

## Actualidad Profesional

---

*Por Juan Carlos Rodríguez Maseda, abogado.*

### La posición jurídica de los acreedores no concurrentes en el proceso concursal

**A**lgunos autores consideran que, para el caso de no aprobación del convenio, a los acreedores no concurrentes, no reconocidos, sí les afecta el concurso, aunque no toman parte en el mismo<sup>1</sup>. Porque, dicen estos autores, es esencial en el proceso concursal que los acreedores comparezcan mediante la insinuación de sus créditos, puesto que el eventual ejercicio -una vez expirado el plazo para comunicar y todos los supuestos para ser reconocido – de acciones que únicamente podrían ser, al menos en teoría, meramente declarativas, pero ante el Juez del Concurso (art 8 LC), dada la imposibilidad de ejecutar fuera del concurso y en su vigencia (art 56 LC) que podría llevar a la declaración de la existencia de un derecho que, eventualmente, podría obtener satisfacción una vez concluido el proceso concursal, porque, se dice, que no se extinguirían al no haber sido reconocidos en ninguna de las categorías que establece el artículo 136 de la Ley Concursal, por lo que no le alcanzarían los efectos novatorios, o alcanzándoles, únicamente en cuanto a las quitas y esperas, que podría pretender finalizado el concurso por cumplimiento del convenio o finalizada la fase de liquidación.

Se dice por estos autores que, si el crédito queda al margen del procedimiento concursal, el

acreedor no podrá ostentar ningún derecho frente a la masa activa, derivando su hipotético derecho, al momento de la conclusión del procedimiento. En todo caso, de alguna manera el Convenio les vincula, y el procedimiento también, puesto que deben esperar a la conclusión del concurso; y también tendrán que esperar a finalizar la fase de liquidación, en su caso, sin que puedan beneficiarse de los activos constitutivos de la masa activa para pretender cobrar su eventual crédito no concurrente. En definitiva, los acreedores no reconocidos, se dice, quedan al margen de cualquier mecanismo concursal de satisfacción total o parcial de los créditos contra la masa activa, pero, en alguna medida, resultan afectados por el concurso. En estos autores parece que subyace la idea de configuración de la masa pasiva y la masa activa con una cierta “personalidad jurídica”, propia de un patrimonio separado constituido por la Ley. Pero como dice el Profesor Beltrán<sup>2</sup>, la masa no constituye una persona jurídica ni un sujeto de derecho distinto de los acreedores que la integran, porque entre los acreedores concursales no existe ninguna relación jurídica de naturaleza sustancial, dado que su unión es un hecho procesal.

El Tribunal Supremo ha tenido ocasión, muy reciente, de enfrentarse a esta cuestión en

Sentencia número 655/2016 de fecha 4 de noviembre, recaída en el Recurso de Casación 707/2014. El alto Tribunal parte de una consideración vinculada a la admisión del cauce del incidente concursal que impugna la lista de acreedores para el reconocimiento de créditos, que consiste en reconocer que un acreedor puede tener algún interés legítimo en obtener un pronunciamiento judicial, más allá de la esencial, inherente al proceso, pretensión de ser reconocido en la lista de acreedores. Es decir, para un acreedor no concurrente, dice que “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...”<sup>3</sup>.

Dice el Tribunal Supremo que un crédito que no aparezca reconocido en la lista de acreedores no puede ser reclamado durante la fase de cumplimiento del convenio, pero considera que el crédito permanece vivo y puede ser reclamado, pero afectado por las quitas y esperas establecida en el convenio. Así, el Tribunal Supremo califica a estos créditos como concursales no concurrentes puesto que no serán satisfechos en el concurso, ni sus titulares pueden tener en el concurso la intervención que la Ley Concursal atribuye a los titulares de créditos concursales reconocidos.

En la fundamentación de esta Sentencia, parece que el alto Tribunal infravalora las analizadas obligaciones de insinuación de créditos<sup>4</sup>, configurándolas como un apoyo a la labor de la

administración concursal, y a los efectos de garantizar la integridad del crédito y el ejercicio de los derechos inherentes a la condición de acreedor concursal, pero no analiza las consecuencias de la no insinuación, que, literalmente, constituyen un supuesto de incumplimiento de una obligación legal, que es lo que determina -el incumplimiento de la obligación legal- la no concurrencia y sus efectos. En todo caso, se adentra, también, el Tribunal Supremo en esta Sentencia número 655 del año 2016, abundando en su fundamentación, indicando en el extremo séptimo del Fundamento sexto<sup>5</sup> en relación con los créditos de necesario reconocimiento, que, si eventualmente no son reconocidos por no estar, finalmente, incluidos en la lista de acreedores, serán concursales, pero no concurrentes, no pudiendo participar en el procedimiento concursal, ni ostentar ningún derecho frente al concursado<sup>6</sup>.

En definitiva, el Tribunal Supremo sigue lo que podríamos denominar la posición mayoritaria de la doctrina que habla de la supervivencia del crédito de los no concurrentes. Así, dice que: “De lo expuesto se deriva que, aunque pueda considerarse extemporánea la solicitud de reconocimiento de un crédito concursal a efectos de su inclusión en la lista de acreedores y su satisfacción en el concurso, cuestión que será analizada con detalle más adelante, es necesario que el juez del concurso se pronuncie sobre la pretensión de declaración de existencia de un crédito o de otro derecho de contenido patrimonial cuando se ha ejercitado una acción de contenido patrimonial contra el patrimonio del concursado a través de un incidente concursal, para cuyo conocimiento solo es competente el juez del concurso conforme a los artículos 8.1 y 50.1 de la Ley Concursal”. La competencia del juez del concurso es incuestionable, y la conclusión es

acertada en cuanto permite el acceso al concurso por vía judicial directa, al menos desde el punto de vista procesal.

Esta Sentencia hunde sus raíces en un sector mayoritario de la doctrina<sup>7</sup>, que abunda en que esos créditos, no concurrentes, serán concursales por haberse devengado con anterioridad, pero no se extinguirán. Un crédito concursal que no haya sido reconocido en el concurso no deja por ello de existir, se dice. Simplemente no queda reflejada cuota de responsabilidad alguna por dicho crédito, razón por la cual el acreedor no puede ser satisfecho con cargo a la masa activa, pero el convenio le afecta (art. 132 LC)<sup>8</sup>. Estos autores, ciertamente precursores de la Sentencia del Tribunal Supremo, dicen que el convenio les afectará, les vinculará (art 134 LC) dado que se extienden a los créditos no reconocidos en el concurso algunos efectos novatorios del convenio para no hacerlos eventualmente de mejor condición que los concurrentes. La conclusión a la que llega la mayoría de la doctrina es que los créditos de los no reconocidos desaparecen, pero solo a los efectos del concurso, porque no tendría sentido la subordinación denominada de primer rango del artículo 92.1 de la Ley Concursal previsto para créditos tardíos, no resultando mencionado ningún supuesto dentro del artículo 92, ni constando ninguna categoría dentro del artículo 89 que regule la situación de los no concurrentes, otorgándole un régimen legal excepcional como exigiría el artículo 40 de la Ley Concursal.

En todo caso, el Tribunal Supremo se ha pronunciado, y de tal pronunciamiento resulta (i) una cierta relativización de la obligación de insinuación; (ii) una sobredimensión de las facultades de reconocimiento de créditos por parte de la administración concursal, con especial

intensidad en el marco de los supuestos de reconocimiento obligatorio o de oficio; (iii) la posibilidad de articular reconocimientos de créditos no comunicados por la vía de impugnación de la lista de acreedores; (iv) la posibilidad de que existan créditos concursales no concurrentes, que no serán satisfechos con la masa activa, ni otorgarán a sus titulares ningún derecho, pero que no serán extinguidos, manteniéndose así, una expectativa de cobro o de derecho, paraconcursal, a pesar de considerarlos créditos concursales.

<sup>1</sup> DÍAZ MORENO, A. "Efectos del Convenio", en Enciclopedia de Derecho Concursal, (BELTRÁN - GARCÍA CRUCES), T II, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2012.

<sup>2</sup> BELTRÁN, E. "Artículo 49. De los efectos sobre los acreedores", en Comentario de la Ley Concursal, (ROJO – BELTRÁN), Civitas, Madrid, 2004.

<sup>3</sup> En el mismo sentido, la Sentencia número 608 del Tribunal Supremo de fecha 7 de octubre del 2016, recaída en el Recurso de Casación 503/2014.

<sup>4</sup> Considera la referida sentencia en el apartado 4 del Fundamento Sexto: "La comunicación de los créditos que, según la ley, tienen la consideración de concursales, por parte de sus titulares, va encaminada a que la administración concursal incluya tales créditos en la lista de acreedores y queden de este modo reconocidos en el concurso, permitiendo a sus titulares tener la intervención que la Ley Concursal reconoce a los acreedores concursales, y que los créditos sean satisfechos, en lo que sea posible, en el concurso. Para que la comunicación de créditos pueda considerarse hecha en tiempo y forma, debe realizarse en el plazo previsto en el artículo 21.1.5º, del modo previsto en el artículo 85, ambos de la Ley Concursal, en cuyo caso deberán ser clasificados conforme a su naturaleza.

La comunicación de créditos que se realice por el acreedor una vez transcurrido el plazo previsto en el artículo 85.1 de la Ley Concursal pero antes de la presentación por los administradores concursales de los textos provisionales de su informe, de la lista de acreedores y del inventario, ha de considerarse tardía. Otro tanto ocurre cuando se formula la impugnación de la lista de acreedores en el trámite previsto en el artículo 96 de la Ley Concursal, y en la demanda incidental se solicita el reconocimiento de un crédito que no

había sido previamente comunicado a la administración concursal. La duda sobre si la posibilidad de reconocimiento por esta última vía se circunscribía a los créditos comunicados entre la finalización del plazo del artículo 21.1.5º y la presentación de los textos provisionales por la administración concursal o se extendía también a aquellos créditos cuya primera comunicación al concurso se hubiera realizado impugnando directamente la lista de acreedores en el trámite del artículo 96 de la Ley Concursal, fue resuelta, a favor de la segunda opción en la sentencia 316/2011, de 13 de mayo (RJ 2011, 3859)".

<sup>5</sup> Extremo 7 del Fundamento Jurídico Sexto de la Sentencia número 655/2016: La previsión de reconocimiento forzoso contenida en el artículo 86.2 de la Ley Concursal releva a la administración concursal del juicio de hecho sobre la existencia del crédito. Se justifica por el modo reforzado en que se considera acreditada la existencia del crédito, de forma que quien tenga acreditada en alguna de estas formas su crédito no debe soportar que su pretensión sea puesta en entredicho por la administración concursal, ni que, caso de no reconocerse por esta su crédito y verse obligado a impugnar la lista de acreedores, ello suponga la degradación de su crédito a la categoría de crédito subordinado.

Pero si estos créditos no son incluidos en la lista de acreedores, inclusión que puede producirse bien inicialmente porque sean comunicados por los acreedores a la administración concursal o incluidos por esta de oficio, bien mediante la oportuna impugnación de la lista de acreedores por la no inclusión de los mismos en la lista de acreedores, no pueden ser satisfechos en el concurso. Serán créditos concursales, pero no concurrentes. Solo los créditos concursales reconocidos en la lista de acreedores son créditos concurrentes en el concurso, que otorgan un derecho efectivo a participar en el procedimiento concursal y a verse satisfecho con la masa activa.

<sup>6</sup> Frente a esta consideración se podría reflexionar si pudiéramos estar ante un supuesto de responsabilidad de la administración concursal que deberá responder por el daño causado al acreedor que ha devenido no concurrente como consecuencia de la infracción de los artículos 86 y 87, es decir, por incumplir la Ley por una omisión realizada sin la debida diligencia, ante el incumplimiento de los supuestos de reconocimiento de cuasioficio.

<sup>7</sup> ALONSO-CUEVILLAS SAYROL, J. La «vis atractiva» del proceso concursal, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2007, pg. 353, distingue dos supuestos en función de que el crédito fuera contemplado mediante su inclusión o expresa exclusión, en cuyo caso la vía tendría que ser la impugnación de la lista por imperativo del artículo 97.1 LC; o que el crédito

no comunicado no hubiera sido objeto de inclusión o expresa exclusión en cuyo caso considera que el acreedor podría presentar una demanda declarativa. También la admite GARRIDO, J.Mª. "Artículo 134. Extensión subjetiva", en Comentario de la Ley Concursal, (ROJO – BELTRÁN), Civitas, Madrid, 2004, pag. 2224, siempre que el acreedor no hubiese impugnado el texto provisional de la lista de acreedores confeccionada por la administración concursal, porque este autor cuestiona los efectos de cosa juzgada de la lista de acreedores, olvidando, quizás que el concurso es un proceso.

<sup>8</sup> BERMEJO, N. "Artículo 86. Reconocimiento de créditos", en Comentario de la Ley Concursal, (ROJO – BELTRÁN), Civitas, Madrid, 2004.