

II. CRÉDITOS CONTINGENTES

2.1. ¿Un crédito es contingente si existe un litigio sobre sus elementos subjetivos?

SAP de Almería del 18 de abril de 2017 nº 160/2017; rec. 1021/2016)

Hechos: “2.- Se afirmaba en la demanda que el Sr. Felix fue declarado en concurso de acreedores por Auto de 1 de diciembre de 2014 a instancias en D. Fulgencio , siendo su título declarado en demanda una escritura de cesión de crédito. En dicho procedimiento el actor compareció, insinuó su crédito y fue reconocido. Los créditos del Sr. Fulgencio eran primeramente de la entidad Banesto; en concreto, consistía ese crédito en 373.184.535 pesetas y 42.677.085 pesetas a que fue condenado el concursado solidariamente con Carboneras Playa SA y Colina Mar SA a pagar a Banesto por una sentencia de los Juzgados de Vera del año 1999 que devino firme. Posteriormente, en escritura pública de 29 de junio de 2000, el crédito por cedido por Banesto SA al Sr. Fulgencio.

18.- El recurso presentado por el Sr. Fulgencio , y el segundo de los motivos planteados por la representación del Sr. Felix , se centran en la declaración de contingencia del crédito de autos que acuerda la juzgadora a quo . Y los motivos deben ser estimados por las razones que siguen.

19.- Los créditos litigiosos son contingentes (art. 87.3 de la Ley Concursal). No obstante, conviene precisar el concepto con la transcripción del mandato legal: Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación.

20.- El Tribunal Supremo ha dicho (S. 233/2014 de 22 mayo) que un crédito es litigioso, en el sentido del precepto citado, como en el sentido del art. 1535 al regular el retracto anastasio, cuando sobre el mismo hay un litigio judicial pendiente. Ahora bien, precisa esa misma sentencia que el precepto del art. 87.3 LC , al ligar el concepto de litigiosidad a los propios de los sometidos a condición suspensiva, añade algo más a dichos conceptos: el crédito contingente es el sometido a incertidumbre, siendo así que uno de los motivos de la incertidumbre es precisamente la litigiosidad del crédito, el estar sometido a contienda judicial. No obstante, se ha de precisar que la contingencia afirmada por el actor versa precisamente sobre la existencia de un proceso penal, por lo que la incertidumbre se sitúa en esos términos.

21.- Un crédito es litigioso cuando hay un debate judicial iniciado y no resuelto acerca de la existencia, naturaleza, extensión, cuantía, modalidades, condiciones, o vicisitudes de la expresada relación (STS 28 febrero 1991. RJ 1991\1606). Nótese que no se hace referencia a los elementos subjetivos de la relación obligatoria, sino a sus elementos objetivos. De ahí que, en sede concursal, hay crédito litigioso cuando su

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*existencia y reconocimiento dependa del resultado del pleito (SAP de Barcelona - Sección 15ª- 337/2013 de 18 septiembre). Más en concreto, cuando la intervención judicial extraconcursal sea necesaria para confirmar y reconocer el crédito, dado que, sin dicha intervención, el crédito sería incierto porque **su existencia no constará hasta que no sea reconocido** en el procedimiento en que se plantea y, por tanto, con tratamiento equiparado a un crédito sometido a condición suspensiva.*

*22.- Esto explica que un crédito cambiario es crédito necesario y no contingente a efectos concursales aunque el deudor pudiera oponer en un procedimiento cambiario excepciones personales más allá del crédito objetivamente confirmado (SAP de Barcelona 393/2013 de 30 octubre). Y, tratándose de **créditos litigiosos en causas penales**, la contingencia se refiere, en realidad, al crédito indemnizatorio que pueda crear la sentencia penal, dado que es el verdadero crédito que está en incertidumbre por su realidad y cuantía (SAP de Asturias -Sección 1ª-409/2007 de 9); es, en realidad, uno de los pocos créditos cuya existencia pueda depender del proceso penal.*

*23.- Aplicando estas consideraciones al caso de autos, la Sala considera que el crédito del Sr. Fulgencio no es contingente, y **no lo es precisamente porque lo que quiere el actor es suprimir el crédito en tanto que pertenece al Sr. Fulgencio , afectando sólo el elemento subjetivo del crédito, que, de estar en discusión, no genera crédito contingente**. En efecto, según el planteamiento del actor, el crédito se genera por una sentencia judicial del Juzgado de Primera instancia de Vera, que crea el crédito de Banesto hacia el concursado y dos más. Ese **crédito lo compra** el Sr. Fulgencio , **fraudulentamente** dice la concursada, porque el precio fue irrisorio y porque incluyó una contraprestación en especie irreal, en fraude de los derechos de terceros. En su escrito de calificación **pide (folio 94) la nulidad de la escritura de cesión**, lo que se incluye en el auto de apertura de juicio oral, (recitus , su rectificado, folio 14). En suma, el actor dio siempre por buena la sentencia del año 1999 que creó el crédito, y de lo que se queja es del resultado de la cesión del originariamente acreedor, Banesto, al Sr. Fulgencio.*

*24.- De lo que se deduce que, caso de que se **dictase sentencia condenatoria** (de momento sólo tenemos una absolución en primera instancia por prescripción), puede que no se otorgue ese efecto civil. Pero, en el supuesto que se dé esa circunstancia, **el crédito no desaparece, sino que habría un cambio de titularidad subjetiva del crédito**: aparece ahora Banesto con la titularidad total del crédito y con la obligación, en su caso, de devolver al Sr. Fulgencio, o a los estafados, hurtados, robados o agredidos penalmente, las fincas recibidas a cambio por dicha cesión del crédito. Se produciría entonces una reentrada en la titularidad activa del crédito, fenómeno conocido en Derecho Concursal como sustitución (arts. 87.6 y 7 y 97 de la Ley Concursal).*

*25.- Por tanto, más allá de que pueda haber cambios en la titularidad activa de los créditos, **es posible dicha cesión antes del concurso - art. 3.2 LC -, como después**. La primera se desmerece sólo en un supuesto: falta de legitimación para instar un concurso necesario; el riesgo de una **cesión posterior supone el riesgo de calificación subordinada** (arts. 87.6 y 93 LC), pero nada más: en ambos casos, las cesiones son reconocidas, y la titularidad subjetiva es lo que resta o suma en materia de derechos concursales. Esto es, el crédito sigue vivo, es **de reconocimiento inmediato y necesario**, sin perjuicio de que se reconozca, primero al Sr. Fulgencio, en apariencia o*

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

definitivamente a resultas de dicho procedimiento penal, o a Banesto, a resultas de dicho pleito. Este crédito no depende, en su existencia, de la decisión que haya de tomar el Juzgado de lo Penal nº 1 de Almería, no hará desaparecer el crédito nacido en el año 1999, sino que destruirá, en su caso, una cesión posterior que sólo generó modificación subjetiva del crédito, que, como es conocido, en tanto que modificación, no supone la extinción del crédito previo. Por consiguiente, el recurso será estimado en este punto”.

2.2. ¿Es una contingencia la duda de la AC a la vista de la documentación de un crédito? En el supuesto se trata del crédito derivado del coste de la cancelación anticipada de un swap.

STS de 12 de abril de 2016 (nº 238/2016; rec 2698/2013). En impugnación de lista de acreedores.

“3. En principio, correspondía a la administración concursal justificar por qué había clasificado el crédito de contingente. Y las razones que dio en su contestación a la demanda fueron las siguientes:

«El crédito (...) fue calificado como contingente ordinario por esta parte, por cuanto resultaba y resulta imposible conocer el origen y saldo final de los términos liquidatorios pretendidos, teniendo una total indefensión y ausencia de garantías de la empresa concursada».

El banco había cancelado anticipadamente el swap y, conforme a la liquidación practicada, comunicó el saldo a su favor de 87.372 euros. La administración concursal no se opuso a la cancelación del swap, pero sí a la liquidación. Esto es, mientras no se justificara la liquidación, consideró que el crédito del banco era contingente.

Era en este pleito en el que debía haberse discutido sobre la procedencia de la liquidación.

En este sentido, quien tenía mayor facilidad probatoria para justificar que la liquidación aportada en su día era correcta, y se apoyaba en lo convenido, era el banco. Y es aquí, respecto de esta justificación, que se echa a faltar una actividad probatoria del banco, más allá de la documentación aportada en su día con la comunicación. No en vano fue el banco quien liquidó el swap y para corroborar la correcta liquidación no basta la documentación contractual. Debía acreditarse por su parte que la liquidación se acomodaba a lo pactado.

Pero adviértase que, conforme a la documentación contractual aportada por el banco al comunicar su crédito, en los documentos 15 y 16, es posible distinguir entre las dos últimas liquidaciones producidas durante la vigencia del swap, practicadas el 19 de febrero y el 19 de mayo de 2010, que originaron sendos créditos a favor del banco de 14.892 euros y 14.603 euros, respectivamente, y la liquidación consiguiente a la cancelación anticipada del swap, que dio lugar a un crédito a favor del banco de 57.867 euros.

Respecto de las liquidaciones de 19 de febrero y el 19 de mayo de 2010 no está justificada la posición de la administración concursal de considerar estas dos

V FORO CONCURSAL DEL TAP
13 y 14 de diciembre

obligaciones contingentes por falta de acreditación, pues se trata de liquidaciones derivadas de la vigencia del contrato de permuta financiera. Es la obligación surgida de la liquidación practicada como consecuencia de la cancelación del swap respecto de la que podría tener razón la administración concursal al entender no justificada la procedencia de tal liquidación.

De este modo, ante la objeción formulada por la administración concursal demandada de que no constaba justificada la liquidación del swap, pues sólo se había aportado la documentación contractual y la boleta de liquidación, el banco debía haber explicado y justificado la procedencia de la liquidación practicada tras la cancelación del swap, máxime cuando esta última se hizo a instancia del propio banco, después de la declaración de concurso.

En esta tesitura, la falta de actividad probatoria y argumentativa del banco determina la desestimación parcial de la demanda”.

2.3. Calificación del crédito tributario derivado de procedimientos de inspección. Valor de los certificados administrativos.

SAP Barcelona, sección 15, de 24 de marzo de 2017 (nº 115/2017; rec. 584/2016)

“TERCERO.- Tratamiento concursal del crédito derivado de procedimientos de inspección

8. Las partes discrepan sobre el carácter contingente o no del crédito derivado de actas de inspección, cuando el acuerdo liquidatorio ha sido impugnado en vía administrativa o judicial. La concursada y la administración concursal, al igual que la sentencia apelada, estiman que las actas de inspección sólo incluyen una propuesta de liquidación que es provisional, por lo que, en tanto en cuanto no alcance firmeza, conforme al artículo 87.3º de la LC, el crédito debe reconocerse como litigioso. La recurrente, por el contrario, sostiene que el crédito está cuantificado y que el hecho de que las actas de inspección hayan sido recurridas ante el TEAC o en vía contencioso administrativa no impide que el crédito se reconozca por su cuantía y sujeto a condición resolutoria, todo ello conforme a lo dispuesto en los dos primeros apartados del artículo 87.

En definitiva, el éxito del recurso depende de la interpretación de los tres primeros apartados del artículo 87 de la Ley Concursal, que dicen lo siguiente:

“1. Los créditos sometidos a condición resolutoria se reconocerán como condicionales y disfrutarán de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación, en tanto no se cumpla la condición. Cumplida ésta, podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en las que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo. Todas las demás actuaciones se mantendrán, sin perjuicio del deber de devolución a la masa, en su caso, de las cantidades cobradas por el acreedor condicional, y de la responsabilidad en que dicho acreedor hubiere podido incurrir frente a la masa o frente a los acreedores.

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

2. *A los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, aún cuando su ejecutividad se encuentre cautelarmente suspendida, les será de aplicación lo dispuesto en el apartado anterior.*

Por el contrario, los créditos de derecho público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía. Igualmente, en el caso de no existir liquidación administrativa, se clasificarán como contingentes hasta su reconocimiento por sentencia judicial, las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia.

3. *Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación”.*

9. *Estimamos que de los preceptos transcritos no cabe otra interpretación que la que ofrece el recurso. En efecto, según el **apartado segundo del artículo 87**, los créditos de derecho público recurridos en vía administrativa o jurisdiccional, aunque su efectividad se encuentre suspendida, han de reconocerse por su cuantía y con la calificación que corresponda. Si el crédito resulta de procedimientos de comprobación o inspección " se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación". Esto es, la contingencia del crédito tributario derivado de actas de inspección desaparece con la cuantificación del crédito. O, lo que es lo mismo, la línea que separa el crédito concursal sujeto a condición resolutoria del crédito contingente no es la resolución firme, administrativa o judicial, que dirime la controversia entre la Hacienda Pública y el sujeto tributario, sino la liquidación administrativa que cuantifica el crédito derivado de un proceso de inspección.*

10. *En el presente caso, al tiempo de elaborarse la lista de acreedores, el proceso de inspección había concluido y el crédito tributario estaba cuantificado, estando pendiente de resolver la reclamación ante el Tribunal Económico Administrativo (actualmente se ha agotado la vía administrativa y abierto la judicial). Por ello, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87.2º, el crédito tiene la **misma consideración que el sometido a condición resolutoria**, esto es, debe reconocerse por su cuantía y con la calificación correspondiente, disfrutando de todos los derechos concursales”.*

En el mismo sentido la sentencia de la misma Audiencia de 21 de marzo de 2017.

2.4. ¿En qué medida afecta la litigiosidad a un crédito contra la masa de carácter público?

V FORO CONCURSAL DEL TAP
13 y 14 de diciembre

SAP Alicante, sección 8 de 8 de junio de 2018 (nº 277/2018; rec. 110/2018)

“En síntesis lo que afirma la TGSS en favor de su tesis es que el crédito de derecho público que se certifica, es crédito contra la masa porque es relativo a obligaciones posteriores a la declaración del concurso - art 84.2-5º-10º LC - y que en tanto crédito de derecho público goza legalmente de la presunción de legalidad hasta tanto se dicte sentencia judicial en contra, y de ejecutividad, no pudiendo pueda ser postergado en su pago por disposición del art. 84.3 LC.

En el caso no está en cuestión la clasificación crediticia. De hecho, el criterio que sostiene la decisión de la instancia es que estando impugnado en la jurisdicción contencioso-administrativo el acto administrativo de la Tesorería por la que viene a fijar el crédito, hay contingencia que, como tal, no puede afectar a un crédito contra la masa -STS STS 335/16, de 20 de mayo - pero sí a la existencia misma del crédito en el estado previo a su calificación.

Sin embargo, desde nuestro punto de vista, tiene razón la recurrente cuando afirma que el crédito contra la masa identificado en la certificación de que se trata debe ser reconocido como tal en el importe indicado ya que cuando el art. 87.3 LC se refiere el reconocimiento del crédito lo hace respecto de los concursales y no de los créditos contra la masa, créditos estos últimos que se rigen por lo dispuesto en el art 84 apartados 3, lo que vinculado a la presunción de legalidad y ejecutividad de los créditos públicos de que se trata, así como al criterio de interdicción de la postergación a que hace referencia el art. 84.3 (que no es absoluta ya que se complementa con el art. 176 bis.2 LC para el caso de que aflore la insuficiencia de la masa activa para el pago de todos los créditos contra la masa y solo una vez haya una declaración explícita de la administración concursal de tal insuficiencia - STS 226/17, de 6 de abril y la jurisprudencia que cita esta resolución), permite afirmar que resulta imperativo su reconocimiento ya que de lo contrario, y de aceptarse la tesis de la instancia, bastaría la formulación de un recurso judicial contencioso-administrativo para privar de toda eficacia y efectividad a las certificaciones administrativas incluso en los casos más evidentes y preclaros.

Precisamente por ello diferencia el Tribunal Supremo entre el reconocimiento del crédito masa y su pago. Señala en relación a ello la STS 335/16, de 20 de mayo que " propiamente, el art. 87.3 LC regula la condición de crédito contingente únicamente respecto de los créditos concursales, que son además los únicos que necesitan ser objeto de reconocimiento en la lista de acreedores y respecto de los que, bajo las condiciones previstas en el art. 97 bis LC , podría pedirse la modificación de los textos definitivos. No tiene sentido pedir la modificación de los textos definitivos para que se incluyan determinados créditos contra la masa, ni mucho menos interesar que se clasifiquen estos como contingentes, por mucho que estén pendientes de liquidación. El pago de los créditos contra la masa, una vez devengados, puede requerirse de la administración concursal. Y si ésta no atiende al pago, puede reclamarse mediante un incidente concursal conforme al art. 84.3 LC. Lógicamente, mientras esté pendiente la liquidación o determinación de su cuantía, no podrán ser abonados."

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

Nos parece evidente que en el caso, cuando la certificación de la TGSS fija el importe del crédito contra la masa en 1.685.174,84 euros, en absoluto hay contingencia por su impugnación en vía contenciosa y por tanto, cuando el instante del incidente pidió el reconocimiento de aquél crédito como crédito contra la masa, debió reconocérsele".

2.5. Créditos con afianzamiento solidario de un concursado. ¿Qué calificación tiene el crédito en el concurso del fiador solidario? La cuestión es cómo se califican los créditos cuando la deuda de un concursada ha sido afianzada por otro concursado.

SAP Las Palmas, Civil sección 4 del 10 de mayo de 2016 (nº 170/2016; rec. 679/2015)

“SEGUNDO. Tratamiento concursal de los créditos con afianzamiento solidario

La situación fáctica consiste en que el concursado (FLICK COMERCIAL Y MAQUINARIA SL) reconoció una deuda con DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS, SAU, que está garantizada con fianza solidaria de otro concursado (FLICK INTERLOCK SLU) e hipoteca en garantía sobre un inmueble del fiador.

La cuestión ha sido resuelta por la Jurisprudencia, en fecha posterior a la sentencia. En el concurso del deudor, el crédito tiene la calificación de ordinario, porque la garantía real recae sobre un bien del fiador (no del deudor). Así se resuelve correctamente.

En el concurso del fiador solidario, el crédito debe ser calificado como contingente. Porque "la obligación que surge para el fiador de la fianza prestada para garantizar el cumplimiento de una obligación de un tercero, también la que se presta con carácter solidario, no sólo tiene carácter accesorio respecto de aquella obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, sino que además se caracteriza por la subsidiariedad. La responsabilidad del fiador, en la medida que suple la responsabilidad del deudor principal, implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor fiado, determinante de la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al garante, de modo que aquel incumplimiento es presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador. Por eso, en casos como el presente en que se ha pactado la fianza como solidaria, con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, la fianza sigue siendo subsidiaria, en el sentido de que para ir contra el fiador, es preciso un incumplimiento previo del deudor principal. Mientras esto no haya ocurrido, el crédito del prestamista frente al fiador solidario en concurso de acreedores deberá reconocerse como crédito concursal contingente. Por la reseñada subsidiariedad de la obligación del fiador, el impago del deudor principal permite dirigirse contra el fiador. Es entonces cuando opera, en su caso, el beneficio de excusión previa del patrimonio del deudor principal, o cuando el acreedor puede reclamar directamente el pago al fiador solidario, si la excusión no tiene lugar. De este modo, el impago del deudor principal opera como una suerte de condición suspensiva respecto del nacimiento de la obligación de la concursada, y resulta, por ello, de aplicación la regla prevista en el apartado 3 del art. 87 LC: " los créditos sometidos a condición suspensiva (...) serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda", Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo del 8 de julio de 2014, Sentencia: 361/2014, Recurso: 2378/2012)

V FORO CONCURSAL DEL TAP
13 y 14 de diciembre

(...)

No existiendo prueba de incumplimiento, el crédito debe ser calificado como contingente.

Es relevante que la hipoteca garantiza expresamente la obligación asumida por el fiador, como consta claramente en la escritura (f. 12 v):

CUARTA.- CONSTITUCIÓN DE HIPOTECA.- En garantía del afianzamiento prestado en la estipulación anterior, FLICK INTERLOCK, S.L. SOCIEDAD UNIPERSONAL, constituye a favor de DISA RED DE SERVICIOS PETROLÍFEROS, S.A.U., que acepta, hipoteca voluntaria de primer rango sobre la finca de su propiedad que se describe más adelante, por un plazo de SIETE AÑOS Y SEIS MESES, desde esta fecha y por un principal de UN MILLÓN DE EUROS (1.000.000,00 €), CIEN MIL EUROS (100.000,00 €) por intereses ordinarios de UN AÑO, calculados al tipo del 10 % y hasta un máximo de CIEN MIL EUROS (100.000,00 €) para costas y gastos de ejecución.

Por lo que tendrá la calificación de contingente, privilegiado especial, sin cuantía".

2.6. Créditos contingentes litigiosos. ¿Desde qué momento procesal merecen tal consideración?

SAP Murcia, sección 4, de 4 de febrero de 2016 (nº 89/2016; rec. 1021/2015)

“Segundo. El crédito contingente litigioso

Según el art 87.3 " Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. En todo caso, la confirmación del crédito contingente o su reconocimiento en sentencia firme o susceptible de ejecución provisional, otorgará a su titular la totalidad de los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación "

Se suele afirmar que los créditos contingentes litigiosos del art 87.3 LC son los llamados «créditos por juicios pendientes » referidos a aquellos créditos inciertos porque sobre su existencia, validez o cuantía, o en definitiva, su reconocimiento, hay contienda judicial, o sea, está pendiente de una resolución judicial. De ahí su asimilación al crédito sometido a condición suspensiva, de manera que se reconozca sin cuantía propia.

Para que se reconozca un crédito como contingente por litigioso es necesario justificar que al declararse el concurso exista un procedimiento en el que se suscite controversia sobre la validez y existencia del crédito.

*Desde una **perspectiva estricta**, con arreglo a lo previsto en el art. 1535.2 del CC sólo sería litigioso el crédito desde la **contestación** a la demanda.*

V FORO CONCURSAL DEL TAP
13 y 14 de diciembre

*No obstante, la mayoría de doctrina y la práctica judicial en materia concursal, a la vista de que la LEC atribuye efectos de índole procesal a la **presentación de la demanda** (art 410 LEC) y que el procedimiento declarativo en tramitación en el que es parte el deudor al momento de la declaración de concurso se continúa hasta sentencia (art 51LC), considera que desde la demanda, si después es admitida, basta para reconocerlo como litigioso. Si el procedimiento preconcursal debe continuar y vincula en el proceso concursal (art 53LC), carece de sentido que vía incidental se suscite la existencia o cuantificación de aquello que está subjudice, con el riesgo evidente de resoluciones judiciales contradictorias”.*

Procedimientos penales. STS 20 de septiembre de 2016 (nº 548)

La mera apertura de unas diligencias penales no es suficiente; es necesario que la AC o el juez del concurso que conozca del incidente aprecien que las diligencias penales entrañan una clara y seria controversia sobre la realidad y existencia del crédito.

2.7. Calificación del crédito por restitución de cantidades a cuenta con motivo de la resolución de un contrato de tracto único: crédito contingente o contra la masa.

STS de 19 de julio de 2016 (nº 500/2016; rec. 590/2014)

“SEGUNDO.- (...) Como hemos advertido, ahora, en casación, la procedencia de la resolución del contrato resulta incontrovertida. Tan sólo se cuestionan los efectos de esta resolución.

Debemos partir de que se solicitó, y el juzgado acordó, como consecuencia del allanamiento de la concursada, la resolución del contrato por incumplimiento de la concursada de su obligación de entrega de la vivienda. Acordada la resolución de un contrato por incumplimiento de la concursada, los efectos deberían ser los previstos en la norma específica.

En principio, esta norma es la contenida en el art. 62.4 LC, cuyo tenor literal es el siguiente:

«Acordada la resolución del contrato, quedarán extinguidas las obligaciones pendientes de vencimiento. En cuanto a las vencidas, se incluirá en el concurso el crédito que corresponda al acreedor que hubiera cumplido sus obligaciones contractuales, si el incumplimiento del concursado fuera anterior a la declaración de concurso; si fuera posterior, el crédito de la parte cumplidora se satisfará con cargo a la masa. En todo caso, el crédito comprenderá el resarcimiento de los daños y perjuicios que proceda».

Pero esta norma, en realidad, regula los efectos de la resolución sobre los contratos de tracto sucesivo, en los que es posible distinguir entre las obligaciones pendientes de vencimiento y las vencidas, y dentro de estas últimas según el incumplimiento por parte

V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

del concursado fuera anterior o posterior a la declaración de concurso. La norma prevé los efectos liberatorio, liquidatorio de la relación jurídica contractual e indemnizatorio propios de la resolución de un contrato de tracto sucesivo (...).

5. Pero los efectos de la resolución de un contrato de tracto único, como es la compraventa objeto del presente caso, son diferentes. Como declaramos en la Sentencia 505/2013, de 24 de julio , «en el contrato de tracto único la prestación se configura como objeto unitario de una sola obligación, al margen de que se realice en un sólo acto o momento jurídico, o bien se fraccione en prestaciones parciales que se realizan en periodos de tiempo iguales o no». De modo que, en principio, un cumplimiento parcial de esta obligación no satisface el interés y la obligación correlativa de la contraparte.

De ahí que, además del efecto liberatorio, la resolución en estos contratos traiga consigo, cuando alguna de las prestaciones hubiera sido ejecutada, un efecto ex tunc , restitutorio, debiendo ambas partes restituir lo recibido. La doctrina justifica la procedencia de este efecto, en caso de resolución por incumplimiento contractual ex art. 1124 CC, en la aplicación de lo dispuesto en el art. 1123 CC para las genuinas condiciones resolutorias, que impone a los interesados la restitución de lo que hubieren percibido. Esta restitución será in natura, cuando pueda ser posible, y de no serlo, por equivalente.

El que este efecto restitutorio no venga expresamente previsto en el art. 62.4 LC no significa que no resulte de aplicación en caso de resolución por incumplimiento contractual del concursado. Es connatural al carácter recíproco de las obligaciones y se acomoda mejor a la previsión contenida en el art. 61.2 LC, que para estos casos en que las obligaciones estaban pendientes de cumplimiento al tiempo de la declaración de concurso, califica como crédito contra la masa la obligación pendiente de cumplimiento por la concursada. Al margen de si debía o no resolverse el contrato, porque el incumplimiento era anterior, si se resuelve, el efecto restitutorio se aplica indistintamente a todos los contratos y el crédito restitutorio de la parte in bonis es contra la masa.

6. Pero lo anterior no significa que estimemos el recurso, porque, como muy bien razonó la Audiencia, Carpol está vinculada por su actuación dentro del concurso y en concreto porque hubiera comunicado su crédito a la restitución de las cantidades entregadas a cuenta como crédito concursal contingente, en cuanto que dependería de una resolución del contrato. La administración concursal accedió a incluir este crédito en la lista de acreedores, con la consideración de crédito contingente, lo que, por no ser impugnado devino firme (art. 97.1 LC), y condiciona el resultado de la acción ahora ejercitada. Máxime si tenemos en cuenta que un tribunal distinto del que tramita el concurso carece de competencia para calificar un crédito como concursal o contra la masa. Respecto de los créditos concursales, esta función corresponde al juez del concurso mediante la aprobación de los textos definitivos de la lista de acreedores; y respecto de los créditos contra la masa mediante el preceptivo incidente concursal (art. 84.4 LC) ”.

En relación con esta cuestión se habían pronunciado la SAP Tarragona sección 1 del 18 de enero de 2016 (nº 41/2016; rec. 220/2015

V FORO CONCURSAL DEL TAP
13 y 14 de diciembre

SAP A Coruña, sección 4 del 09 de marzo de 2017 (nº 83/2017; rec. 98/2017)

En ocasiones el crédito se califica como concursal por la improcedencia de resolver el contrato por incumplimientos anteriores a la declaración de concurso.