



Roj: **STS 4720/2016 - ECLI:ES:TS:2016:4720**

Id Cendoj: **28079110012016100625**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **04/11/2016**

Nº de Recurso: **519/2014**

Nº de Resolución: **652/2016**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP VI 697/2013,**
STS 4720/2016

SENTENCIA

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

Esta sala ha visto el **recurso** de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, como consecuencia de autos de juicio incidental seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Victoria. El **recurso** fue interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por la letrada de la administración de la Seguridad Social. Es parte recurrida la administración concursal de la entidad Novacero S.A.L., representada por el procurador Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. La letrada de la Administración de la Seguridad Social, en nombre y representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso demanda incidental en procedimiento concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria, contra la entidad Novacero S.A.L., para que se dictase sentencia:

«ordene la modificación de los textos definitivos, en el sentido de reconocer la deuda concursal con la cuantía y calificación que resulta del certificado de fecha 4 de abril de 2013».

2. Maximino y Segundo, integrantes de la administración concursal de la entidad Novacero S.A.L., contestaron a la demanda y pidieron al Juzgado dictase sentencia:

«por la que se desestimen las pretensiones de la demanda incidental de la TGSS, en el sentido de no modificar el texto definitivo de la lista de acreedores por motivos de forma y fondo».

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria dictó sentencia con fecha 20 de septiembre de 2013, con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Desestimar la demanda formulada por Tesorería General de la Seguridad Social frente a la Administración Concursal de Novacero S.A.L., sin especial imposición de costas».

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Tesorería General de la Seguridad Social.

2. La resolución de este **recurso** correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, mediante sentencia de 18 de diciembre de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Desestimar el **recurso** interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la sentencia dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria en el procedimiento de incidente concursal nº 424/13, confirmando la misma, y con expresa imposición de costas al recurrente».

TERCERO. *Interposición y tramitación del **recurso** de casación*

1. El letrado de la Seguridad Social, en representación de la Tesorería General de la Seguridad Social, interpuso **recurso** de casación ante la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª.

El motivo del **recurso** de casación fue:

«1º) Infracción del apartado 1 del art. 97 bis LC ».

2. Por auto de 12 de febrero de 2014, la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, tuvo por interpuesto el **recurso** de casación y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la Tesorería General de la Seguridad Social, representada por la letrada de la administración de la Seguridad Social; y como parte recurrida la administración concursal de la entidad Novacero S.A.L., representada por el procurador Andrés Figueroa Espinosa de los Monteros.

4. Esta sala dictó auto de fecha 4 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el **recurso** de casación interpuesto por la representación procesal de la Tesorería General de la Seguridad Social, contra la sentencia dictada con fecha 18 de diciembre de 2013, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 530/2013 , dimanante del incidente concursal nº 424/2013 del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Vitoria».

5. Dado traslado la representación procesal de la administración concursal de Novacero S.A.L., presentó escrito de oposición al **recurso** formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 5 de octubre de 2016, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente **recurso** debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

En el concurso de acreedores de Novacero, S.A.L., el 6 de febrero de 2012, la Tesorería General de la Seguridad Social (en adelante, TGSS) comunicó un crédito de 1.715.237,44 euros, que fue reconocido por la administración concursal al amparo del art. 74.2 LC .

Más tarde, la TGSS, sobre la base de una nueva certificación de 17 de mayo de 2012, obtuvo la modificación de su crédito, que se cifró en 2.032.368,79 euros, al ser reconocido por la sentencia de 11 de julio de 2012 . Este crédito fue incluido en los textos definitivos de la lista de acreedores, comunicados a las partes por providencia de 20 de octubre de 2012.

Con posterioridad, el 29 de noviembre de 2012, la TGSS emitió un nuevo certificado en el que aumentaba su crédito a la suma de 2.033.462,62 euros. El 18 de febrero 2013, la TGSS inició un incidente concursal para que le fuera reconocido su crédito por este importe, lo que fue desestimado por sentencia de 27 de mayo de 2013 .

El 4 de febrero de 2013, el juzgado aprobó el convenio aceptado por los acreedores. Y el 28 de febrero de 2013 se inició la fase de liquidación a instancia del propio deudor.

El 6 de junio de 2013, la TGSS vuelve a instar un nuevo incidente concursal en el que sostiene que el importe de su crédito ha variado como consecuencia de la actividad inspectora, y que ahora asciende a 2.057.992,36 euros, conforme a una certificación de fecha 19 de abril de 2013. Por ello solicita que se modifique la lista de acreedores en tal sentido.

2. La sentencia dictada en primera instancia desestima esta pretensión de modificación del texto definitivo de la lista de acreedores por dos razones: porque no se ha acreditado que la modificación del importe del crédito sea consecuencia de un procedimiento de inspección o comprobación abierto con posterioridad a la



lista definitiva; y porque la solicitud de modificación fue presentada de forma extemporánea, después de que se hubiera dictado la sentencia que aprobó el convenio (4 de febrero de 2013).

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación. La Audiencia constata que la modificación del importe del crédito presentada por la TGSS responde a una acción de la inspección laboral que ha propiciado que se declare a la concursada responsable de la prestación de jubilación parcial abonada a un trabajador (Carlos Araico Turiso), razón por la cual se cumple con los requisitos previstos en el art. 97.3º LC para que pueda ser modificado el crédito de la TGSS. No obstante, la Audiencia no atiende a tal modificación porque no se cumple la exigencia contenida en el art. 97 bis LC respecto del momento en que debe ser solicitada la modificación de los textos definitivos, en la medida en que esta solicitud se hizo con posterioridad a que se hubiera abierto la fase de liquidación.

4. La TGSS recurre en casación la sentencia de la Audiencia, sobre la base de un único motivo.

SEGUNDO. Recurso de casación

1. *Formulación del motivo* . El motivo denuncia la infracción del apartado 1 del art. 97 bis LC . Este precepto prevé que la solicitud de modificación de la lista definitiva de acreedores debe realizarse «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 segundos de los arts. 152 y 176 bis». El **recurso** entiende que, si bien la solicitud fue presentada después de aprobado el convenio, también se había abierto la liquidación como consecuencia de la frustración del convenio. De tal forma que la solicitud se hizo a tiempo, pues fue posterior a la apertura de esta fase de liquidación y anterior que se hubieran emitido los informes de los arts. 152 y 176 bis LC .

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo* . Una vez que ha quedado acreditado en la instancia que la solicitud de modificación del crédito de la TGSS venía determinada por un procedimiento de inspección abierto con posterioridad a la aprobación del texto definitivo cuya modificación se pretende, conforme al art. 97.3.2º LC , la controversia en casación se ciñe a la interpretación del art. 97 bis.1 LC relativo al momento en que debe ser presentada esta solicitud de modificación del texto definitivo de la lista de acreedores.

El párrafo primero del art. 97 bis.1 LC dispone:

«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 arts. 152 y 176 bis».

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.

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 . 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.

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, lo que varía, como hemos visto, según se opte por una solución concordataria o liquidatoria.

3. En el presente supuesto se da la circunstancia de que existió una propuesta de convenio aceptada por los acreedores y aprobada judicialmente, y que después se frustró el cumplimiento del convenio, lo que determinó la apertura de la liquidación.



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 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. 176bis.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.

En nuestro caso, la solicitud de la TGSS respetó el límite temporal de art. 97bis.1 LC aplicable al concurso en fase de liquidación, razón por la cual debemos casar la sentencia de apelación, estimar la apelación y con ella la demanda.

TERCERO. *Fijación de doctrina jurisprudencial*

También procede que declaremos la siguiente doctrina jurisprudencial sobre la interpretación del apartado 1 del art. 97bis LC:

«i) El límite temporal previsto en el art. 97bis.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.

»ii) 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 informes previstos en el art. 152.2 LC y el art. 176bis.1 LC.

»iii) 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».

CUARTO. *Costas*

1. Estimado el **recurso** de casación, no procede hacer expresa condena en costas, conforme al art. 398.2 LEC.

2. Estimado el **recurso** de apelación, tampoco hacemos expresa condena de las costas generadas por este **recurso** (art. 398.2 LEC).

3. 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).

FALLO

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

1º Estimar el **recurso** de casación interpuesto por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (sección 1ª) de 18 de diciembre de 2013 (rollo núm. 530/2013), que dejamos sin efecto. 2º Fijar la siguiente doctrina jurisprudencial: «i) El límite temporal previsto en el art. 97bis.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. »ii) 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 informes previstos en el art. 152.2 LC y el art. 176bis.1 LC. »iii) 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». 3º Estimar el **recurso** de apelación formulado por la Tesorería General de la Seguridad Social contra la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria de 20 de septiembre de 2013 (incidente concursal 424/2013), que dejamos sin efectos. En su lugar acordamos la estimación íntegra de la demanda interpuesta por la Tesorería General de la Seguridad Social y declaramos



la procedencia de modificar el importe de su crédito en la lista definitiva de acreedores que pasará a ser de 2.057.992,36 euros. 4º No hacemos expresa condena de las costas generadas en primera y segunda instancia, ni tampoco de las de casación. 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 CENDOJ