

## **ACTUALIZACIÓN JURISPRUDENCIAL EN MATERIA DE CLASIFICACIÓN DE CRÉDITOS**

### **1. GRUPO DE SOCIEDADES.**

a) La apreciación de la concurrencia de la situación de control como presupuesto de valoración de la especial relación por pertenencia a un mismo grupo de sociedades, ¿debe hacerse de manera exclusiva a la luz de los supuestos previstos en el art. 42 del CCom, o cabe hacerla al margen de estos?

#### **I. NORMATIVA:**

-Art. 42 CCom: “Existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras. En particular, se presumirá que existe control cuando una sociedad, que se calificará como dominante, se encuentre en relación con otra sociedad, que se calificará como dependiente, en alguna de las siguientes situaciones:

a) Posea la mayoría de los derechos de voto.

b) Tenga la facultad de nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de administración.

c) Pueda disponer, en virtud de acuerdos celebrados con terceros, de la mayoría de los derechos de voto.

d) Haya designado con sus votos a la mayoría de los miembros del órgano de administración, que desempeñen su cargo en el momento en que deban formularse las cuentas consolidadas y durante los dos ejercicios inmediatamente anteriores. En particular, se presumirá esta circunstancia cuando la mayoría de los miembros del órgano de administración de la sociedad dominada sean miembros del órgano de administración o altos directivos de la sociedad dominante o de otra dominada por ésta. Este supuesto no dará lugar a la consolidación si la sociedad cuyos administradores han sido nombrados, está vinculada a otra en alguno de los casos previstos en las dos primeras letras de este apartado”.

#### **II. JURISPRUDENCIA:**

-STS de 31 de octubre de 2018: “Esta cuestión fue objeto de resolución en la reseñada sentencia 431/2018, de 10 de julio, en la que razonamos que no resultaba de aplicación ninguna de las presunciones del art. 42.1 CCom, que facilitan la apreciación de una situación de control directo e indirecto de Banco Cam sobre Trecam. Y, al margen de las presunciones, razonamos por qué no existía una verdadera situación de control”.

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

-STS de 23 de octubre de 2018: “no consta que concurriera alguna de las circunstancias que de forma ejemplificativa se enumeran en el propio art. 42 CCom, ni ninguna otra que mostrara que Gestión de Servicios Inmobiliarios de Andalucía, S.L. estaba bajo el control directo o indirecto de Grupo Inmobiliario Tremón, S.A., sin que los negocios realizados por quienes controlaban cada una de estas dos sociedades, pongan por sí en evidencia esa situación de control”.

**b) ¿Cabe apreciar grupo de sociedades si la concursada y la acreedora tienen como único vínculo el ser objeto de control por una misma persona física?**

I. NORMATIVA: art. 42 CCom

II. JURISPRUDENCIA:

-STS de 11 de julio de 2018: “Que la sociedad concursada y la sociedad a la que hizo una transmisión onerosa de sus bienes en el periodo inmediatamente anterior a la solicitud de la declaración de concurso, y una vez que la deudora se hallaba ya en situación de insolvencia, no tengan entre sí una relación de jerarquía dentro de un grupo porque ambas sean sociedades dominadas, no significa que nos encontremos ante un grupo horizontal o paritario. Si existe control, en el sentido establecido en el art. 42.1 del Código de Comercio, hay grupo a efectos de la Ley Concursal, aunque las sociedades involucradas en la situación concursal sean ambas filiales o dominadas, y son aplicables las previsiones de la Ley Concursal relativas al grupo de sociedades. Si existe control en alguna de las formas admitidas (en el caso objeto del recurso, lo era mediante mecanismos societarios como es la titularidad prácticamente total del capital social de ambas sociedades), por el hecho de que ese control sea ejercido por una persona física o jurídica que no sea una sociedad mercantil, no puede decirse que estemos ante un grupo horizontal o por coordinación, excluido del concepto de grupo societario del actual art. 42.1 del Código de Comercio. Sigue siendo control societario, plasmado en la disponibilidad de la mayoría de los derechos de voto de la dominada, situación prevista en el art. 42.1.a del Código de Comercio como una de las que hacen presumir la existencia de control”. “Las razones que justifican un determinado tratamiento a los concursos en los que están involucradas sociedades sujetas a control, en el sentido del art. 42.1 del Código de Comercio, y que afectan a cuestiones tales como la acumulación de concursos, incompatibilidades para desempeñar el cargo de administrador concursal, acciones de reintegración, subordinación de créditos, etc., concurren tanto cuando en la cima del grupo, ejercitando el control, se encuentra una sociedad mercantil como cuando se encuentra una o varias personas físicas o una persona jurídica que no sea una sociedad mercantil, como por ejemplo una fundación. Carece de justificación que en un concurso de una sociedad integrada en un grupo en el que una persona física (o una persona jurídica distinta de una sociedad mercantil) ejerce el control, otra sociedad integrada en el grupo no sea considerada como persona especialmente relacionada con la concursada”. “Las razones que justifican el tratamiento como persona especialmente relacionada con el deudor de la sociedad perteneciente al mismo grupo, y que determinan la presunción de perjuicio en las

**V FORO CONCURSAL DEL TAP**  
**13 y 14 de diciembre**

transmisiones onerosas realizadas en el periodo sospechoso anterior a la declaración de concurso o la calificación de su crédito como subordinado, concurren plenamente en caso de que el control sea ejercido por una persona física o una fundación. La posibilidad de que la sociedad acreedora, al ser una sociedad sometida al mismo control que la sociedad deudora, pueda tener una información privilegiada sobre la situación del deudor, que haya podido tener alguna influencia en su actividad, que la financiación otorgada por esa sociedad del grupo intente paliar la infracapitalización de la sociedad deudora o que la transmisión de bienes se haya realizado para que una sociedad del grupo quede en mejor posición que otros acreedores ante la insolvencia de la deudora, que son las principales razones de que sus créditos se posterguen respecto de los de acreedores que no tengan la calificación de personas especialmente relacionadas, son circunstancias que concurren plenamente en tal supuesto”.

**2. PRIVILEGIO ESPECIAL.**

**a) ¿Cómo debe clasificarse un crédito que admite encaje indistintamente como privilegiado especial y subordinado?**

JURISPRUDENCIA: STS de 28 de mayo de 2018: “La cualidad de privilegio especial solapa cualquier otra clasificación que, con arreglo a lo previsto en los arts. 89 y 91 a 93 LC, pudiera corresponderle a ese mismo crédito. Sin perjuicio, claro está, de la regla especial del art. 97.2 LC sobre extinción de garantías del acreedor especialmente relacionado con el deudor. De tal modo que, si tras la realización de la garantía, no se cubre la totalidad del crédito, respecto de ese remanente no satisfecho operan las reglas generales de clasificación de créditos”.

**b) ¿Y si admite clasificación como crédito contra la masa y privilegiado especial?**

JURISPRUDENCIA: STS de 7 de noviembre de 2017: “La Audiencia desestima el recurso porque entiende que *«con posterioridad a la declaración de concurso, no es posible la constitución de garantías ni reales ni personales que afecten a la masa, si no es con autorización judicial, lo que nos lleva a estimar jurídicamente ineficaz la hipoteca sobre la que versa el litigio»*”. “La previsión contenida en el art. 94.1 LC, de que la lista de acreedores debe ir referida a la fecha de la declaración de concurso, tampoco justifica la ineficacia de la hipoteca otorgada antes del concurso e inscrita después. En primer lugar, porque el crédito invocado por el banco es concursal, al haber surgido antes de la declaración de concurso, sin perjuicio de que los efectos constitutivos de la hipoteca que permitía clasificar la parte del crédito garantizado se produjeran después de la apertura del concurso, pero antes de que precluyera el plazo para su inclusión en la lista de acreedores. A estos efectos lo relevante es que el crédito es anterior, por ello es concursal y debe ser incluido en la lista de acreedores, y que se encuentra garantizado en una parte por un derecho de hipoteca. Esta norma no

**V FORO CONCURSAL DEL TAP**  
**13 y 14 de diciembre**

debe impedir reconocer el crédito del acreedor hipotecario con la clasificación que corresponde a su derecho de garantía, ni mucho menos permite anular una hipoteca”.

**3. SWAP.**

**Los créditos derivados de liquidaciones de contratos de permuta financiera posteriores a la declaración de concurso ¿son créditos concursales o contra la masa?**

**I. NORMATIVA:**

-Art. 16.2 del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública: “En los supuestos en que una de las partes del acuerdo de compensación contractual se halle en una de las situaciones previstas en el apartado anterior, se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de la operación u operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él. En caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual, será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del artículo 61.2 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. Conforme a lo establecido en el artículo 62.4 de la citada ley, si el acuerdo fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso y se alegara como causa de resolución dicha situación o el incumplimiento del concursado previo a dicha declaración, el importe neto calculado conforme a las reglas establecidas en el acuerdo de compensación contractual se incluirá en el concurso como crédito concursal. Si el acuerdo fuese resuelto con posterioridad a la declaración de concurso y se alegara como motivo para ello cualquier otro incumplimiento del concursado posterior a dicha declaración, el importe neto calculado conforme a las reglas establecidas en el acuerdo de compensación contractual se satisfará con cargo a la masa”.

**II. JURISPRUDENCIA:**

-STS de 24 de mayo de 2018: “El presupuesto de aplicación del art. 16 del Real Decreto Ley 5/2005 ha de ponerse en relación con el art. 5 de la misma norma, de tal manera que se sometan al CMOF una pluralidad de operaciones financieras, cuyas respectivas liquidaciones están destinadas a ser compensadas para dar lugar a un saldo neto único”. “Cuando se trata de una única operación, ni siquiera se trataría de una compensación stricto sensu, sino de una operación aritmética de liquidación o deducción (a veces llamada "compensación técnica") de un único contrato”. “El swap no es un contrato que produzca obligaciones recíprocas entre las partes sino obligaciones para una sola de las partes en cada una de las liquidaciones previstas, sin perjuicio de que el riesgo sea bilateral y por la aleatoriedad propia de tal contrato puede que la parte para la que surgen obligaciones no sea la misma en todas las liquidaciones. Por tal razón, se fijó como doctrina jurisprudencial la consistente en que *los créditos derivados de contratos de permuta financiera en que el deudor se*

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

*encuentre en concurso son créditos concursales y no contra la masa, con independencia de que se hayan devengando antes o después de la declaración de concurso”.*

### 4. CRÉDITOS DE DERECHO PÚBLICO.

**¿Puede hacerse extensivo el privilegio general del artículo 91.4 de la LC a los créditos tributarios titularidad de la Administración autonómica o local, o debe entenderse limitada a la Administración estatal, de acuerdo con el artículo 5.2 de la Ley General Presupuestaria?**

#### I. NORMATIVA:

- Art. 91.4 LC: “Son créditos con privilegio general: Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe”.

#### II. JURISPRUDENCIA:

-STS de 23 de mayo de 2018: “la referencia contenida en el art. 91.4º LC a «los créditos tributarios y demás de derecho público...permite equiparar la referencia completa a "(l)os créditos tributarios y demás de Derecho público" con la contenida en el art. 5.2 Ley General Presupuestaria (LGP) a los "derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal", que comprende "los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas...los *demás créditos de derecho público* mencionados en el art. 91.4º LC son, aparte de los tributos, los otros derechos de contenido económico que cumplan estos dos requisitos: i) sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos; y ii) deriven de potestades administrativas». Conviene aclarar que la referencia a los créditos titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos ha de hacerse extensible, cuando proceda, a los créditos titularidad de la Administración autonómica y local, siempre y cuando deriven de sus potestades administrativas”.

### 5. COSTAS PROCESALES.

#### I. NORMATIVA:

-Art. 84.2.3º LC: “Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: Los de costas y gastos judiciales ocasionados por la asistencia y representación del deudor, de la administración concursal o de acreedores legitimados

## V FORO CONCURSAL DEL TAP 13 y 14 de diciembre

en los juicios que, en interés de la masa, continúen o inicien conforme a lo dispuesto en esta Ley, salvo lo previsto para los casos de desistimiento, allanamiento, transacción y defensa separada del deudor y, en su caso, hasta los límites cuantitativos en ella establecidos”.

### II. JURISPRUDENCIA:

**¿Debe considerarse contra la masa el crédito derivado de la condena en costas al concursado en un pleito iniciado con anterioridad al concurso y resuelto con posterioridad, pero que no aporta nada al concurso?**

-STS de 22 de mayo de 2018: “Los pleitos pendientes en primera instancia cuando se declara el concurso de acreedores de una de las partes, sea esta la demandante o la demandada, se entiende que continúan en interés del concurso cuando no se provoca su terminación mediante el desistimiento, el allanamiento o la transacción”. “El crédito por costas requiere que la concursada haya sido condenada al pago de las costas ocasionadas a la otra parte en aquel pleito que, iniciado antes de la declaración de concurso, continuó en interés del concurso porque no se provocó su terminación mediante allanamiento, teniendo en cuenta que la concursada era la demandada, o mediante transacción. El crédito por costas nació con la sentencia dictada en primera instancia que las impuso a la concursada, sin perjuicio de que la determinación de su cuantía quedara pendiente de la posterior tasación. De este modo, este crédito por costas que es posterior a la declaración de concurso, conforme al art. 84.2.3º de la Ley Concursal debe ser considerado crédito contra la masa”.

## 6. RESPONSABILIDAD EXTRACONTRACTUAL.

**En el concurso de persona física administrador de una sociedad de capital, ¿cuándo se entiende que nace un crédito por responsabilidad por deudas de acuerdo con el artículo 367 de la LSC?**

### I. NORMATIVA:

-Art. 84.2.10 LC: “Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo”.

### II. JURISPRUDENCIA:

-STS de 29 de noviembre de 2017: “El art. 84.2.10 de la Ley Concursal se refiere a las obligaciones nacidas de la ley. Como declaramos en la sentencia 55/2011, de 23 de febrero, en realidad, todas las obligaciones nacen de la ley, pero stricto sensu se entiende como tales las que no cabe ubicar en alguna de las denominadas fuentes clásicas (contratos, cuasi-contratos, delitos y cuasi-delitos) con lo que el concepto

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

13 y 14 de diciembre

viene a operar con carácter residual que recoge todas las restantes posibles fuentes de las obligaciones. Sin embargo, en puridad, la ley no crea obligaciones, sino que atribuye a determinados hechos tal virtualidad, por lo que la fuente de la obligación es el hecho contemplado en la ley como idóneo para generar una obligación y, correlativamente, un crédito, en su vertiente positiva”.

“Respecto de la fecha de nacimiento del crédito, afirmamos también en la citada sentencia 55/2011, de 23 de febrero, que lo que verdaderamente importa en orden a la calificación de los créditos a que se refiere el art. 84.2.10º de la Ley Concursal es cuándo se produce su nacimiento, y no su reconocimiento. Por tanto, lo que hay que tener en cuenta es la fecha en que se produce el acaecimiento del que nace la obligación. En el caso del crédito que los acreedores sociales tienen contra el administrador social con base en el art. 367 TRLSC, el acaecimiento que origina el crédito es el nacimiento de una obligación social en un momento en que los administradores sociales responden solidariamente de las obligaciones sociales, lo que tiene lugar cuando haya concurrido una causa legal de disolución de la sociedad y los administradores hayan incumplido la obligación de convocar en el plazo de dos meses la junta general para que adopte, en su caso, el acuerdo de disolución o no soliciten la disolución judicial o, si procediere, el concurso de la sociedad, en el plazo de dos meses a contar desde la fecha prevista para la celebración de la junta, cuando esta no se haya constituido, o desde el día de la junta, cuando el acuerdo hubiera sido contrario a la disolución”.

“En el supuesto objeto del recurso, el crédito de los demandantes nació cuando se dictó la sentencia, que quedó firme, que condenaba a Dosamboas 2006 S.L. al pago de las costas del proceso, el 18 de marzo de 2013, pues los requisitos necesarios para la aplicación del art. 367 TRLSC concurrían desde varios años antes. Dado que D. Alexis, administrador solidario de Dosamboas 2006 S.L., había sido declarado en concurso mediante auto de 26 de enero de 2012, el crédito de los demandantes contra el administrador social es posterior a la declaración de concurso. Ciertamente, la deuda que para la masa supone el crédito de los demandantes no responde a la naturaleza que tradicionalmente se atribuía a estas deudas de la masa, como era la de subvenir a las necesidades del concurso, por lo que debían haberse generado tras la declaración del mismo. Pero esta caracterización tradicional de las deudas de la masa ha resultado modulada por la regulación que se contiene en el art. 84.2 de la Ley Concursal, en la que algunos de los supuestos de créditos contra la masa no responden a esta finalidad, como es el caso del apartado 10.º en que se encuadra el crédito de los demandantes, o que no cumplen el requisito temporal de haberse generado con posterioridad a la declaración del concurso, como es el caso del apartado 1.º, los créditos por salarios de los últimos treinta días anteriores a la declaración de concurso”.

### **7. PIGNORACIÓN DE CRÉDITOS FUTUROS.**

**¿Cuándo se considera que la pignoración de créditos por devoluciones tributarias futuras resiste al concurso de acuerdo con el artículo 90.1.6 de la LC?**

**V FORO CONCURSAL DEL TAP**  
**13 y 14 de diciembre**

**I. NORMATIVA:**

-Art. 90.1.6.a) LC: “Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros sólo gozarán de privilegio especial cuando concurren los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso: Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración”.

**II. JURISPRUDENCIA:**

-STS de 13 de junio de 2017: “los créditos consistentes en las devoluciones de ingresos que pudiera acordar la AEAT solo pueden considerarse derivados de una relación jurídica preexistente a la declaración de concurso en los casos en que el hecho imponible del impuesto respecto del cual se haya acordado la devolución de ingresos se ha producido antes de la declaración de concurso. Este criterio concuerda con el establecido para la calificación como crédito concursal o crédito contra la masa de los créditos derivados de las facturas rectificativas del IVA en las sentencias 701/2011, de 3 de octubre, y 486/2013, de 22 de julio, entre otras. La consecuencia de lo expuesto es que la prenda de los créditos a la devolución del IVA del ejercicio 2009, al derivar de una relación jurídica preexistente a la declaración de concurso, es resistente al concurso de UCASA, que fue declarado por auto de 30 de abril de 2013, por más que la resolución del TEAR que estimó la impugnación del acuerdo administrativo que denegaba en parte dicha devolución hubiera sido dictada con posterioridad a la declaración de concurso”.

**8. CRÉDITO LITIGIOSO.**

**El concepto de crédito litigioso del artículo 87.3 de la LC, ¿se limita a los litigios de carácter civil o es también predicable de un procedimiento penal?**

**I. NORMATIVA:**

-Art. 87.3 LC: “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”.

**II. JURISPRUDENCIA:**



## V FORO CONCURSAL DEL TAP 13 y 14 de diciembre

-STS de 20 de septiembre de 2016: “El art. 87.3 LC dispone que «los créditos (...) litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la clasificación que corresponda (...)». Esta condición de litigioso la tiene cualquier crédito cuya existencia haya sido directamente cuestionada en un procedimiento judicial, mientras no recaiga una resolución firme o susceptible de ejecución provisional que lo reconozca. Lo normal es que este litigio sea civil, y que en él se cuestione la existencia del crédito y su exigibilidad por su titular. Pero no existe objeción alguna para que pueda serlo también penal, cuando claramente sea objeto de controversia la validez o existencia del crédito. En nuestro caso, no existe duda de que así era, como se aprecia del contenido de la sentencia que finalmente dictó la sección penal de la Audiencia de Barcelona que ha juzgado la causa penal expresamente declara como hecho probado que la asunción de la obligación cambiaria no respondía a la existencia de ningún crédito y que los documentos elaborados para tratar de justificar su existencia (facturas, presupuesto y asunción de deuda) eran falsos. Lo cual justifica la condena del administrador de la concursada que emitió la declaración cambiaria como autor de un delito de estafa procesal, en grado de tentativa, en concurso real con un delito de falsedad en documento mercantil.

Existe un riesgo de que al amparo de esta doctrina se abuse de denuncias o querellas penales infundadas, que persigan dilatar el reconocimiento efectivo de un crédito por su cuantía. Sobre todo para impedir la participación del titular de este crédito en la aprobación del convenio. De ahí que la mera apertura de unas diligencias penales relacionadas con el crédito no sea suficiente para considerar litigioso el crédito. Es necesario que la administración concursal y, en su caso, el juez del concurso que conozca del incidente de reconocimiento de crédito, aprecien que las diligencias penales entrañan una clara y seria controversia sobre la realidad y existencia del crédito. En nuestro caso, no hay duda de que la sentencia penal, sin perjuicio de si contra ella cabe recurso alguno, ha juzgado sobre la existencia del crédito cuyo reconocimiento se pretendía en el concurso de acreedores, en este caso para negársela, lo que pone en evidencia que al tiempo de la declaración de concurso, en que ya se habían iniciado las diligencias penales, el crédito estaba afectado por el resultado de este enjuiciamiento, que se refería directamente a la existencia del crédito. Por ello, el crédito era litigioso y su consideración concursal era la de crédito contingente.

Lo anterior no queda alterado por la circunstancia de que el crédito comunicado estuviera documentado en una letra de cambio, y que esta fuera aportada para justificar el crédito que se pretendía fuera reconocido en la lista de acreedores. La aportación de la letra junto con la comunicación del crédito no supone el ejercicio de una acción cambiaria, pues en esta operación concursal se trata de reconocer la existencia, cuantía y naturaleza concursal de los créditos, de modo que puede discutirse, por la vía de la impugnación de la lista de acreedores, su existencia y validez. Si, como es el caso, la existencia del crédito se discute en un proceso penal, es lógico que este crédito, que ha justificado la declaración cambiaria del concursado, sea reconocido como contingente, en la medida en que esté pendiente el litigio y mientras no concluya este con su reconocimiento. Es cierto que, como apunta la Audiencia,

**V FORO CONCURSAL DEL TAP**  
**13 y 14 de diciembre**

también se hubiera podido discutir directamente la validez del crédito mediante la impugnación de su reconocimiento o inclusión en la lista de acreedores. Pero como al tiempo de la declaración de concurso estaba pendiente aquel proceso penal que tenía por objeto la inexistencia del crédito, como presupuesto de la calificación penal de estafa procesal y falsedad documental, también resultaba procedente reconocer el crédito como litigioso y, por ende, contingente, a esperas de lo que se resolviera en la causa penal”.

**9. INDEMNIZACIÓN POR RESOLUCIÓN DE CONTRATO DE TRABAJO.**

**¿Debe otorgarse la consideración de crédito contra la masa a la indemnización acordada en un procedimiento laboral de resolución de contrato de trabajo instado por el trabajador por cese de actividad con anterioridad a la declaración de concurso por el solo hecho de recaer sentencia con posterioridad?**

**I. NORMATIVA:**

-Art. 84.2.5 LC: “Tendrán la consideración de créditos contra la masa...los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso”.

**II. JURISPRUDENCIA:**

-STS de 13 de julio de 2016: “Los créditos consistentes en indemnizaciones acordadas en sentencias dictadas con posterioridad a la declaración del concurso, por extinción del contrato de trabajo a instancias del trabajador en base a incumplimientos graves del empleador, prevista en el art. 49.1.j y 50 del Estatuto de los Trabajadores, no se devengan cuando se produce el incumplimiento del empleador, ni siquiera cuando se interpone la demanda por el trabajador, sino cuando hay sentencia firme extintiva de la relación laboral, que tiene carácter constitutivo. La relación jurídica laboral que da derecho a la indemnización se ha prolongado hasta el momento mismo de la sentencia extintiva, esto es, también con posterioridad a la declaración de concurso, como también hasta ese momento se ha prolongado el impago de los salarios que motiva la extinción del contrato. Y, como acertadamente declara la sentencia recurrida, por actividad profesional o empresarial, a efectos del art. 84.2 5º de la Ley Concursal, ha de entenderse no solo la actividad económica en sentido estricto, sino también la pervivencia de vínculos jurídicos de los que surgen obligaciones y derechos propios del ámbito de actividad empresarial o profesional, como es la obligación de pagar los salarios a los trabajadores, que pervive tras la declaración de concurso y hasta el momento mismo en que se dicta la sentencia extintiva de la relación laboral”.

V FORO CONCURSAL DEL TAP  
13 y 14 de diciembre

**10. DEVENGO DEL CRÉDITO POR HONORARIOS DE LA AC.**

**¿Cabe entender que la fecha de vencimiento del crédito es la de la aceptación del cargo del administrador concursal, o será necesariamente la de pago que acuerde el auto de conformidad con el artículo 8 del Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre?**

**I. NORMATIVA:**

a) Art. 34.1 LC: “Los administradores concursales tendrán derecho a retribución con cargo a la masa”.

b) Art. 84.3 LC: “Los créditos del número 1.º del apartado anterior se pagarán de forma inmediata. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos. La administración concursal podrá alterar esta regla cuando lo considere conveniente para el interés del concurso y siempre que presuma que la masa activa resulta suficiente para la satisfacción de todos los créditos contra la masa. Esta postergación no podrá afectar a los créditos de los trabajadores, a los créditos alimenticios, ni a los créditos tributarios y de la Seguridad Social”.

c) Art. 8 Real Decreto 1860/2004, de 6 de septiembre, por el que se establece el arancel de derechos de los administradores concursales: “Salvo que el juez del concurso establezca otros plazos, la retribución de los administradores concursales correspondiente a la fase común se abonará de la siguiente forma:

a) El 50 por ciento de la retribución se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza del auto que la fije.

b) El 50 por ciento restante se abonará dentro de los cinco días siguientes al de la firmeza de la resolución que ponga fin a la fase común”.

**II. JURISPRUDENCIA:**

-STS de 8 de junio de 2016: “en ningún caso cabe considerar que la fecha de vencimiento del crédito contra la masa correspondiente a la retribución de la administración concursal sea la de aceptación del cargo, sino que será la de prestación efectiva de los servicios y sujeta a los hitos temporales de vencimiento previstos en el mencionado Real Decreto. Es decir, respecto de la primera mitad de los honorarios correspondientes a la fase común, será el quinto día siguiente a la fecha de firmeza del auto de su fijación; y respecto de la segunda mitad, el quinto día siguiente a la firmeza del auto que ponga fin a la fase común. Y en cuanto a las fases de convenio y liquidación, por meses vencidos, el quinto día posterior a cada mensualidad. Salvo que

**V FORO CONCURSAL DEL TAP**  
**13 y 14 de diciembre**

el juez, por causa justificada y razonada, altere dichas fechas en relación a concretos servicios ya prestados”.

**11. CONTINGENCIA DE LOS CRÉDITOS CONTRA LA MASA.**

**¿Cabe admitir la categoría de crédito contra la masa contingente, o esta es exclusiva de los créditos concursales?**

**I. NORMATIVA:**

a) Art. 84.3 LC: “Los créditos del número 1.º del apartado anterior se pagarán de forma inmediata. Los restantes créditos contra la masa, cualquiera que sea su naturaleza y el estado del concurso, se pagarán a sus respectivos vencimientos”.

b) Art. 87.3 LC: “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”.

**II. JURISPRUDENCIA:**

-STS de 20 de mayo de 2016: “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”.

**12. PRIVILEGIO DEL INSTANTE DEL CONCURSO.**

**¿En caso de una solicitud de concurso necesario formulada por varios acreedores, debe reconocerse el privilegio general del 50% del crédito previsto en el artículo 91.7º de la LC a todos ellos?**

**I. NORMATIVA:**

## V FORO CONCURSAL DEL TAP 13 y 14 de diciembre

-Art. 91.7 LC: “Son créditos con privilegio general... Los créditos de que fuera titular el acreedor a instancia del cual se hubiere declarado el concurso y que no tuvieran el carácter de subordinados, hasta el cincuenta por ciento de su importe”.

### II. JURISPRUDENCIA:

-STS de 21 de diciembre de 2015: “Esta conveniencia de incentivar a los acreedores para que insten el concurso del deudor insolvente, ha quedado remarcada con la reforma introducida por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que ha elevado el porcentaje del privilegio, del 25% al 50% de los créditos titularidad del deudor instante del concurso. Este tanto por ciento se reconoce respecto de la totalidad de los créditos titularidad del acreedor instante del concurso. La ley tan sólo excluye formalmente los créditos subordinados, pero resulta lógico que también se excluyan los créditos que tengan un privilegio especial, hasta el alcance de la garantía, y los que pudieran gozar de algún privilegio general conforme a los números anteriores (los ordinales 1º a 6º del art. 91 LC). Esto es, el cálculo del 50% lo es respecto de los créditos que, de no existir o ser aplicable este privilegio del art. 91.7º LC, merecerían la consideración de ordinarios. Este fue el criterio seguido por esta Sala para el cálculo del privilegio general reconocido en el art. 91.4º LC a « los créditos tributarios y demás de Derecho público » (SSTS 1.231/2008, de 21 de enero de 2009; 1.232/2008, de 21 de enero de 2009; 492/2009, de 22 de junio; 491/2009, de 29 de junio; 589/2009, de 20 de septiembre; 573/2010, de 30 de septiembre; 177/2011, de 17 de marzo ; 207/2011, de 25 de marzo; 245/2011, de 4 de abril).

La norma, en principio, se refiere al acreedor en singular. Parte de la base de que será un solo acreedor quien pida la declaración de concurso del deudor común. Está claro que en caso de solicitudes sucesivas, que no conjuntas, de concurso, el privilegio debe reconocerse tan sólo al primer solicitante, siempre y cuando el tribunal haya estimado su petición, pues en el caso en que se haya desestimado la suya y estimado la de otro acreedor, cuya petición posterior fue acumulada a la primera, en este supuesto el privilegio debería reconocerse a este otro acreedor. Cuando, como ocurre en nuestro caso, la solicitud de concurso ha sido formulada de forma conjunta por varios acreedores (en este caso por tres de ellos), el privilegio no puede reconocerse totalmente a todos ellos. El incentivo legal es muy relevante (un 50% de lo que si no serían créditos ordinarios del instante del concurso), pero está pensado para un solo acreedor, como una forma de distinguirlo del resto, que lógicamente deben seguir sometiéndose a la regla de la par condicio creditorum. Dicho de otro modo, la norma pretende privilegiar de forma relevante al acreedor instante, pero sólo a uno. De otro modo, la petición conjunta de varios acreedores y el reconocimiento a todos ellos de la totalidad del privilegio desvirtuaría el equilibrio que debe existir entre este privilegio y la aplicación del principio de igualdad de trato para el resto de los acreedores que no gocen de otro privilegio, aunque sea bajo una solicitud conjunta.

No obstante, la petición conjunta de concurso por varios acreedores genera la cuestión de a quién y en qué cuantía debe reconocerse el privilegio. Una vez descartado que pueda reconocerse por igual a todos los acreedores instantes el

## V FORO CONCURSAL DEL TAP

### 13 y 14 de diciembre

privilegio general del 50% respecto de la totalidad de los créditos de cada uno de ellos, descontados los subordinados y los privilegiados por otros títulos, es necesario acudir a un criterio para repartir el privilegio entre todos los instantes. El seguido por la sentencia recurrida se muestra un criterio objetivo y justo, en cuanto que tiene en cuenta el porcentaje que respecto de la suma total de los créditos de todos los instantes, tiene la cuantía de los créditos de cada uno de ellos, y este porcentaje se proyecta sobre el máximo legal del 50%. Es el denominado criterio de distribución interna proporcional.

No debe ser óbice para aplicar este criterio que los créditos de los acreedores instantes provengan del mismo título, en este caso, que se trate de créditos sindicados, constituidos en la misma escritura. Desde el momento en que se trata de créditos distintos, el carácter sindicado opera únicamente a los efectos convenidos y los expresamente previstos por la ley, pero resulta irrelevante para la aplicación del privilegio del art. 91.7º LC. Sin perjuicio de que la referencia contenida en la sentencia recurrida al carácter mancomunado de las obligaciones pueda resultar equívoca, en cuanto que pudiera dar a entender que sería necesario que lo pidieran todos los acreedores mancomunados, lo relevante es que cada uno de los acreedores instantes del concurso es titular de créditos distintos, aunque se encuentren sindicados. Sus respectivos créditos son los que les legitimaban a cada uno de ellos para pedir el concurso de acreedores del deudor, sin que sea necesario que concurran todos ellos. Los riesgos asumidos con la solicitud alcanzan únicamente al acreedor de un crédito sindicado que lo pidió, pero no al resto de los sindicados. Razón por la cual, carece de sentido tratar de forma diferente los supuestos en que como en el presente caso los créditos de los interesados estén vinculados por un pacto de sindicación, que los supuestos en que no existe dicho pacto”.

### **13. HIPOTECA LEGAL TÁCITA.**

**Los créditos por obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, ¿deben calificarse como crédito privilegiado especial de acuerdo con el artículo 90 de la LC?**

#### **I. NORMATIVA:**

-Art. 90.1.1º LC: “Son créditos con privilegio especial...Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados”.

#### **II. JURISPRUDENCIA:**

-STS de 23 de junio de 2015: “las obligaciones derivadas de los planes de ordenación urbanística, concretamente las derivadas de la urbanización de la unidad de actuación, son obligaciones de carácter real, que dan una preferencia de cobro sobre el bien afectado, por encima de cualquier otro derecho inscrito con anterioridad,

## V FORO CONCURSAL DEL TAP 13 y 14 de diciembre

por lo que cabe hablar, de conformidad con el art. 90.1.1º LC, de una hipoteca legal tácita, cuya constancia en el Registro de la Propiedad, sea mediante una inscripción de los planes de equidistribución, sea mediante anotaciones marginales (actos a los que nos hemos referido), aunque no haya sido inscrita como tal hipoteca, da derecho a exigir a que se convierta de forma expresa con tal carácter (art. 158.2 LH). Sin embargo, ello no impide que ostente la condición de hipoteca legal tácita a efectos del reconocimiento del privilegio especial, pues en el apartado 2 del art. 90 LC, se establece que, para que puedan ser clasificada con tal carácter, "la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, salvo que se trate de hipoteca legal tácita o de los refaccionarios de los trabajadores".

### **14. SALARIOS DE TRAMITACIÓN.**

**¿Los salarios de tramitación anteriores a la declaración de concurso deben calificarse como crédito contra la masa?**

#### I. NORMATIVA:

-Art. 84.2.5 LC: "Tendrán la consideración de créditos contra la masa...los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso".

#### II. JURISPRUDENCIA:

-STS de 24 de julio de 2014: "En estos casos de despido declarado improcedente, cuando el empleador está declarado en concurso, es relevante para atribuir una u otra consideración a estos créditos cuál es el hecho que motiva la extinción del contrato de trabajo, cuándo se produce, quién adopta la decisión, y qué determina por tanto el devengo de los créditos a favor del trabajador. El crédito de la indemnización por despido se devenga por la decisión del empleador de no readmitir al trabajador despedido una vez declarado improcedente el despido, o por su conducta que ha imposibilitado la readmisión. Si esto sucede cuando está declarado en concurso, la decisión habrá sido tomada por el empleador concursado con la autorización de la administración concursal, o directamente por esta, en interés del concurso, y tras la declaración de este. Estas circunstancias, determinantes del carácter de crédito contra la masa de la indemnización por despido, concurren no solo cuando el despido tiene lugar tras la declaración del concurso, independientemente de cuál sea el interés del empleador concursado. El mismo razonamiento es aplicable al caso de que la readmisión sea imposible porque haya cesado la actividad de la empresa del concursado y la propia sentencia que declare improcedente el despido

## V FORO CONCURSAL DEL TAP 13 y 14 de diciembre

declare extinguido el contrato y fije la indemnización. El cese de la actividad del concursado es una decisión adoptada en interés del concurso, que determina la extinción del contrato de trabajo pese a la declaración de improcedencia del despido, y el devengo de la indemnización por despido improcedente.

No ocurre lo mismo con los salarios de tramitación correspondientes al periodo anterior a la declaración del concurso. Tal crédito no surge por la opción adoptada por la administración concursal, o con su autorización, en interés del concurso. Los salarios de tramitación se devengan por el despido acordado por el empresario antes de la declaración de concurso. Su devengo se produce sea cual sea la opción que se decida adoptar cuando el despido se declare improcedente. Por tanto, en el caso de los correspondientes al periodo anterior a la declaración del concurso, ni el devengo de tales salarios de tramitación es posterior a la declaración de concurso, ni procede de una decisión adoptada en ese momento, con intervención de la administración concursal, en atención al interés del concurso.

Tampoco procede aplicar a los salarios de tramitación anteriores a la declaración de concurso la previsión del art. 84.2.1º de la Ley (Concursal)... puesto que los mismos no tienen naturaleza salarial, de retribución del trabajo realizado durante el tiempo que corresponde a su devengo, sino una naturaleza indemnizatoria como ha declarado la Sala de lo Social del Tribunal Supremo en sentencias de 19 de mayo de 1994, 14 de julio de 1998 , 17 de mayo de 2000 y 21 de octubre de 2004, entre otras. En consecuencia, no procede reconocerlos como créditos contra la masa, siendo correcta la calificación de los mismos como créditos concursales con privilegio general del art. 91.1 de la Ley Concursal.

En definitiva, en relación a la indemnización por despido improcedente acordada a favor de los recurrentes, no nos encontramos ante un supuesto en que el crédito se haya devengado antes de la declaración de concurso por una decisión adoptada por el empleador pero que haya sido reconocido por sentencia judicial dictada con posterioridad, sino ante un supuesto en que la extinción del contrato de trabajo y el devengo de la indemnización que resarce los daños provocados por tal extinción han tenido lugar tras la declaración del concurso y con base en una decisión adoptada en interés del concurso, por lo que son créditos contra la masa. Por el contrario, respecto de los salarios de tramitación anteriores a la declaración de concurso, si bien la resolución que los reconoce es posterior a dicha declaración, su devengo es anterior pues nace directamente del despido acordado por el empleador, por lo que son créditos concursales”.