



Roj: **STS 4721/2016** - ECLI: **ES:TS:2016:4721**

Id Cendoj: **28079110012016100626**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/11/2016**

Nº de Recurso: **707/2014**

Nº de Resolución: **655/2016**

Procedimiento: **CIVIL**

Ponente: **RAFAEL SARAZA JIMENA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a 4 de noviembre de 2016

Esta sala ha visto el **recurso** extraordinario por infracción procesal y el **recurso** de casación respecto de la sentencia de 11 de diciembre de 2013 dictada en grado de apelación por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, como consecuencia de autos de incidente concursal núm. 90/2011 del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, sobre incidente concursal de indemnización de daños y perjuicios por incumplimiento contractual. El **recurso** fue interpuesto por Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita, representada por el procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira y asistida por el letrado D. Miguel Méndez Itarte. Es parte recurrida D. Jose Francisco, D. Ángel Jesús y D. Benjamín, administradores concursales de Transportes y Contratas Torusan, S.L.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Rafael Saraza Jimena

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.^a Paloma Guijarro Rubio, en nombre y representación de Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita, interpuso demanda incidental contra Transportes y Contratas Torusan, S.L. y Caja Insular de Ahorros de Canarias, en la que solicitaba se dictara sentencia:

«[...] 1º.- Que la mercantil codemandada Transportes y Contratas Torusan, SL, ha incumplido el contrato de ejecución de obras firmado con mi representada.

» 2º.- Que como consecuencia de dicho incumplimiento mi representada tiene derecho a ejecutar el aval otorgado por la otra codemandada, la Caja Insular de Ahorros de Canarias, el cual garantizaba el cumplimiento de la antedicha obligación contractual.

» 3º.- Que, a la vista de las anteriores declaraciones, condene a la Caja Insular de Ahorros de Canarias a abonar a mi representada la cantidad de ciento noventa mil euros (190.000 ?), cantidad que garantizaba el aval de autos.

» 4º.- Todo ello con expresa imposición a las codemandadas de las costas judiciales causadas en el presente procedimiento».

2.- La demanda fue presentada el 28 de abril de 2011 y repartida al Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria y fue registrada con el núm. 90/2011.

Tras ser requerida por el Juzgado Mercantil para que desacomulara la acción ejercitada frente a la Caja Insular de Ahorros de Canarias, la representación de Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita, presentó escrito solicitando tener por desacomulada la acción indebidamente ejercitada frente a la Caja Insular de Ahorros de Canarias y por modificado el suplico de la demanda. El suplico de la demanda quedó redactado de la siguiente forma:



«1º.- Que la mercantil demandada Transportes y Contratas Torusan, S.L., ha incumplido el contrato de ejecución de obras firmado con mi representada.

»2º.- Que la valoración económica de los daños y perjuicios causados a mi mandante como consecuencia del incumplimiento de la demandada asciende al importe de trescientos seis mil doscientos dos euros con cuarenta y siete céntimos de euro (306.202,47 ?).

» 3º.- Que se condene a la mercantil demandada Transportes y Contratas Torusan, SL, a pagar a mi mandante el antedicho importe, más los intereses que se devenguen y las costas del presente procedimiento».

Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- Transportes y Contratas Torusan, S.L., contestó a la demanda, reconoció el incumplimiento y el importe de los daños, pero solicitó su desestimación, con expresa imposición de las costas a la parte actora, por haberse presentado una vez precluidos los plazos de comunicación de créditos y de impugnación de la lista de acreedores.

Los administradores concursales de Transportes y Contratas Torusan, S.L. contestaron a la demanda solicitando su desestimación con expresa condena en costas.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el Magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria, dictó sentencia de fecha 15 de junio de 2012 , en la que desestimó la demanda condenando al pago de las costas a la parte demandante.

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia.*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita. La Administración concursal de Transportes y Contratas Torusan, S.L. se opuso al **recurso** interpuesto de contrario.

2.- La resolución de este **recurso** correspondió a la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, que lo tramitó con el número de rollo 255/2013 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 11 de diciembre de 2013 , que desestimó el **recurso** con imposición de las costas a la parte apelante.

TERCERO.- *Interposición y tramitación del **recurso** extraordinario por infracción procesal y **recurso** de casación.*

1.- La procuradora D.ª Paloma Guijarro Rubio, en representación de Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita, interpuso **recurso** extraordinario por infracción procesal y **recurso** de casación.

Los motivos del **recurso** de casación fueron:

«Único.- Al amparo del artículo 477.1 de la LEC relacionado con el artículo 477.2.3º de la misma ley , por infracción del artículo 92 de la LC , así como de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo sobre las consecuencias jurídicas de la no comunicación de un crédito, o de su comunicación tardía de este, cuando su existencia constare de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial (Sentencias del Tribunal Supremo, **Sala de lo Civil** , de 31 de enero de 2011 y de 13 de mayo de 2011)».

Los motivos del **recurso** extraordinario por infracción procesal fueron:

«Primero.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.3º de la LEC , por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. Infracción de los artículos 194.4 de la LC , 225 y 227 de la LEC , 283.3 y 240 de la LOPJ y 24 de la CE : de la improcedente desestimación de la nulidad de actuaciones interesada en el **recurso** de apelación».

«Segundo.- Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.2º de la LEC , por infracción de las normas procesales reguladoras de la sentencia. Infracción del artículo 218.1 de la LEC ; falta de congruencia de la Sentencia de 11 de diciembre de 2013 respecto de las pretensiones de las partes».

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 28 de enero de 2015, que admitió los **recursos** y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- D. Jose Francisco , D. Ángel Jesús y D. Benjamín , administradores concursales de Transportes y Contratas Torusan, S.L. presentaron escrito de oposición al **recurso**.



4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 6 de octubre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Antecedentes del caso.*

1.- Transportes y Contratas Torusan, S.L. (en lo sucesivo, Torusan) fue declarada en concurso el 19 de marzo de 2009. El informe de la Administración Concursal, al que acompañaba la lista de acreedores, fue publicado en el BOE de 14 de octubre de 2009.

Gerlach Immobilien Investment Gmbh, Sociedad en Comandita (en lo sucesivo, Gerlach) no comunicó su crédito en el modo previsto en el art. 85 de la Ley Concursal ni impugnó la lista de acreedores para que su crédito fuera incluido en dicha lista.

Gerlach había presentado el 1 de abril de 2009, ante un Juzgado de Primera Instancia, una demanda contra Torusan y contra la Caja Insular de Ahorros de Canarias (en adelante, Caja Insular) en la que solicitaba que se declarase que Torusan había incumplido el contrato concertado con Gerlach para la construcción de un edificio por la defectuosa realización de los trabajos y le había causado daños por importe de 306.202,47 euros. En consecuencia, solicitaba que se condenara a Torusan a pagarle esa cantidad, y solidariamente a Caja Insular, hasta el límite del aval solidario prestado por esta, 190.000 euros.

El emplazamiento de Torusan fue negativo. Gerlach comunicó al Juzgado de Primera Instancia, en septiembre de 2009, que Torusan había sido declarada en concurso y solicitó que se le emplazara a través de la administración concursal de dicho concurso.

En enero de 2010, la administración concursal de Torusan se personó en el proceso seguido en el Juzgado de Primera Instancia y solicitó la nulidad de las actuaciones porque la declaración de concurso era anterior a la interposición de la demanda. El Juzgado de Primera Instancia acordó el archivo del proceso mediante auto de 17 de marzo de 2010.

El 28 de abril de 2011, Gerlach interpuso ante el Juzgado Mercantil en que se tramitaba el concurso una demanda de incidente concursal contra la concursada, Torusan, y contra Caja Insular en la que solicitaba que se declarara que Torusan había incumplido el contrato de ejecución de obras firmado con Gerlach, que como consecuencia de dicho incumplimiento Gerlach tenía derecho a ejecutar el aval otorgado por la Caja Insular que garantizaba el cumplimiento de la antedicha obligación contractual, y que se condenara a la Caja Insular a abonar a Gerlach la cantidad de 190.000 euros, cantidad cubierta por el aval prestado por esta.

El Juzgado Mercantil requirió a Gerlach a desacomular la acción dirigida contra la Caja Insular por carecer de competencia objetiva. Gerlach realizó tal desacomulación, se desistió de la acción ejercitada contra Caja Insular, y modificó el suplico de su demanda, en el sentido de que lo solicitado era que se declarase que Torusan había incumplido el contrato de ejecución de obras firmado con Gerlach, que los daños y perjuicios causados a Gerlach como consecuencia del incumplimiento de Torusan ascendían a 306.202,47 euros, y que se condenara a Torusan a pagar a Gerlach esa cantidad.

En la demanda, Gerlach solicitaba la celebración de vista para la práctica de determinadas pruebas.

2.- Torusan contestó a la demanda, reconoció el incumplimiento y el importe de los daños, manifestando que se allanaba a ese extremo, pero solicitó su desestimación por haberse presentado la demanda incidental una vez precluidos los plazos de comunicación de créditos y de impugnación de la lista de acreedores.

La administración concursal del concurso de Torusan contestó también la demanda y se opuso a la estimación porque habían vencido los plazos tanto de comunicación de créditos como de impugnación de la lista de acreedores. Y respecto del incumplimiento contractual y sus consecuencias, se opuso a la pretensión formulada porque «no ha habido, por parte de Torusan una intención manifiesta de incumplimiento».

3.- Presentadas las contestaciones a la demanda, fue dictada diligencia de ordenación en la que se decía: «pasen los autos a la mesa de S.S^a. a fin de dictar resolución».

4.- No se celebró vista ni, por tanto, se practicaron pruebas. Se procedió directamente a dictar sentencia en la que se desestimó la demanda porque Gerlach no había comunicado su crédito en el plazo previsto para ese trámite, ni había impugnado la lista de acreedores en la que no aparecía incluido su crédito, sino que presentó la demanda ante el Juzgado Mercantil cuando habían precluido esos trámites.

5.- Gerlach apeló la sentencia del Juzgado Mercantil. Alegó en su **recurso** que se le había producido indefensión al no haberse convocado vista para practicar las pruebas que propuso, por lo que solicitaba que



se anularan las actuaciones y se retrotrajeran al momento anterior a dictar sentencia para que se celebrara la vista; y que la sentencia era incongruente al no haber entrado a resolver sobre la existencia del incumplimiento contractual y la procedencia de la indemnización solicitada. En cuanto al fondo, consideró que el crédito constaba en el concurso y en otro proceso judicial, y que en todo caso la promoción tardía del proceso para que se declarara su crédito solo podía tener como consecuencia su calificación como subordinado, pero no la desestimación de la demanda.

6.- La Audiencia Provincial desestimó el **recurso** de apelación. Denegó la nulidad de actuaciones solicitada porque Gerlach no recurrió la resolución declarando concluso para sentencia el proceso incidental. Y confirmó la sentencia recurrida, pues consideró correcto el argumento de que no podía estimarse la pretensión del acreedor que no había comunicado su crédito ni impugnado la lista de acreedores.

7.- Gerlach ha interpuesto **recurso** de casación, basado en un motivo, y **recurso** extraordinario por infracción procesal, basado en dos motivos.

Conforme a lo dispuesto en el apartado 1-6º de la disposición final 16.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, procede examinar en primer lugar el **recurso** extraordinario por infracción procesal.

Recurso extraordinario por infracción procesal.

SEGUNDO.- *Formulación del primer motivo del **recurso** extraordinario por infracción procesal.*

1.- Este motivo se encabeza así:

«Al amparo de lo dispuesto en el artículo 469.1.3º de la LEC, por infracción de las normas legales que rigen los actos y garantías del proceso cuando la infracción determinare la nulidad conforme a la ley o hubiere podido producir indefensión. Infracción de los artículos 194.4 de la LC, 225 y 227 de la LEC, 283.3 y 240 de la LOPJ y 24 de la CE: de la improcedente desestimación de la nulidad de actuaciones interesada en el **recurso** de apelación».

2.- La recurrente argumenta, resumidamente, en que no pudo impugnar la resolución que declaraba el proceso incidental concluso para sentencia sin señalar vista porque esa resolución no existió. Y que la no celebración de la vista, y de las pruebas que en ella debían practicarse, infringió el derecho a la prueba de la parte demandante.

TERCERO.- *Decisión de la sala. Improcedencia de celebrar vista cuando no existe controversia sobre los hechos.*

1.- Para poder denunciar en un **recurso** devolutivo que el tribunal *a quo* ha cometido una infracción procesal, es necesario haber agotado las posibilidades de impugnación ante el tribunal al que se atribuye la infracción. La Audiencia Provincial desestimó la impugnación formulada por el apelante respecto de la no celebración de vista para la práctica de pruebas por no cumplirse este requisito. La Audiencia Provincial consideró que Gerlach hubiera debido agotar las posibilidades de impugnación ante el Juzgado Mercantil, recurriendo en reposición la resolución que, en la interpretación de la Audiencia, acordaba dejar los autos conclusos para sentencia.

Pero ese deber de diligencia no supone que el litigante deba recurrir resoluciones judiciales en las que no se exprese con suficiente claridad la denegación de una pretensión para dicha parte o la preclusión de una oportunidad procesal de defender sus derechos, denegación o preclusión en la que se haya producido la infracción procesal. Afirmar que el litigante tiene la carga de recurrir estas resoluciones judiciales para poder formular su impugnación en el **recurso** devolutivo supondría una carga procesal injustificada para el litigante, e inundaría los tribunales *a quo* de **recursos** innecesarios.

2.- La resolución que se dictó tras las contestaciones a la demanda incidental fue una diligencia de ordenación en la que se disponía: «pasen los autos a la mesa de S.Sª. a fin de dictar resolución». La demandante había solicitado la celebración de vista para la práctica de las pruebas que había propuesto en su demanda. Por tanto, podía confiar legítimamente en que la resolución que se iba a dictar por el juez sería la que decidiera sobre la celebración de vista y la admisión de pruebas. No le era exigible, pues, recurrir dicha diligencia de ordenación, porque además en la misma no se cometía infracción legal alguna, ya que la infracción se habría cometido, en todo caso, en la sentencia dictada sin celebrar vista y practicar prueba, en cuyo caso solo podía remediarse la infracción recurriendo en apelación la sentencia.

Por tanto, las razones expuestas por la Audiencia Provincial para desestimar esta impugnación no son correctas.

3.- Pese a lo expuesto, la impugnación no puede ser estimada. Cuando el motivo del **recurso** extraordinario por infracción procesal se basa en la denegación indebida de la práctica de pruebas (ese debía haber sido el único contenido de la vista en el caso objeto del **recurso**), el recurrente debe justificar la existencia de hechos relevantes y necesarios para la estimación de su pretensión que, por ser controvertidos, hubieran debido ser



objeto de prueba y que, al no serlo, hubieran quedado sin probar, y que esa ausencia de prueba le hubiera perjudicado.

En el presente caso, se observa que, en cuanto al fondo de la cuestión objeto del incidente, no existían hechos controvertidos. La cuestión relativa al reconocimiento concursal del crédito, esto es, si fue comunicado o no tardíamente, si debió ser o no reconocido por la administración concursal y con qué calificación, se plantea en términos estrictamente jurídicos, puesto que en la demanda no se alegaron hechos que, por haber sido negados por la parte contraria, hubieran necesitado de prueba. La existencia de deficiencias en la obra, constitutivas de incumplimiento contractual, la realidad de los daños que dicho incumplimiento provocó, y la cuantía de los mismos, no son hechos controvertidos, puesto que la deudora los reconoció expresamente al contestar la demanda (manifestando incluso que se "allanaba" a tal pretensión, aunque en el mismo escrito pidiera la desestimación de la demanda por razones de índole estrictamente concursal). La administración concursal tampoco negó esos hechos con la debida claridad y precisión que exige el art. 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por lo que deben considerarse admitidos. La alegación de inexistencia de "intención manifiesta de incumplimiento" es irrelevante para resolver sobre la indemnización de daños y perjuicios, por lo que no procedía la práctica de prueba sobre la existencia o inexistencia de tal intención manifiesta.

4.- Como consecuencia de lo expuesto, no era necesaria la práctica de la prueba ni, por tanto, la celebración de vista. Con carácter general, el art. 281.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil exime de prueba los hechos sobre los que existe conformidad de las partes, previsión que hay que poner en relación con la exigencia de precisión y claridad en la contestación a la demanda a la hora de negar la realidad de los hechos alegados en la demanda que se desprende del art. 405.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil pues, de no existir tal negación clara y precisa, los hechos de la demanda han de entenderse admitidos tácitamente y no necesitados de prueba.

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

5.- Por estas razones, no es posible apreciar la infracción procesal denunciada, y menos aún la indefensión que la omisión del trámite de la vista ocasionó al recurrente, imprescindible para estimar el motivo.

6.- La consecuencia de lo expuesto es que el motivo debe ser desestimado, aunque sea por razones diferentes a las expresadas en la sentencia recurrida, pues no ha existido infracción de normas esenciales del proceso ni se ha causado indefensión a la recurrente.

CUARTO.- *Formulación del segundo motivo del **recurso** extraordinario por infracción procesal.*

1.- Este segundo motivo, por el cauce del art. 469.1.2º de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia la infracción del art. 218.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de congruencia de la sentencia.

2.- La infracción estaría causada porque los tribunales de instancia no se han pronunciado sobre la procedencia o improcedencia de las pretensiones formuladas en la demanda incidental, consistentes en el incumplimiento del contrato por Torusan, la causación de daños por importe de 306.202,47 euros y la condena a Torusan a pagar a Gerlach esa cantidad.

QUINTO.- *Decisión de la Sala. Pronunciamientos a realizar en el incidente concursal en que se ejercita una acción de contenido patrimonial contra el concursado.*

1.- El juez del concurso tiene competencia exclusiva y excluyente para conocer de las acciones civiles con trascendencia patrimonial que se dirijan contra el patrimonio del deudor declarado en concurso, que se tramitarán por el cauce del incidente concursal (arts. 8.1, 50.1 y 192.1 de la Ley Concursal).

También se tramitan por el cauce del incidente concursal las impugnaciones de la lista de acreedores (art. 96.1 de la Ley Concursal), incluidas aquellas que tienen por objeto el reconocimiento en el concurso de créditos no comunicados en plazo, sin perjuicio de su calificación como subordinados (art. 92.1 de la Ley Concursal).

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



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

3.- Cuando un acreedor ejercita contra el concursado una acción de contenido patrimonial, en la que solicita que se declare la existencia de un crédito a su favor, el interés del acreedor no se circunscribe exclusivamente a que dicho crédito se reconozca en el concurso mediante su inclusión en la lista de acreedores con el importe y calificación que resulte de su naturaleza o del momento en que se comunicó o reclamó. El acreedor puede tener otros intereses legítimos en obtener dicho pronunciamiento. En el presente caso, se alegaba la existencia de un aval solidario por parte de una entidad de crédito, que puede justificar el interés del acreedor en obtener un pronunciamiento condenatorio del deudor avalado.

Asimismo, aunque el crédito no haya de ser satisfecho en el concurso porque su reclamación haya sido realizada en un momento tan extemporáneo que le impida concurrir en el concurso, el interés del acreedor persiste porque el crédito no se ha extinguido, y el acreedor en cuestión podría reclamar el pago de su crédito con posterioridad a la conclusión del concurso, tanto en el caso de liquidación (art. 178 de la Ley Concursal) como en el caso de convenio, tras el cumplimiento del mismo, pues el titular de un crédito anterior al concurso que no haya sido reconocido en el mismo, puede reclamar el pago de su crédito tras el cumplimiento del convenio, con las quitas establecidas en el convenio. En este sentido, en la sentencia 608/2016, de 7 de octubre, declaramos:

«El art. 134.1 LC, al extender a los créditos anteriores al concurso y no reconocidos, el contenido del convenio lo que pretende es impedir que estos créditos no reconocidos en la lista de acreedores puedan llegar a ser, caso de aprobarse y cumplirse un convenio, de mejor condición que los acreedores concursales afectados por el convenio. Está claro que los créditos que no aparezcan reconocidos en la lista de acreedores no pueden ser reclamados durante la fase de cumplimiento del convenio, y sólo después de la declaración de cumplimiento del convenio puede dirigirse su reclamación frente al deudor concursado. Y es en este caso cuando la ley aclara que, caso de reconocerse la existencia, vigencia y exigibilidad del crédito, su importe se verá afectado por las quitas convenidas e impuestas a los acreedores concursales ordinarios y subordinados que sí habían sido reconocidos».

En estos casos, se trataría de créditos concursales, pero 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.

4.- 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 arts. 8.1 y 50.1 de la Ley Concursal.

5.- Lo anterior determina que los órganos de instancia omitieron un pronunciamiento debido (el pretendido en la acción prevista en el art. 8.1 de la Ley Concursal) al limitarse a considerar extemporánea la pretendida inclusión del crédito en la lista de acreedores, puesto que debieron pronunciarse sobre la existencia de ese crédito, derivado de un incumplimiento contractual.

Por tanto, el motivo debe ser estimado.

6.- La estimación del motivo determina, conforme al apartado 1.º de la disposición adicional 16.ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que esta sala deba dictar nueva sentencia, teniendo en cuenta, en su caso, lo que se hubiere alegado como fundamento del **recurso** de casación.

Nueva sentencia.

SEXTO.- *Créditos concursales pero no concurrentes.*

1.- Los hechos de que se deriva la existencia de deficiencias en la obra realizada por Torusan para Gerlach, y la causación a Gerlach de daños y perjuicios por importe de 306.202,47 euros como consecuencia de tal incumplimiento contractual, no han sido adecuadamente negados en las contestaciones a la demanda, por lo que han de considerarse hechos admitidos.

2.- El crédito resultante a favor de Gerlach se deriva de hechos acaecidos antes de la declaración de concurso, y no se encuentra en ninguno de los supuestos que el art. 81.2 de la Ley Concursal califica como créditos contra la masa.



3.- Para que un crédito de esta naturaleza sea satisfecho en el concurso, ya sea en cumplimiento del convenio aprobado, ya sea en la liquidación de la masa activa, es necesario que sea objeto de reconocimiento como crédito concursal, se le atribuya una determinada calificación, y resulte de este modo incluido en la lista de acreedores aprobada con carácter definitivo.

En atención a las numerosas reformas sufridas por la Ley concursal, que han afectado también a los preceptos que regulan esta cuestión, para determinar el régimen de comunicación y reconocimiento de créditos es necesario precisar cuál es la redacción aplicable por razón del tiempo. En el supuesto objeto del **recurso**, la redacción a tener en cuenta es la vigente en marzo de 2009 y por lo tanto no resulta de aplicación la normativa introducida por la Ley 38/2011, de 10 octubre. La demanda incidental en la que se formula la pretensión fue interpuesta varios meses antes de que entrara en vigor de esta ley, por lo que en ella no pudieron ejercitarse pretensiones basadas en las nuevas facultades y derechos que las normas reformadas otorgaron a los acreedores en la comunicación, reconocimiento y calificación de sus créditos. Además, tampoco se han alegado hechos que, por la fecha de su acaecimiento, permitieran determinar que, conforme al régimen de Derecho transitorio de la disposición adicional cuarta de la Ley 38/2011, eran aplicables al supuesto enjuiciado las normas sobre comunicación y reconocimiento de créditos introducidas por dicha ley.

4.- 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 art. 21.1.5º, del modo previsto en el art. 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 art. 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 art. 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 art. 96 de la Ley Concursal, fue resuelta, a favor de la segunda opción en la sentencia 316/2011, de 13 de mayo.

5.- Los créditos tardíamente comunicados, en cualquiera de estos dos supuestos (comunicación realizada entre la finalización del plazo del art. 21.1.5º de la Ley Concursal y la presentación de los textos provisionales por la administración concursal, e impugnación de la lista de acreedores), se clasificarán como subordinados, salvo que entren en juego las excepciones recogidas en el artículo 92.1 de la Ley Concursal, en cuyo caso se les atribuirá «el carácter que les corresponda según su naturaleza».

6.- De la interpretación conjunta de los arts. 86.2 y 92.1 de la Ley Concursal se desprende que la administración concursal debe incluir necesariamente en la lista de acreedores aquellos créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firmes, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los reconocidos por certificación administrativa, los asegurados con garantía real inscrita en registro público, y los créditos de los trabajadores cuya existencia y cuantía resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. De modo que si los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones públicas, fueran comunicados tardíamente (tras el plazo del art. 21.1.5º de la Ley Concursal y antes de la presentación por la administración concursal de los textos provisionales o mediante la impugnación formulada conforme al art. 96 de la Ley Concursal) no por ello se clasificarán como subordinados por su comunicación tardía.

7.- La previsión de reconocimiento forzoso contenida en el art. 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.

8.- Aquellos créditos que por no verse recogidos en los textos definitivos, en concreto, en el de la lista de acreedores, no puedan considerarse concurrentes, no resultan extinguidos (salvo que la causa de esa no inclusión sea que así se haya declarado al resolver el incidente de impugnación de la lista de acreedores), pero no pueden ser satisfechos en el concurso con cargo a la masa activa. Su satisfacción, de ser posible, habrá de producirse una vez concluido el concurso, ya sea con el remanente de la liquidación o con los nuevos bienes que pudieran entrar en el patrimonio del concursado una vez concluida la liquidación y con ella el concurso (art. 178 de la Ley Concursal), o, en caso de convenio, una vez declarado el cumplimiento del mismo, si bien en tal caso el crédito sufrirá las quitas acordadas en el convenio (art. 134.1 de la Ley Concursal).

9.- La posibilidad de comunicación de nuevos créditos del vigente art. 96.bis de la Ley Concursal y de modificar el texto definitivo de la lista de acreedores que prevén los actuales arts. 97, 97 bis y 97 ter, no es aplicable, por las razones temporales ya explicadas, al presente caso, por lo que no procede entrar a examinarla.

10.- Por consiguiente, para que puedan satisfacerse en el concurso los créditos que, por haberse generado antes de la declaración de tal concurso, merecen la calificación de concursales, es necesario su reconocimiento en el concurso mediante su inclusión en la lista de acreedores, para lo que no es irrelevante el momento en que sean comunicados en el concurso.

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

La sentencia 316/2011, de 13 de mayo , invocada en el **recurso**, admite que el régimen del art. 92.1 de la Ley Concursal se aplique a los créditos no comunicados previamente pero objeto de una impugnación de la lista de acreedores conforme a lo previsto en el art. 96 de la Ley Concursal , de modo que sean considerados créditos concursales subordinados y, por tanto, concurrentes en el concurso. Pero en momento alguno afirma que el crédito anterior a la declaración de concurso, concursal, deba ser reconocido y concurrir en el concurso cualquiera que sea el momento en que sea comunicado. La sentencia 335/2016, de 20 de mayo , resolvió que créditos no podían ser incluidos en la lista de acreedores ni, por tanto, ser satisfechos en el concurso, por haber sido comunicados extemporáneamente, una vez precluidas todas las posibilidades que el procedimiento concursal ofrece para la comunicación y reconocimiento de créditos, siquiera sea como créditos subordinados.

10.- Gerlach no comunicó su crédito del modo previsto en el art. 85 de la Ley Concursal , en el plazo establecido en el art. 21.1.5º de la Ley Concursal . El hecho de que el crédito no resultara directamente de un contrato ni estuviera recogido en una resolución judicial o un reconocimiento de deuda y pudiera considerarse controvertido, no quita que pudiera y debiera haber sido comunicado a la administración concursal, siquiera sea como contingente, con aportación de los documentos relativos a dicho crédito (contrato de obra, reclamaciones formuladas a la contratista, informes técnicos sobre la existencia y entidad de las deficiencias, etc), a la vez que el acreedor reclamaba su reconocimiento mediante la formulación de la oportuna demanda a través del trámite del incidente concursal.

Gerlach tampoco impugnó, por el cauce previsto en el art. 96 de la Ley Concursal , la lista de acreedores en la que su crédito no aparecía recogido.

La presentación de la demanda incidental en la que se reclamaba la declaración de la existencia del crédito y su condena al pago se produjo cuando había transcurrido con creces el plazo para impugnar la lista de acreedores. Por tanto, se trató de una reclamación no ya tardía, que pudiera determinar el reconocimiento del crédito como subordinado, sino completamente extemporánea, que impedía que el crédito pudiera ser satisfecho en el concurso, sin perjuicio de otros efectos que pudiera tener la declaración de existencia de tal crédito, fuera del concurso o con posterioridad a la conclusión del mismo, a los que ya se ha hecho referencia y que justificaban el interés legítimo en obtener el pronunciamiento declarativo.



11.- Gerlach ha alegado en el **recurso** de casación la infracción del art. 92 de la Ley Concursal y ha afirmado que la sentencia del Juzgado Mercantil debió reconocer el crédito con la calificación correspondiente a su naturaleza porque se trataba de un crédito que, aunque no fue comunicado del modo previsto en el art. 85 de la Ley Concursal, constaba de otro modo en el concurso, por la demanda incidental origen de este proceso, así como en otro procedimiento judicial, que era el iniciado previamente ante el Juzgado de Primera Instancia, en el que Torusan fue emplazada en su administración concursal.

La alegación no puede ser estimada. Sin necesidad de entrar siquiera en si se está en uno de los supuestos previstos en el art. 86.2 de la Ley Concursal (inclusión necesaria de créditos en la lista de acreedores por parte de la administración concursal), si un acreedor considera que su crédito debió ser reconocido por la administración concursal, bien porque lo comunicó en tiempo y forma, bien porque se trata de uno de los créditos que, conforme al art. 86.2 de la Ley Concursal deben ser necesariamente incluidos en la lista de acreedores, debe impugnar la lista de acreedores por el trámite previsto en el art. 96 de la Ley Concursal. Si deja precluir esta posibilidad y su crédito no resulta incluido en la lista de acreedores que forme parte de los textos fijados con carácter definitivo por el juez del concurso, su crédito será concursal pero no concurrente, con los efectos que hemos expuesto en esta resolución.

La previsión del art. 86.2 de la Ley Concursal supone que la existencia y cuantía de esos créditos no puede ser discutida por la administración concursal, que ha de incluirlos necesariamente en la lista de acreedores, pero no salva las consecuencias negativas derivadas de la falta de comunicación y de impugnación de la lista de acreedores que no los reconozca.

Otro tanto pasa con la previsión del art. 92.1º de la Ley Concursal. Los créditos que se encuentren en esos supuestos no serán calificados como subordinados por el hecho de que su reconocimiento se haya producido en virtud de una comunicación tardía (entre la finalización del periodo previsto en el art. 21.1.5º de la Ley Concursal y la presentación por la administración concursal de los textos provisionales del informe, lista de acreedores e inventario) o mediante la impugnación de la lista de acreedores que no los reconozca, a través del trámite del art. 96 de la Ley Concursal. Pero tampoco salva el problema derivado de su comunicación extemporánea, fuera de cualquier plazo que permita su reconocimiento, tratamiento y pago en el concurso, en calidad de crédito concursal y concurrente.

La interposición, una vez precluida la posibilidad de impugnación de la lista de acreedores, de una demanda en la que se ejercite contra el concursado la acción de contenido patrimonial derivada del crédito, no permite la inclusión del crédito en dicha lista y su reconocimiento en el concurso, ni siquiera como subordinado.

12.- La conclusión de todo lo expuesto es que procede estimar la pretensión declarativa formulada en la demanda incidental, porque la falta de inclusión del crédito en la lista de acreedores no ha supuesto su extinción. Pero no procede condenar a la concursada al pago del crédito en este concurso, porque la reclamación ha sido extemporánea, posterior a cualquiera de los momentos que permiten la inclusión y satisfacción del crédito en el concurso, sea con la clasificación que corresponda a su naturaleza, sea con la clasificación de subordinado por su comunicación tardía, sin perjuicio de que el pago del crédito pueda reclamarse, en los términos expuestos, una vez haya concluido el concurso.

SÉPTIMO.- Costas y depósitos.

1.- La estimación del **recurso** extraordinario por infracción procesal, y la estimación parcial del **recurso** de apelación y de la demanda que supone tal estimación, conlleva que, en cuanto a costas, no se haga especial declaración de las de ninguna de ambas instancias ni de las de los **recursos** extraordinarios de que ha conocido esta sala, de conformidad con los artículos 394 y 398, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2.- Procédase a la devolución de los depósitos constituidos de conformidad con la disposición adicional 15.ª, apartado 8, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey, por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.º- Estimar el **recurso** extraordinario por infracción procesal interpuesto por Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita, contra la sentencia de 11 de diciembre de 2013, dictada por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Las Palmas de Gran Canaria, en el **recurso** de apelación núm. 255/2013. 2.º- Anulamos la expresada sentencia, que declaramos sin valor ni efecto alguno, y en su lugar acordamos: 2º.1.- Estimar en parte el **recurso** de apelación interpuesto por Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita, contra la sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Las Palmas de Gran Canaria de 15 de junio de 2012, que revocamos. 2º.2.- Estimar en parte la demanda interpuesta por Gerlach Immobilien



Investment GmbH, Sociedad en Comandita, contra Transportes y Contratas Torusan, S.L. **2º.3.-** Declarar que Transportes y Contratas Torusan, S.L., incumplió el contrato de ejecución de obras firmado con Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita, y le causó daños cuyo importe asciende a trescientos seis mil doscientos dos euros con cuarenta y siete céntimos de euro (306.202,47 ?), que Transportes y Contratas Torusan, S.L., adeuda a Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita. **2º.4.-** No ha lugar a condenar a Transportes y Contratas Torusan, S.L., a pagar dicha cantidad a Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita, en tanto que la deudora se encuentra declarada en concurso, ni a reconocer el crédito Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita, en el concurso de Transportes y Contratas Torusan, S.L., sin perjuicio de que Gerlach Immobilien Investment GmbH, Sociedad en Comandita pueda exigir el cobro de dicha cantidad una vez concluya el concurso de Transportes y Contratas Torusan, S.L. **3.º-** No procede hacer expresa imposición de costas en ninguna de las instancias ni en los **recursos** extraordinarios presentados ante esta sala. Devuélvase a la recurrente los depósitos constituidos para interponer los **recursos**. Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CEND