



La modificación de la lista definitiva de acreedores y el límite temporal previsto en el art. 97bis.1 de la Ley Concursal

Autor/a

José Carlos Espigares Huete

Profesor de Derecho Mercantil. Universidad Miguel Hernández.

**REVISTA LEX
MERCATORIA.**

Doctrina, Praxis, Jurisprudencia y Legislación

RLM nº4 | Año 2017

Artículo nº 9

Páginas 43-49

revistalexmercatoria.umh.es

ISSN 2445-0936

La lista de acreedores es una herramienta fundamental del procedimiento concursal. Y tanto que lo es. Además de que la inclusión de un crédito en la lista definitiva de acreedores se equiparará en su caso a una sentencia de condena firme (art.178.2 LC). El legislador ha decidido en interés del concurso que sea lo suficientemente flexible, pudiendo cambiarse o mudarse con relativa facilidad. Los límites de esta mudanza vienen dados por

los preceptos relativos a la comunicación y al reconocimiento de créditos. Particular interés adquiere, en consecuencia, la interpretación de los artículos 96 bis (*comunicaciones posteriores de créditos*), 97 (*Consecuencias de la falta de impugnación y modificaciones posteriores*), 97 bis (*Procedimiento de modificación de la lista de acreedores*) y 97 ter de la Ley Concursal (*Efectos de la modificación*). La sola rúbrica de estos preceptos alerta ya sobre los

eventuales cambios a los que puede verse sometida la lista de acreedores. El *proyecto* de inventario y de la lista de acreedores del art. 95. 1 LC es mudable, pero también lo es el *texto definitivo* de la lista de acreedores del art. 97 bis LC. Un momento determinante de la confección de esta lista es el plazo general de comunicación de créditos, que en todo caso convivirá con una posible comunicación de créditos posterior a este plazo. Los acreedores concursales deben comunicar sus créditos a la administración concursal (por escrito o por medios electrónicos -arts. 29.4 y 85.2 LC-) en el plazo de un mes desde el día siguiente a la publicación en el BOE del auto declarativo del concurso. La comunicación de créditos posterior a este plazo general debe producirse, en su caso, entre la conclusión del plazo de impugnación de la lista de acreedores y la presentación del texto definitivo. De este modo podrán incluirse en este texto definitivo de la lista los créditos reconocidos tras esa comunicación. No olvidemos tampoco, como sabemos, que el reconocimiento o no de esos créditos (comunicados fuera del plazo general) puede después ser impugnado. Nos encontraríamos, por lo tanto, en uno de los supuestos en que es posible ya la modificación de la lista de acreedores definitiva (art. 96.bis LC).

El art. 97. 3 LC establece como regla general que, con las salvedades que el precepto enumera, "(...) quienes no impugnaren en tiempo y forma el inventario o la lista de acreedores no podrán plantear pretensiones de modificación del contenido de estos documentos, aunque sí podrán recurrir contra las modificaciones introducidas por el juez al resolver otras impugnaciones". Es una declaración destinada a proporcionar seguridad jurídica al procedimiento y, sobre todo, a sentar las bases que permitan realizar un juicio de valor

lo más acertado -y presto- posible sobre la solución más idónea a la crisis patrimonial del deudor concursado que el concurso representa. Aunque hay supuestos que a juicio del legislador justifican excepcionar esta regla general. Los casos en los que se permiten las modificaciones del texto definitivo de la lista de acreedores son: " 1.º Cuando se resuelva la impugnación de las modificaciones previstas en el artículo 96 bis. (...) 2.º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho Público de las Administraciones públicas y sus organismos públicos (...) 3.º Cuando después de presentado el informe inicial a que se refiere el artículo 74 o el texto definitivo de la lista de acreedores, se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal (...) 4.º Cuando después de presentados los textos definitivos, se hubiera cumplido la condición o contingencia prevista o los créditos hubieran sido reconocidos o confirmados por acto administrativo, por laudo o por resolución procesal firme o susceptible de ejecución provisional con arreglo a su naturaleza o cuantía". Pese a esta comunicación tardía, y por la propia naturaleza de las excepciones, se opta igualmente por evitar la subordinación por esta causa. Así se dispone que "Caso de resultar reconocidos, tendrán la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza, sin que sea posible su subordinación al amparo del artículo 92.1.º". No parece, por cierto, que esta última previsión resulte aplicable a la resolución de posibles impugnaciones planteadas al amparo del art.96 bis LC. Recuérdese que este último precepto prevé, para las comunicaciones posteriores, que estos créditos "(...) serán reconocidos conforme

La modificación de la lista definitiva de acreedores y el límite temporal previsto en el art. 97bis.1 de la Ley Concursal

a reglas generales y en su clasificación se estará a lo dispuesto en el artículo 92.1.º salvo que el acreedor justifique no haber tenido noticia antes de su existencia, en cuyo caso se clasificarán según su naturaleza”. No tendría sentido, por lo tanto, que el solo hecho de la impugnación lo hiciese de mejor condición.

El TS fija ahora expresamente, a propósito de uno de los supuestos referenciados, la doctrina sobre el límite temporal previsto en el art. 97 bis 1 de la Ley Concursal para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores. Lo hace en la *STS de 28 de noviembre de 2016* cuyo ponente es Sancho Gargallo.

Recordemos que el art. 97 bis LC precisa el *procedimiento de modificación de la lista de acreedores*. Y se concreta tanto la forma en que ha de solicitarse tal modificación por el acreedor interesado como el límite temporal al que está sometida una solicitud semejante. Establece, en este sentido, que “La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores sólo podrá solicitarse antes de que recaiga la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los artículos 152 y 176 bis (...)” y que “(...) A tal efecto los acreedores dirigirán a la administración concursal una solicitud con justificación de la modificación pretendida, así como de la concurrencia de las circunstancias previstas en este artículo. La administración concursal en el plazo de cinco días informará por escrito al juez sobre la solicitud (art.97 bis.1 LC)”. Este informe podrá ser favorable o contrario al reconocimiento que se pretende, pudiendo originar en su caso un incidente concursal: “(...) Presentado el informe, si fuera contrario al reconocimiento, se rechazará la solicitud salvo que el solicitante promueva incidente concursal en el plazo de diez días, en

cuyo caso se estará a lo que se decida en el mismo. Si el informe es favorable a la modificación pretendida, se dará traslado a las partes personadas por el término de diez días. Si no se efectúan alegaciones o no son contrarias a la pretensión formulada, el juez acordará la modificación por medio de auto sin ulterior recurso. En otro caso, el juez resolverá por medio de auto contra el que cabe interponer recurso de apelación” (art.97.bis 2 LC).

De un incidente de este tipo trae causa la STS cuya doctrina se expone. La controversia es la siguiente. La secuencia temporal, dada la naturaleza del asunto a resolver, es de extraordinario interés. En el concurso de una determinada sociedad el juzgado aprobó el convenio aceptado por los acreedores. Esta aprobación judicial se produce el 4 de febrero de 2013. Con posterioridad, el 28 de febrero de 2013, se inició la fase de liquidación a instancia del propio deudor. Y es el 6 de junio de 2013 cuando la TGSS insta un incidente concursal solicitando que se modifique la lista de acreedores variando el importe de su crédito. Tal petición la sustenta en el art. 97.3.2º LC, en tanto que tal variación es consecuencia de su actividad inspectora y de la consiguiente certificación de fecha 19 de abril de 2013.

El motivo del recurso de casación fue la infracción del apartado 1 del art. 97 bis LC. El límite temporal previsto en el art. 97 bis 1 LC para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores se convierte, de este modo, en el centro de la controversia que se plantea en la sentencia indicada. La particularidad del supuesto reside en que la acreedora, en este caso la TGSS, solicita la modificación del crédito que tiene reconocido en el texto definitivo de la lista de acreedores. Y lo hace - como hemos referido- después de que se hubiera aprobado judicialmente un convenio, pero una

vez abierta la fase de liquidación tras frustrarse el cumplimiento del convenio aprobado. La STS es especialmente relevante porque las sentencias de instancia, además, desestimaron la pretensión de modificación del texto definitivo de la lista de acreedores. El Tribunal Supremo, sin embargo, estima el recurso de casación interpuesto por la demandante: cassando la sentencia recurrida y estimando la demanda. La sentencia asume las naturales dudas interpretativas que podía originar el precepto y buena muestra de ello es que evita la condena en costas de la demandada en ninguna de las instancias: «Aunque han resultado estimadas íntegramente las pretensiones ejercitadas por la TGSS en su demanda, entendemos que en la instancia existían serias dudas de derecho que justifican la no imposición de costas en primera instancia (art. 394 LEC)».

La Audiencia desestimó la demanda, y no atendió a la modificación propuesta, porque no se cumplió con la exigencia contenida en el art. 97 bis LC respecto del momento en que debe ser solicitada la modificación de los textos definitivos. Para la Audiencia, igual que para la primera instancia, esta solicitud fue presentada de forma extemporánea. Sostiene la Audiencia, en particular, que la solicitud se hizo «con posterioridad a que se hubiera abierto la liquidación». También la primera instancia había rechazado la modificación por extemporánea, aunque porque «(...) la solicitud fue presentada después de que se hubiese dictado la sentencia que aprobó el convenio». (amén de considerar no acreditado, como en cambio sí lo estimó la Audiencia, que tal modificación fuese consecuencia de un procedimiento de inspección o comprobación abierto con posterioridad a la presentación de la lista definitiva).

En el Recurso de Casación se denuncia, en un único motivo, la infracción del apartado 1 del art. 97 bis LC. Este precepto fue introducido por la *Ley 38/2011, de 10 de octubre*, de reforma de la *Ley 22/2003, de 9 de julio*, Concursal (en virtud de su Disposición transitoria cuarta se aplicaría a los concursos en tramitación cuando los textos definitivos no se hubiesen presentado). En el art.97 bis, apartado 1, se prevé que «La modificación del texto definitivo de la lista de acreedores sólo podrá solicitarse antes de que recaiga la resolución por la que se apruebe la propuesta de convenio o se presente en el juzgado los informes previstos en los apartados segundo de los artículos 152 y 176 bis». Para el recurrente la solicitud respetó el límite temporal previsto legalmente porque, abierta la liquidación, se presentó antes de que se hubieran emitido los informes de los arts. 152 y 176 bis LC.

¿Cuáles son estos informes? No hay duda respecto al informe sobre la conclusión de la liquidación de la masa activa: art. 152.2. LC: «2. Dentro del mes siguiente a la conclusión de la liquidación de la masa activa y, si estuviera en tramitación la sección sexta, dentro del mes siguiente a la notificación de la sentencia de calificación, la administración concursal presentará al juez del concurso un informe final justificativo de las operaciones realizadas y razonará inexcusablemente que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas ni otros bienes o derechos del concursado. No impedirá la conclusión que el deudor mantenga la propiedad de bienes legalmente inembargables o desprovistos de valor de mercado o cuyo coste de realización sería manifiestamente desproporcionado respecto de su previsible valor venal (...) También incluirá una completa

La modificación de la lista definitiva de acreedores y el límite temporal previsto en el art. 97bis.1 de la Ley Concursal

rendición de cuentas, conforme a lo dispuesto en esta Ley. La administración concursal adjuntará dicho informe mediante comunicación telemática a los acreedores de cuya dirección electrónica se tenga conocimiento» (redactado por el número 6 del apartado dos del artículo único de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal). Respecto al otro informe, y vista las dudas que genera la redacción del precepto, bien podría entenderse que no es tal: sino la comunicación prevista en el apartado segundo del art. 176.bis LC. Dispone este precepto que «Tan pronto como conste que la masa activa es insuficiente para el pago de los créditos contra la masa, la administración concursal lo *comunicará* al juez del concurso, que lo pondrá de manifiesto en la oficina judicial a las partes personadas (...) Desde ese momento, la administración concursal deberá proceder a pagar los créditos contra la masa conforme al orden siguiente, y, en su caso, a prorrata dentro de cada número, salvo los créditos imprescindibles para concluir la liquidación (...). Otra opción, quizá más razonable a nuestro juicio, es que la remisión sea al informe del apartado tercero que ha de presentarse ante el juez del concurso: es decir, el *informe justificativo de la administración concursal* en el que, una vez distribuida la masa activa, « (...) afirmará y razonará inexcusablemente que el concurso no será calificado como culpable y que no existen acciones viables de reintegración de la masa activa ni de responsabilidad de terceros pendientes de ser ejercitadas o bien que lo que se pudiera obtener de las correspondientes acciones no sería suficiente para el pago de los créditos contra la masa (...) ». Informe, al fin, que se pondrá de manifiesto en la oficina judicial por quince días a todas las partes personadas. Esta segunda opción, a favor de la remisión a tal informe – y no a la comunicación

del apartado segundo-, no es compartida por la sentencia comentada. Pero no creemos que haya razones para establecer el límite temporal de la solicitud de modificación de la lista definitiva en la comunicación de la insuficiencia de la masa activa. La interpretación literal del precepto, que alude a *informes*, parece invitar a tomar como preferente esta opción. Y más aún cuando el TS ha acogido una interpretación flexible de los límites temporales que el precepto establece. El mismo TS declara que «La facultad de la TGSS de solicitar la modificación del importe de sus créditos concursales, con los requisitos del art. 97.3. 2º LC, es un derecho que debe preservarse mientras sea posible hacerlo valer». No olvidemos, en este particular, que la inclusión de un crédito en la lista definitiva de acreedores se equiparará en su caso a una sentencia de condena firme (art.178.2 LC).

El TS, independientemente de este pormenor (que en realidad no es tal) estima el recurso de casación interpuesto. Y ha puesto especial empeño en sentar doctrina sobre la cuestión planteada en casación. Hasta el punto de que el *Fundamento de Derecho Tercero* tiene por rúbrica la de *fijación de doctrina jurisprudencial*. Y otro tanto vuelve a suceder con el mismo *fallo* de la sentencia, en el que proclama expresamente *fijar la siguiente doctrina jurisprudencial*: primero, que « (...) El límite temporal previsto en el art. 97 bis.1 LC para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores al amparo del art. 97.3 LC, varía según se esté en fase de cumplimiento del convenio o de liquidación»; segundo, que « (...) Cuando la modificación se solicita durante la fase de liquidación, con independencia de que haya venido o no precedida de una aprobación judicial de convenio, el límite temporal aplicable es el propio de la liquidación: la presentación de cualquiera de los dos infor-

mes previstos en el art. 152.2 LC y el art. 176bis.1 LC»; y tercero, que « (...) Frustrado el convenio y abierta la fase de liquidación, sobre la posterior petición de modificación de la lista de acreedores sólo resulta oponible el límite temporal previsto en el art. 97.bis.1 LC para la liquidación».

Esta fijación de doctrina en sentido estricto se completa con otras afirmaciones de interés que se vierten en la sentencia. El TS, de este modo, estima que «El precepto establece un límite temporal para solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores, que, lógicamente, varía según se opte por concluir el concurso mediante la aprobación y cumplimiento del convenio o se acuda a la liquidación». Esto se justifica por razones de distinta índole, que valoran de un modo principal tanto la seguridad jurídica como el derecho de los acreedores a ver reconocido su crédito en el concurso, así como la naturaleza de las fases de convenio y de liquidación que se contemplan. Por estas razones precisa que: «En caso de *convenio*, el momento preclusivo es la aprobación judicial del convenio, pues a partir de entonces comienza a producir efectos y conviene primar la seguridad jurídica que proporciona que los importes de los créditos concursales que deban ser satisfechos en la fase de cumplimiento de convenio no se vean incrementados (...) En el caso de la *liquidación*, el momento preclusivo será el informe justificativo de las operaciones realizadas, una vez concluida la liquidación de la masa activa (art. 152.2 LC) o bien la comunicación de insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa del art. 176 bis LC». Esta última consideración, como hemos explicado anteriormente, es a nuestro juicio discutible: porque para nosotros no es la comunicación de la insuficiencia de la masa activa el

momento preclusivo, sino el informe del apartado tercero del art.176.bis. LC.

También ha de valorarse, ya en la liquidación, el carácter ordinario o extraordinario de la situación en la que se emitirán los informes a los que se refiere el apartado primero del art.97 bis LC: «En realidad, dentro de la liquidación son dos situaciones distintas. En la «extraordinaria» de insuficiencia de la masa activa, la preclusión para modificar la lista de acreedores concursales viene justificada porque a partir de entonces pasa a ser irrelevante dicha modificación, en la medida en que, como no existen bienes ni para pagar los créditos contra la masa, se constata que los concursales no cobrarán nada. En la «ordinaria», la preclusión se fija en la conclusión de las operaciones de liquidación, previa a la conclusión del concurso, que presupone la realización de todos los activos y el destino de lo obtenido al pago de los créditos».

El TS, aplicando esta doctrina al caso particular, sostiene que «Es obvio que si no se hubiera frustrado el cumplimiento del convenio y se mantuviera la fase de cumplimiento, la TGSS no podía instar la modificación de su crédito porque se había cumplido el reseñado término legal que lo impedía en atención a la ratio o razón expuesta (...) Pero si el convenio se incumple o, antes incluso de incumplirse, se solicita y acuerda la liquidación ante la previsión de que no podrá cumplirse, aquel momento preclusivo de la aprobación judicial de convenio ya no tiene sentido respecto de la fase de liquidación. En fase de liquidación, el momento preclusivo para la solicitud de modificación de la lista de acreedores es el propio, que opera en atención a su propia *ratio* (...) La solicitud de modificación de la lista de acreedores por la TGSS, al amparo del art. 97.3.2º LC , se realizó después de que se hubiera abierto

La modificación de la lista definitiva de acreedores y el límite temporal previsto en el art. 97bis.1 de la Ley Concursal

la fase de liquidación y antes de que se hubiera presentado cualquiera de los dos informes previstos en el art. 152.2 LC y el art. 176 bis.1 LC . Resulta irrelevante que antes de la apertura de la fase de liquidación se hubiera aprobado judicialmente un convenio, pues ese límite temporal de la aprobación judicial sólo hubiera operado en caso de que la modificación hubiera sido solicitada en el periodo de cumplimiento del convenio (...) Frustrado el convenio y abierta la fase de liquidación, sobre la petición de modificación de la lista de acreedores sólo resulta oponible el límite temporal previsto en el art. 97.bis.1 LC para la liquidación». Una apreciable sentencia, sin duda.