contemplados en la Ley. Así sucede con los incidentes concursales previstos en el art.8.1 y en el art. 96.1 LC. Para nosotros, en todo caso, lo más atractivo es la definición de los límites. Nos referimos a las dudas que nos plantean los límites a los que el

administrador concursal debiese estar sometido en su tarea de reconocimiento de créditos. Porque la cuestión es cuando menos controvertida en este aspecto, pese a la entidad que una controversia semejante presenta. Nos parece que es incluso algo desconcertante. Pero sigamos con el pleito.

Lo cierto, no obstante, es que se plantea un incidente concursal al amparo del art. 8.1 LC, en tanto que la jurisdicción del juez del concurso es exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del deudor concursado. Tales acciones se tramitan por el cauce del incidente concursal, en tanto que “Todas las cuestiones que se susciten durante el concurso y no tengan señalada en esta ley otra tramitación se ventilarán por el cauce del incidente concursal” y “(...) También se tramitarán por este cauce las acciones que deban ser ejercitadas ante el juez del concurso conforme a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 50 (...)” (192.1 LC). No se olvide, en particular, que “Los jueces del orden civil y del orden social ante quienes se interponga demanda de la que deba conocer el juez del concurso de conformidad con lo previsto en esta ley se abstendrán de conocer, previniendo a las partes que usen de su derecho ante el juez del concurso. De admitirse a trámite las demandas, se ordenará el archivo de todo lo actuado, careciendo de validez las actuaciones que se hayan practicado (art. 50.1 LC)”.

La demanda se plantea por la vía del incidente concursal del art. 8. 1 LC. La particularidad reside en que, como hemos visto, se desestima la demanda -en primera y en segunda instancia- porque se pretende la declaración judicial del crédito habiendo finalizado el plazo de comunicación de créditos y de im-

pugnación de la lista de acreedores. Y es en este punto donde conviene recordar, como hace el TS, que igualmente “(...) se tramitan por el cauce del incidente concursal las impugnaciones de la lista de acreedores (art. 96.1 de la Ley Concursal), incluidas aquellas que tienen por objeto el reconocimiento en el concurso de créditos no comunicados en plazo, sin perjuicio de su calificación como subordinados (art. 92.1 de la Ley Concursal)”.

Realmente el TS tiene razón cuando estima que el objeto de ambos incidentes no es el mismo. Pero es también cierto, y esto lo decimos nosotros, que pueden alcanzarse idénticos efectos por una u otra vía. Queremos decir que en ambos casos la resolución que se dicte, dependiendo del estado del procedimiento concursal, podría conducir naturalmente al reconocimiento del crédito en la lista de acreedores como concurrente. Si no ha sucedido así es porque la demanda se ha presentado extemporáneamente; o, mejor, no coordinada suficientemente con la comunicación de créditos que el interesado debe en principio realizar para que su crédito sea reconocido o no en el concurso como concurrente (art. 85 y 86.1 LC).

Refiere el TS, en particular, que « El hecho de que el cauce procesal sea el mismo, el del incidente concursal regulado en los arts. 192 a 194 de la Ley Concursal, no supone que el objeto de un incidente en el que se ejercita una acción de contenido patrimonial contra el patrimonio del deudor concursado en que se solicita la declaración de existencia de un crédito a favor del acreedor demandante, sea el mismo que el del incidente en que se tramita la impugnación de la lista de acreedores por parte de uno de estos acreedores, ya sea para que se reconozca un crédito omitido en la lista, ya para que se aumente su cuantía o se cam-

La controvertida naturaleza de los créditos concursales no concurrentes

bie su calificación. Además, la demanda que promueve un incidente de impugnación de la lista de acreedores tiene un plazo preclusivo para ser interpuesta, el previsto en el art. 96.1 de la Ley Concursal, mientras que la demanda en la que se ejercita una acción de contenido patrimonial contra el deudor concursado no se ve sometida a ese plazo preclusivo».

No conviene olvidar tampoco que, no faltándole razón al TS en su planteamiento, comparten ambos tipos de incidentes el interés común de obtener en vía contenciosa el reconocimiento de un crédito. Independientemente, por cierto, de que este reconocimiento colme o no después las expectativas de satisfacción de su titular: en el propio concurso donde se ventila el incidente de que se trate o fuera del mismo. Esta deseable satisfacción va a depender de los avatares de una mejor solución a la situación de crisis patrimonial del deudor y, en casos extraordinarios como el presente, de una gestión suficientemente eficaz de la pretensión de reconocimiento del crédito en el concurso (lo que parece no haber sucedido). Y algo más. No es cuestión menor que el legislador concursal atribuya al reconocimiento del crédito en la lista definitiva de acreedores el efecto principal, vinculado a la hipótesis de conclusión del concurso, consistente en que la inclusión del crédito se equipare a una sentencia de condena firme. Así se prevé en el art.178.2 LC fuera de los supuestos de exoneración del pasivo insatisfecho: “(...) en los casos de conclusión del concurso por liquidación o insuficiencia de masa activa, el deudor persona natural quedará responsable del pago de los créditos restantes. Los acreedores podrán iniciar ejecuciones singulares, en tanto no se acuerde la reapertura del concurso o no se declare nuevo concurso. Para tales ejecuciones, la inclusión de su crédito en la lista definitiva de acreedores se equipara a una senten-

cia de condena firme”. Esta previsión pone en valor la tarea de reconocimiento de créditos correspondiente al administrador concursal y sitúa el debate en el interesante escenario de la existencia o no de límites del administrador en cuanto al reconocimiento de los créditos (más allá del límite que siempre supone la posibilidad de impugnar la lista de acreedores vía incidente). Repárese en que la equiparación del reconocimiento del crédito en el texto definitivo de la lista de acreedores a una sentencia de condena firme se formula con carácter general: sea o no consecuencia este reconocimiento, por lo tanto, de un incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores del art. 96.1 LC, de un incidente concursal del art.8. 1 LC o de la elaboración por el administrador concursal de la lista de acreedores simplemente no impugnada.

Si estos son los efectos de la inclusión de un crédito en el texto definitivo de la lista de acreedores, de igual interés es plantearse el efecto de la no inclusión para el caso de una solución convencional en el concurso. El legislador concursal prevé, en este sentido, que “El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos que fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos” (art. 134.1 LC).

Parece sensato, en esta línea, contemplar los intereses plurales que pueden concurrir en el acreedor que ejercita contra el deudor concursado una acción de contenido patrimonial (art. 8.1 LC) solicitando que se declare la existencia de un crédito a su favor. Todo indica que en la delimitación de estos intereses debe valorarse el estado y devenir del procedimiento concursal, así como la naturaleza del deudor concursado. Y precisa el TS, en este ámbi-

to, que « (...) el interés del acreedor no se circunscribe exclusivamente a que dicho crédito se reconozca en el concurso mediante su inclusión en la lista de acreedores con el importe y calificación que resulte de su naturaleza o del momento en que se comunicó o reclamó. El acreedor puede tener otros intereses legítimos en obtener dicho pronunciamiento. En el presente caso, se alegaba la existencia de un aval solidario por parte de una entidad de crédito, que puede justificar el interés del acreedor en obtener un pronunciamiento condenatorio del deudor avalado». De hecho, y en relación con un posible solución liquidatoria o convencional en el concurso, precisa que « (...) Asimismo, aunque el crédito no haya de ser satisfecho en el concurso porque su reclamación haya sido realizada en un momento tan extemporáneo que le impida concurrir en el concurso, el interés del acreedor persiste porque el crédito no se ha extinguido, y el acreedor en cuestión podría reclamar el pago de su crédito con posterioridad a la conclusión del concurso, tanto en el caso de liquidación (art. 178 de la Ley Concursal) como en el caso de convenio, tras el cumplimiento del mismo, pues el titular de un crédito anterior al concurso que no haya sido reconocido en el mismo, puede reclamar el pago de su crédito tras el cumplimiento del convenio, con las quitas establecidas en el convenio». El TS trae a colación, en este extremo, su sentencia 608/2016, de 7 de octubre, porque «El art. 134.1 LC, al extender a los créditos anteriores al concurso y no reconocidos, el contenido del convenio lo que pretende es impedir que estos créditos no reconocidos en la lista de acreedores puedan llegar a ser, caso de aprobarse y cumplirse un convenio, de mejor condición que los acreedores concursales afectados por el convenio. Está claro que los créditos que no aparezcan reconocidos en la lista de acreedores no pueden

ser reclamados durante la fase de cumplimiento del convenio, y sólo después de la declaración de cumplimiento del convenio puede dirigirse su reclamación frente al deudor concursado. Y es en este caso cuando la ley aclara que, caso de reconocerse la existencia, vigencia y exigibilidad del crédito, su importe se verá afectado por las quitas convenidas e impuestas a los acreedores concursales ordinarios y subordinados que sí habían sido reconocidos».

El *Fundamento de Derecho Sexto* de la sentencia tiene por rúbrica “*Créditos concursales pero no concurrentes*”. Esta categoría conceptual es el resultado de la posible existencia de incidentes concursales de distinta naturaleza, de existir un plazo legal de comunicación de créditos y del deber judicial, en consecuencia, de pronunciarse sobre la existencia de un crédito derivado de un incumplimiento contractual (resultado, en este caso, de las deficiencias en la obra realizada causantes de daños y perjuicios -que, además, han de considerarse hechos admitidos en el caso concreto-), aunque pueda considerarse extemporánea la solicitud de reconocimiento del crédito concursal a los efectos de su inclusión en la lista de acreedores y su satisfacción en el concurso. Señala el TS, por este motivo, que puede haber créditos no incluidos en el texto definitivo de la lista de acreedores que considerándose créditos concursales sean no concurrentes: es decir, que no puedan ser satisfechos en el concurso: « Para que un crédito de esta naturaleza (*crédito concursal*) sea satisfecho en el concurso, ya sea en cumplimiento del convenio aprobado, ya sea en la liquidación de la masa activa, es necesario que sea objeto de reconocimiento como crédito concursal, se le atribuya una determinada calificación, y resulte de este mo-

do incluido en la lista de acreedores aprobada con carácter definitivo».

La caracterización de estos créditos, *concuriales pero no concurrentes*, comporta con carácter principal su no extinción. Significa esto que el crédito existe, no resultando extinguido, y que sólo podrá verse satisfecho en los términos que sugiere el TS: «(...) no resultan extinguidos (salvo que la causa de esa no inclusión sea que así se haya declarado al resolver el incidente de impugnación de la lista de acreedores), pero no pueden ser satisfechos en el concurso con cargo a la masa activa. Su satisfacción, de ser posible, habrá de producirse una vez concluido el concurso, ya sea con el remanente de la liquidación o con los nuevos bienes que pudieran entrar en el patrimonio del concursado una vez concluida la liquidación y con ella el concurso (art. 178 de la Ley Concursal), o, en caso de convenio, una vez declarado el cumplimiento del mismo, si bien en tal caso el crédito sufrirá las quitas acordadas en el convenio (art. 134.1 de la Ley Concursal)».

Pero el elemento central alrededor del cual gira la *conurrencia* de un crédito concursal es su inclusión en el texto definitivo de la lista de acreedores. Y por esta razón se eleva a la categoría de fundamental el plazo legal de comunicación de créditos y, en su caso, la impugnación en plazo de la lista de acreedores. El TS es meridianamente claro sobre este particular: porque « (...) para que puedan satisfacerse en el concurso los créditos que, por haberse generado antes de la declaración de tal concurso, merecen la calificación de concursales, es necesario su reconocimiento en el concurso mediante su inclusión en la lista de acreedores, para lo que no es irrelevante el momento en que sean comunicados en el concurso». El resultado es que, como indica

el TS, « (...) Junto con los créditos comunicados en tiempo y forma, que merecerán la clasificación que corresponda a su naturaleza, los comunicados tardíamente, incluidos los que fueron objeto de una impugnación de la lista de acreedores, que merecerán la clasificación de subordinados por su carácter tardío, con las excepciones previstas en el art. 92.1 de la Ley Concursal (y, actualmente, los créditos susceptibles de comunicación al amparo de los arts. 96. bis y 97.3 de la Ley Concursal), hay créditos que, pese a haberse generado antes de la declaración de concurso, no son susceptibles de ser reconocidos y satisfechos en el concurso y, por tanto, son concursales pero no concurrentes».

Lo que parece indudable en el supuesto litigioso es que el pretendido crédito no fue comunicado en plazo (ni fuera de él, por cierto) por el acreedor a la administración concursal. Tampoco se produjo la pertinente impugnación de la lista de acreedores por su no inclusión en la lista. Precisa el TS, en este sentido, que: «La presentación de la demanda incidental en la que se reclamaba la declaración de la existencia del crédito y su condena al pago se produjo cuando había transcurrido con creces el plazo para impugnar la lista de acreedores. Por tanto, se trató de una reclamación no ya tardía, que pudiera determinar el reconocimiento del crédito como subordinado, sino completamente extemporánea (...)». Y la consecuencia no podía ser otra que la imposibilidad de que « (...) el crédito pudiera ser satisfecho en el concurso, sin perjuicio de otros efectos que pudiera tener la declaración de existencia de tal crédito, fuera del concurso o con posterioridad a la conclusión del mismo (...) y que justificaban el interés legítimo en obtener el pronunciamiento declarativo».

Sólo podía generarse alguna otra duda, por el resto, con la posible inclusión de oficio por la administración concursal del crédito controvertido. Esto en atención a la interpretación conjunta de los arts. 86. 1 y 2 y 92.1 de la Ley Concursal. ¿Podría considerarse el crédito litigioso un crédito *puesto de manifiesto en el concurso* a los efectos del art.86.1 LC? ¿Estaría este crédito en el ámbito de los que se incluirían necesariamente en la lista de acreedores según el art. 86.2 LC? ¿Y en el ámbito de los del art. 92.1 LC? Recuérdese que «1. Corresponderá a la administración concursal determinar la inclusión o exclusión en la lista de acreedores de los créditos puestos de manifiesto en el procedimiento. Esta decisión se adoptará respecto de cada uno de los créditos, tanto de los que se hayan comunicado expresamente como de los que resultaren de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón constaren en el concurso»; y repárese, también, en que « (...) 2. Se incluirán necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso». Para el TS, como punto de partida, «Los créditos tardíamente comunicados, en cualquiera de estos dos supuestos (comunicación realizada entre la finalización del plazo del art. 21.1.5º de la Ley Concursal y la presentación de los textos provisionales por la administración concursal, e impugnación de la lista de acreedores), se clasificarán como subordinados, salvo que entren en juego las excepciones recogidas en el artículo 92.1 de la

Ley Concursal, en cuyo caso se les atribuirá «el carácter que les corresponda según su naturaleza». Pero el dato añadido, por otro lado determinante de la solución adoptada, es que el demandante « (...) no comunicó su crédito del modo previsto en el art. 85 de la Ley Concursal, en el plazo establecido en el art. 21.1.5º de la Ley Concursal».

El juego de los arts. 86. 1 y 2 y 92.1 de la Ley Concursal, independientemente de las dudas que pueda suscitar su aplicación al caso concreto, no justifica la omisión del deber de impugnar la lista de acreedores que corresponde a todo acreedor interesado. El TS refiere, precisamente, que «Sin necesidad de entrar siquiera en si se está en uno de los supuestos previstos en el art. 86.2 de la Ley Concursal (inclusión necesaria de créditos en la lista de acreedores por parte de la administración concursal), si un acreedor considera que su crédito debió ser reconocido por la administración concursal, bien porque lo comunicó en tiempo y forma, bien porque se trata de uno de los créditos que, conforme al art. 86.2 de la Ley Concursal deben ser necesariamente incluidos en la lista de acreedores, debe impugnar la lista de acreedores por el trámite previsto en el art. 96 de la Ley Concursal». Y, de no hacerlo así, sólo podrá aspirar a que su crédito sea concursal pero no concurrente. Una interpretación semejante del art. 86 LC, a nuestro juicio, parecería la más razonable en interés del concurso y de la certidumbre que ha de acompañarlo (y esto sin perjuicio de la responsabilidad que, eventualmente –y con la previsible dificultad-, pudiera pretenderse del administrador concursal por incumplir el deber de incluir necesariamente determinados créditos en la lista). E igualmente razonable debe estimarse la interpretación que se propugna del art.92.1º LC. Para el TS, en coherencia

La controvertida naturaleza de los créditos concursales no concurrentes

con la interpretación propugnada a propósito del art. 86 LC, no puede dudarse que «Los créditos que se encuentren en esos supuestos no serán calificados como subordinados por el hecho de que su reconocimiento se haya producido en virtud de una comunicación tardía (entre la finalización del periodo previsto en el art. 21.1.5º de la Ley Concursal y la presentación por la administración concursal de los textos provisionales del informe, lista de acreedores e inventario) o mediante la impugnación de la lista de acreedores que no los reconozca, a través del trámite del art. 96 de la Ley Concursal». Y, lo que es más importante, este precepto no « (...) salva el problema derivado de su comunicación extemporánea, fuera de cualquier plazo que permita su reconocimiento, tratamiento y pago en el concurso, en calidad de crédito concursal y concurrente».

Una última afirmación del TS es de singular interés, porque de tal reprochable debería extrapolarse un criterio de actuación común a todos los interesados en el reconocimiento de un crédito controvertido: «El hecho de que el crédito no resultara directamente de un contrato ni estuviera recogido en una resolución judicial o un reconocimiento de deuda y pudiera considerarse controvertido, no quita que pudiera y debiera haber sido comunicado a la administración concursal, siquiera sea como contingente, con aportación de los documentos relativos a dicho crédito (contrato de obra, reclamaciones formuladas a la contratista, informes técnicos sobre la existencia y entidad de las deficiencias, etc), a la vez que el acreedor reclamaba su reconocimiento mediante la formulación de la oportuna demanda a través del trámite del incidente concursal». Podría entenderse también, en última instancia, como una sugerencia estratégica: la de plantear directamente un incidente concursal al amparo del art.8.1 LC (con la simultánea comunicación

al administrador concursal) o la simple comunicación del crédito para su reconocimiento por la administración concursal (en espera, en su caso, del planteamiento del eventual incidente y de la libertad probatoria: porque ya sabemos que el acreedor que hubiese comunicado su crédito al concurso debe acreditar de manera suficiente el derecho de que es titular -art.85.4 LC-, pero la Ley restringe expresamente a la documental el material probatorio que podía aportarse en ese acto). No parece que esta última opción sea desechable para un supuesto de cumplimiento defectuoso de un contrato. Como no parece serlo para el caso de los contratos que al tiempo de la declaración de concurso tengan obligaciones pendientes de cumplimiento por solo una de las partes. Porque « (...) cuando al momento de la declaración del concurso una de las partes hubiera cumplido íntegramente sus obligaciones y la otra tuviese pendiente el cumplimiento total o parcial de las recíprocas a su cargo, el crédito o la deuda que corresponda al deudor se incluirá, según proceda, en la masa activa o en la pasiva del concurso» (art.61.1 LC).