



Roj: **STS 969/2022 - ECLI:ES:TS:2022:969**

Id Cendoj: **28079110012022100201**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/03/2022**

Nº de Recurso: **1536/2019**

Nº de Resolución: **209/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP O 274/2019,**
STS 969/2022

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 209/2022

Fecha de sentencia: 15/03/2022

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1536/2019

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/02/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1536/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 209/2022

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 15 de marzo de 2022.

Esta Sala ha visto los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón. Es parte recurrente la entidad Caja Rural de Gijón, Sociedad Cooperativa Asturiana de Crédito, representada por el procurador Juan Ramón Suárez García y bajo la dirección letrada de Francisco José González Cuesta. Es parte recurrida la administración concursal de la entidad Gayo y Bayón S.L., representada por el procurador Alejandro González Salinas y bajo la dirección letrada de Lucía Fernández Gil.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El procurador Juan Ramón Suárez García, en nombre y representación de la entidad Caja Rural de Gijón, Cooperativa Astur. de Crédito, interpuso demanda de incidente concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón, contra la administración concursal de la entidad Gayo y Bayón S.L., para que se dictase sentencia por la que:

"estimando la demanda:

"1.) Declare que, cumplida la condición o contingencia prevista, por definitivo impago del crédito por Frutas y Hortalizas Gayo, S.A., al crédito a favor de Caja Rural de Gijón por importe de 547.693,63 euros, con garantía hipotecaria, por razón del crédito hipotecario número 3007-0100-18-2038266066, asociado a la cuenta corriente número 3007-0100-14-1131732925, según escritura de crédito hipotecario autorizada por el Notario de Gijón don José Clemente Vázquez López el 12 de Febrero de 2010, bajo el número 134 de su protocolo, reconocido anteriormente como crédito "contingente", se le otorgue la clasificación que le corresponde con arreglo a su naturaleza: crédito con privilegio especial del artículo 90.1.1º de la LC.

"2.) Acuerde la modificación de los textos definitivos en el sentido de clasificar como privilegiado especial del artículo 90.1.1º de la Ley Concursal el crédito a favor de Caja Rural de Gijón por importe de 547.693,63 euros, con garantía hipotecaria, por razón del crédito hipotecario núm. 3007-0100-14-1131732925, según escritura de crédito hipotecario autorizada por el notario de Gijón don José Clemente Vázquez López el 12 de febrero de 2010, bajo el número 134 de su protocolo.

"3.) Condene a la demandada al pago de las costas causadas en este procedimiento".

2. Tomasa, administradora concursal de la entidad Gayo y Bayón S.L. en liquidación, contestó a la demanda incidental y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"Desestimando íntegramente la demanda incidental presentada por la Caja Rural de Gijón con imposición de costas".

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón dictó sentencia con fecha 26 de marzo de 2018, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador de los Tribunales Sr. D. Juan Ramón Suárez García, actuando en nombre y representación de la mercantil Caja Rural de Gijón, Cooperativa Astur de Crédito, con la asistencia jurídica del Letrado Sr. D. Francisco José González Cuesta, contra la Administración Concursal de la mercantil Gayo y Bayón S.L., por cuestiones de forma, al haber transcurrido ampliamente el plazo legalmente establecido para promover el incidente concursal, todo ello con condena en costas a la parte demandante".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la entidad Caja Rural de Gijón, Cooperativa de Crédito.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo mediante sentencia de 8 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Que desestimando el recurso de apelación presentado por la "Caja Rural de Gijón, Cooperativa Asturiana de Crédito", frente a la sentencia de 26 de marzo de 2018 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón, debemos acordar y acordamos confirmarla con imposición a la parte apelante las costas causadas en esta alzada".

**TERCERO.** *Interposición y tramitación de los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación*

1. El procurador Juan Ramón Suárez García, en representación de la entidad Caja Rural de Gijón, Sociedad Cooperativa Asturiana de Crédito, interpuso recursos extraordinario por infracción procesal y de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Oviedo.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 209 LEC en relación con el art. 218.2 LEC, por falta de motivación, sin posibilidad de subsanación, y la Jurisprudencia que lo desarrolla.

"2º) Infracción de los apartados 2, 3 y 4 del art. 207 LEC, por no respetar la cosa juzgada formal al admitir a trámite la demanda por Providencia y luego ir en sentido contrario inadmitiéndola en sentencia por extemporánea, sin posibilidad de subsanación, y la Jurisprudencia que lo desarrolla y que se cita en el presente motivo, lo que es causa de nulidad al provocar indefensión por no poder defenderse esta parte de la presunta extemporaneidad.

"3º) Infracción del art. 152.4 LEC, en relación con el art. 149.2 LEC, , al no haberse emplazado formalmente a esta parte para interponer demanda, sin posibilidad de subsanación, lo que es causa de nulidad al provocar indefensión por no haberse otorgado plazo para interponer demanda incidental mediante emplazamiento formal".

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Al amparo del artículo 477.2.3º de la LEC: Interés casacional por la oposición de la sentencia recurrida a la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo respecto al artículo 97.3.4º de la LC, en relación con el artículo 87.3 de la LC, por no modificarse la lista de acreedores de los textos definitivos tras haberse cumplido la contingencia y confirmarse el crédito".

2. Por diligencia de ordenación de 13 de marzo de 2019, la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.ª) tuvo por interpuestos los recursos extraordinario por infracción procesal y de casación mencionados, 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 entidad Caja Rural de Gijón, Sociedad Cooperativa Asturiana de Crédito, representada por el procurador Juan Ramón Suárez García; y como parte recurrida la administración concursal de la entidad Gayo y Bayón S.L., representada por el procurador Alejandro González Salinas.

4. Esta sala dictó auto de fecha 29 de septiembre de 2021, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos extraordinarios por infracción procesal y de casación interpuestos por la representación procesal de representación procesal de Caja Rural de Gijón, cooperativa de crédito, contra la sentencia n.º 50/2019, de 8 de febrero, dictada por la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 1.ª, en el rollo de apelación n.º 1086/2018, dimanante de los autos de incidente concursal n.º 156/2015, seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 3 de Gijón".

5. Por diligencia de ordenación de 17 de noviembre de 2021 se declaró precluido el plazo concedido a la parte recurrida para formalizar oposición a los recursos interpuestos.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 23 de febrero de 2022, 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, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

"1º En escritura pública de 12 febrero 2010 la Caja Rural de Gijón concedió a Frutas y Hortalizas Gayo, S.A. un crédito en cuenta corriente hasta el límite de 620.000 euros, operación que fue garantizada solidariamente por la concursada Gayo y Bayón, S.L., con renuncia a los beneficios de orden, división y excusión de bienes. Asimismo para asegurar el buen (sic) de la operación la concursada Gayo y Bayón, S.L. constituyó garantía hipotecaria sobre varias fincas de su propiedad.

"2º En el concurso de Gayo y Bayón, S.L. que se sigue ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón, la Administración concursal presentó el 15 julio 2015 su informe provisional en el que aparece reconocido un



crédito de la titularidad de Caja Rural de Gijón como contingente -al estar también declarada en concurso Frutas y Hortalizas Gayo, S.A.- por un importe por principal de 494.830,86 euros con la clasificación de ordinario, y 3.679,65 euros por intereses y comisiones como crédito subordinado.

"3º En los textos definitivos presentados el 21 octubre 2015 aparecen reconocidos estos créditos en idénticos términos.

"4º Con fecha 12 julio 2016 se dictó Auto de conclusión del concurso de Frutas y Hortalizas Gayo, S.A. en el que se acordaba al mismo tiempo la rendición de cuentas presentada por la Administración concursal, de lo que resulta que el crédito que titula la Caja Rural frente a dicho deudor quedaba definitivamente impagado.

"5º La Caja Rural de Gijón remitió con fecha 18 septiembre 2017 a la Administración concursal un correo electrónico solicitando, al amparo del art. 97-3-4º LC, y visto el definitivo impago del crédito, la modificación de los textos definitivos en el sentido de reconocer a este acreedor como titular de un crédito con privilegio especial del art. 90-1-1º LC por importe de 547.693,63 euros.

"6º La Administración concursal presentó el 19 octubre 2017 ante el Juez del concurso un escrito poniendo de manifiesto que el correo electrónico recibido de la Caja Rural de Gijón había entrado en la bandeja de spam y por dicho motivo no tuvo conocimiento de su contenido hasta el 16 octubre anterior, añadiendo en cualquier caso que la Administración concursal se opone a la pretensión de la entidad financiera de calificar su crédito como privilegiado especial.

"7º Finalmente el Juzgado dictó diligencia de ordenación de 7 noviembre 2017 acordando pasar las actuaciones al Juez para resolver, siendo notificada esta resolución a la Caja Rural de Gijón en esa misma fecha".

2. Caja Rural de Gijón presentó una demanda de incidente judicial que ha dado lugar al procedimiento en el cual se ha interpuesto el presente recurso de casación. En esta demanda solicitaba la modificación de los textos definitivos, en concreto la lista de acreedores, de Gayo y Bayo, S.L., para que se declarase el cumplimiento de la condición o contingencia que afectaba a su crédito de 547.693,63 euros reconocido en el concurso, como consecuencia del impago definitivo del deudor principal (Frutas y Hortalizas Gayo, S.A.), y que se clasificará como crédito con el privilegio especial del art. 90-1-1º LC.

3. La sentencia de primera instancia desestimó la demanda, al entender que había precluido para la demandante la facultad de modificar los textos definitivos al amparo del procedimiento regulado en el art. 97 bis LC. La Caja Rural de Gijón ya había instado esta modificación de la Administración concursal, que se opuso en el informe presentado ante el juzgado, sin que la acreedora hubiera promovido el preceptivo incidente en el plazo de los 10 días, conforme al art. 97 bis LC.

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Caja Rural de Gijón y la Audiencia desestima el recurso, con el siguiente razonamiento:

"El art. 97 bis LC regula el procedimiento para la modificación de los textos definitivos de la lista de acreedores mediante una tramitación que tiene por finalidad evitar en lo posible el incremento de la litigiosidad en este ámbito, siendo el acreedor disconforme quien deberá tomar la iniciativa mediante una solicitud que habrá de dirigir a la Administración concursal con justificación de la modificación pretendida. A partir de aquí la Administración concursal informará por escrito al Juez acerca de tal solicitud, de manera tal que si el informe 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". Se persigue con el establecimiento de este plazo preclusivo poder cerrar la fase común y avanzar con la apertura de las ulteriores fases de convenio o de liquidación, disponiendo para ello de la necesaria certeza en cuanto a la composición definitiva tanto de la masa activa como de la masa pasiva, razón por la que el propio apartado 1 se encarga de precisar que la modificación de los textos definitivos "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".

La sentencia de apelación, tras interpretar este precepto, concluye que la norma establece una carga procesal al acreedor: "en el caso de que el informe fuera contrario a su solicitud de reconocimiento, deberá presentar la demanda de incidente concursal en el plazo de diez días, pues de lo contrario su pretensión será rechazada". Y añade:

"En el supuesto examinado encontramos que la Administración concursal presentó su informe contrario a modificar el crédito de Caja Rural de Gijón el día 19 octubre 2017, aun cuando habremos de entender que la entidad financiera no pudo conocer su contenido hasta el día 7 noviembre 2017 en que el Juzgado dictó la diligencia de ordenación teniéndolo por presentado, y así fue notificado a las partes. Es por ello que el plazo



de diez días para presentar la demanda incidental deberá comenzar a correr a partir de esta última fecha, ocurriendo sin embargo que la Caja Rural de Gijón no presentó su demanda hasta el 14 febrero 2018 -más de 3 meses después- lo que supone en definitiva que al haber transcurrido el repetido plazo la posibilidad impugnatoria habrá precluido, procediendo por todo ello confirmar la Sentencia apelada que acertadamente acuerda desestimar la demanda por extemporánea".

5. Frente a la sentencia de apelación, Caja Rural de Gijón interpone recurso extraordinario por infracción procesal, sobre la base de tres motivos, y recurso de casación, articulado en un solo motivo.

SEGUNDO. Recurso extraordinario por infracción procesal

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, por infracción del art. 209 LEC, en relación con el art. 218.2 LEC, por falta de motivación.

En el desarrollo del motivo se funda esta infracción en lo siguiente:

"resulta insuficiente la exposición de elementos fácticos y jurídicos en los que se apoya el fallo de la sentencia recurrida, en tanto que no analiza: i) la falta de emplazamiento de esta parte (la demandante ahora recurrente) en relación con el art. 149.2º de la LEC; ii) ni la firmeza de la Providencia del magistrado juez de 16 de febrero de 2018 que admitió a trámite la demanda interpuesta por esta parte, una vez examinado el cumplimiento de los requisitos formales; iii) ni la aplicabilidad del principio *pro actione*; el derecho a la tutela judicial efectiva (artículo 24.1 CE) y la doctrina al respecto del Tribunal Constitucional, referenciada en nuestro recurso de apelación".

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

2. *Desestimación del motivo primero.* La sentencia recurrida no incurre en falta de motivación, a la vista de cómo ha sido interpretada esta exigencia por la jurisprudencia de esta sala.

Hemos declarado en otras ocasiones que "deben considerarse suficientemente motivadas aquellas resoluciones que vengan apoyadas en razones que permitan invocar cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión, es decir, la ratio decidendi que ha determinado aquella" (sentencias 294/2012, de 18 de mayo, 95/2014, de 11 de marzo, 759/2015, de 30 de diciembre, y 619/2021, de 22 de septiembre).

En nuestro caso, la razón por la que la Audiencia desestima la apelación y confirma la decisión del juzgado mercantil aparece expresada en su sentencia: el art. 97 bis LC establece un plazo preclusivo para la interposición de la demanda de incidente concursal para la modificación de los textos definitivos, tras el informe negativo de la administración concursal, y la demandante presentó su demanda una vez había transcurrido ese plazo.

Como hemos advertido en otras ocasiones, cuestión distinta es que la fundamentación o razonamiento sea correcto, lo que debe ser objeto de impugnación mediante el recurso de casación, en relación con la normativa que regula esta materia. En realidad, con este motivo se cuestiona la correcta aplicación de la norma, que debe ser objeto, en su caso, del recurso de casación.

3. *Formulación del motivo segundo.* El motivo se formula al amparo del ordinal 3º del art. 469.1 LEC, en cuanto que la sentencia recurrida infringe "los apartados 2, 3 y 4 del artículo 207 LEC, por no respetar la eficacia de cosa juzgada formal al admitir a trámite la demanda por providencia y luego ir en sentido contrario inadmitiéndola en sentencia por extemporánea".

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

4. *Desestimación del motivo segundo.* Es cierto que en otra ocasión, al referirnos a autoridad de cosa juzgada formal regula en el art. 207 LEC, hemos declarado que "esta eficacia afecta al propio tribunal que ha dictado la resolución, ya sea en su efecto negativo, que impide que pueda ser recurrida (inimpugnabilidad), ya sea en su efecto positivo, pues dentro del mismo proceso no podrá dictarse en contra otra resolución que la contradiga y, además, todas las resoluciones posteriores deberán partir del presupuesto lógico de lo decidido en aquella" (sentencia 215/2013, de 8 de abril).

Pero no constituye ninguna contradicción a esa eficacia de cosa juzgada formal que, a pesar de haber sido admitida una demanda de incidente concursal de modificación de los textos definitivos, después de haber sido tramitado el procedimiento, la sentencia desestime la demanda por entender que había precluido el plazo para ejercitar la acción. La admisión de la demanda no subsana todos los defectos o razones por las que cabría haberla inadmitido. La firmeza de la resolución que admite la demanda conlleva que el procedimiento siga su curso, sin que exista impedimento alguno para que al resolver sobre el fondo del asunto pueda apreciarse la preclusión de la acción ejercitada.



Del mismo modo que la admisión de un recurso de casación no impide que al resolverlo el tribunal pueda apreciar que concurría una causa de inadmisión y que, al hacerlo en ese momento, se convierte en motivo de desestimación del recurso; también la admisión de una demanda de modificación de los textos definitivos no impide que, tras la tramitación del incidente concursal, el tribunal dicte sentencia desestimatoria y la razón de la desestimación estribe en que había precluido el plazo para la interposición de la demanda. Máxime cuando en el incidente concursal puede discutirse la interpretación y aplicación de la norma en que se ampara el efecto preclusivo del transcurso del plazo de diez días para la interposición de la demanda, a partir del informe negativo de la administración concursal a la pretensión de modificación de la lista definitiva de acreedores.

5. Formulación del motivo tercero. El motivo se formula al amparo del ordinal 3º del art 469.1 LEC, y denuncia la infracción del art. 152.4 LEC, en relación con el art. 149.2 LEC, "al no haberse emplazado formalmente a esta parte para interponer la demanda, sin posibilidad de subsanación, lo que es causa de nulidad al provocar indefensión por no haberse otorgado plazo para interponer demanda incidental mediante emplazamiento formal".

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

6. Desestimación del motivo tercero. En el fondo, el motivo no cuestiona una infracción procesal ocasionada en este procedimiento de incidente concursal, sino en el concurso de acreedores del que dimana. En realidad, lo cuestionado en nuestro caso tendría relevancia en cuanto afectara directamente a la interpretación y aplicación de los arts. 97 y 97 bis LC realizada por la sentencia recurrida, que es susceptible de impugnación, en su caso, por el recurso de casación.

TERCERO. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción de los arts. 97.3.4º LC, en relación con el art. 87.3 LC, por no modificarse la lista de acreedores de los textos definitivos tras haberse cumplido la contingencia y confirmarse el crédito.

En el desarrollo del motivo se aduce que, conforme a la jurisprudencia, "procede la modificación de la lista definitiva de acreedores, al amparo del art. 97.3.4º LC, cuando se cumple la contingencia del crédito inicialmente calificado como contingente, como es el caso, siempre que en el momento en que se presenta la solicitud de modificación se respete, como también ocurre en este caso, el límite temporal previsto en el art. 97 bis.1 LC para la fase de liquidación, es decir, que la solicitud se formule antes de que se presentasen en el juzgado los informes previstos en los arts. 152.2 y 176 bis.2 LC, referentes al informe final de justificación de las operaciones de liquidación de la masa activa y al informe sobre insuficiencia de la masa activa para el pago de los créditos contra la masa, respectivamente, que aún no se han presentado".

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

2. Estimación del motivo. Para entender el problema suscitado por el motivo, conviene partir del contexto en que se suscita.

En el concurso de acreedores de Gayo y Bayón, S.L., en cuanto que había afianzado el préstamo que Caja Rural de Gijón había concedido a Frutas y Hortalizas Gayo, S.A., y además había constituido una hipoteca sobre varias fincas, fue reconocido el crédito de Caja Rural de Gijón como crédito contingente, conforme a lo previsto en el art. 87.3 LC.

Una vez se dictó auto de conclusión del concurso de la deudora principal (Frutas y Hortalizas Gayo, S.A.), con el impago del crédito de Caja Rural de Gijón, esta pretendía que se modificara la lista de acreedores en el concurso de la fiadora e hipotecante (Gayo y Bayón, S.L.), pues su crédito había dejado de ser contingente.

Esta pretensión se encuadra dentro de los supuestos regulados por el art. 97.3.4º LC, aplicable al caso, según el cual:

"3. El texto definitivo de la lista de acreedores, además de en los demás supuestos previstos en esta ley, podrá modificarse en los casos siguientes:

[...]

"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.

"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"



El motivo denuncia la infracción de esta norma que legitima al acreedor demandante a instar la modificación de la lista de acreedores, para que su crédito dejara de ser contingente y fuera reconocido por su cuantía, y con la clasificación que le correspondía, en este caso como crédito con privilegio especial al estar garantizado con hipoteca.

3. El cauce para hacer valer esta pretensión se encontraba regulado en el art. 97 bis LC, bajo la rúbrica "Procedimiento de modificación de la lista de acreedores", que coincide con el previsto en la actualidad en el art. 311 del texto refundido de la Ley Concursal de 2020.

El apartado 1 del art. 97 bis LC establece un plazo preclusivo para instar la modificación: "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". No se discute que Caja Rural de Gijón instó la modificación antes de que se hubiera cumplido cualquiera de estos momentos preclusivos.

En cuanto al procedimiento propiamente dicho, el párrafo segundo del apartado 1 del art. 197 bis LC dispone que el acreedor interesado en la modificación debe dirigir a la administración concursal una solicitud con las circunstancias que justifican la modificación de los textos y la administración concursal ha de informar por escrito en el plazo de cinco días.

Y, a continuación, en el apartado 2, el art. 197 bis LC dispone lo siguiente:

"2. 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".

Esto es: establece el trámite que debe seguirse según que el informe de la administración concursal sea contrario o favorable a la modificación pretendida por el acreedor.

i) Si es contrario, le corresponde al acreedor presentar una demanda de incidente concursal en un plazo de diez días.

ii) Y si es favorable, se dará traslado a las partes personas para que también en un plazo de diez días formulen sus alegaciones: si no hay alegaciones o no son contrarias a la modificación solicitada e informada a favor por la administración concursal, el juez acordará la modificación sin que quepa recurso alguno; mientras que si hay alegaciones en contra, a la vista de todas ellas, el juez resolverá por auto, que será susceptible de apelación.

4. En nuestro caso, consta que el informe de la administración concursal fue contrario, por lo que correspondía al acreedor (Caja Rural de Gijón) instar su pretensión mediante una demanda de incidente concursal, en un plazo de diez días. El problema surge en relación con el comienzo del cómputo de este plazo. No hay duda de que es un plazo preclusivo, lo que supone que el transcurso del mismo antes de que se haya presentado la demanda conlleva que ese derecho ya no podrá hacerse valer más adelante. Este efecto tan drástico de la preclusión requiere la seguridad de que el afectado por esta carga de presentar la demanda conozca con toda certeza su existencia y el momento a partir del cual comienza el cómputo de este plazo procesal.

Esta seguridad se consigue con una comunicación por parte del órgano judicial al acreedor que pretende la modificación, en la que se le dé traslado del informe negativo, esto es, no sólo de que la administración concursal ha informado negativamente, sino también de las razones que lo justifican, y se le conceda un plazo legal de diez días para presentar la demanda de incidente concursal, si a la vista del informe persiste en su pretensión de modificación de la lista de acreedores.

Tanto si el acreedor está ya personado en el procedimiento concursal, como si no lo está, en cuyo caso habrá que emplazarlo, el acto de comunicación del juzgado para con ese acreedor debe dar cuenta del resultado negativo del informe de la administración concursal y ponerlo a su disposición, además de indicar con toda claridad que a partir de ese momento tiene un plazo preclusivo de diez días para interponer la demanda.

La sentencia de apelación deja constancia de que, una vez presentado el informe negativo de la administración concursal, el letrado de la Administración de Justicia dictó una diligencia de ordenación el 7 de noviembre de 2017, en la que se acordaba pasar las actuaciones al juez para resolver, y esta resolución fue notificada al acreedor (Caja Rural de Gijón) ese mismo día.

A la vista de lo expuesto anteriormente, en nuestro caso no bastaba la notificación al acreedor de que las actuaciones pasaban al juez para resolver, al haber emitido un informe desfavorable la administración concursal. Era necesario darle traslado del informe y que esta notificación incluyera la advertencia del plazo



preclusivo para interponer la demanda de incidente concursal. En un caso como este, no era suficiente que la ley estableciera el plazo preclusivo. Era preciso que expresamente se advirtiera al acreedor de esta carga procesal para continuar con la pretensión de modificación de la lista de acreedores, al modo en que el art. 152.4 LEC dispone que "en la cédula se hará constar claramente (...) el plazo dentro del cual deba realizarse la actuación a que se refiere el emplazamiento, con prevención de los efectos que, en cada caso, establezca la ley".

5. Al no haber procedido de esta forma, no podía comenzar a computarse el plazo de diez días para interponer la demanda desde aquella notificación 7 de noviembre de 2017, como ha hecho la sentencia de apelación ahora recurrida, que ha entendido cumplido ese plazo preclusivo antes de que se presentara la demanda de incidente concursal.

Consiguientemente, como antes de la presentación de la demanda no se había cumplido con la reseñada exigencia de que se notificara al acreedor que, ante el informe negativo de la administración concursal, tenía un plazo legal de diez días para formularla, la Audiencia debía haber entrado a examinar la pretensión del demandante, y al no hacerlo hay que entender infringidos los preceptos que se denuncian vulnerados en el motivo de casación. La consecuencia es la estimación del recurso de casación y la asunción de la instancia.

CUARTO. *Examen de procedencia de la modificación de la lista de acreedores*

1. El crédito de Caja Rural de Gijón frente a Frutas y Hortalizas Gayo, S.A., afianzado por Gayo y Bayón, S.L., es de 547.693,63 euros. Este crédito inicialmente reconocido como contingente en el concurso de Gayo y Bayón, S.L., una vez cumplida la contingencia, debe ahora ser reconocido por su cuantía y con la clasificación que le corresponda por su naturaleza.

Para garantizar el cumplimiento de esta obligación, Gayo y Bayón, S.L. hipotecó cuatro inmuebles. Razón por la cual, el acreedor (Caja Rural de Gijón), al solicitar la modificación de la lista definitiva de acreedores, pedía a la administración concursal que el crédito fuera clasificado como crédito con privilegio especial del art. 90.1.1º LC.

2. El informe de la administración concursal se opuso a esta pretensión por dos razones.

La primera, porque en los textos definitivos este crédito, además de ser reconocido como contingente, fue clasificado del siguiente modo: 494.830,86 euros, de principal, como crédito ordinario; y 52.862,77 euros, de intereses y comisiones, como subordinado del art. 92.3 LC.

Y la segunda "porque con respecto a este préstamo hipotecario, la concursada tiene la condición de hipotecante no deudor y según reiterada jurisprudencia la calificación que dichos créditos tienen es la de ORDINARIO, que fue la otorgada desde el principio, que la Caja Rural de Gijón ha sido concedora de la misma y nunca ha impugnado".

Estos dos motivos de oposición han sido reiterados por la administración concursal al contestar a la demanda de incidente concursal.

3. En cuanto al primer motivo de oposición, hemos de advertir que el hecho de que en la lista de acreedores apareciera junto con el reconocimiento del crédito como contingente, una clasificación del mismo (494.830,86 euros, de principal, como crédito ordinario, y 52.862,77 euros, de intereses y comisiones, como subordinado del art. 92.3 LC), no impide que una vez cumplida la contingencia, cuando se solicita la modificación de la lista de acreedores y son reconocidos esos créditos, se les pueda atribuir entonces la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza, tal y como prevé el párrafo segundo del art. 97.4 LC.

De hecho, la clasificación del crédito al tiempo de ser reconocido como contingente carece de relevancia práctica, siendo más tarde, cuando se modifica la lista de acreedores por desaparición de la contingencia, cuando sí tiene sentido su clasificación y es, propiamente, el momento de hacerlo. La discordancia generada por esta doble mención a la clasificación en el art. 87.3 LC, al reconocer el crédito como contingente, y el art. 97.3.4º LC, al modificar la lista de acreedores como consecuencia del cese de la contingencia, vino provocado por un defecto de técnica legislativa cuando se introdujo este último precepto, con la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

La mención del art. 87.3 LC proviene de la originaria redacción de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, en el que no se preveía expresamente la modificación de los textos definitivos de la lista de acreedores. Entonces tenía sentido que la lista de acreedores, al reconocer los créditos contingentes ya previera su calificación, para que una vez cesada la contingencia pasara a tenerse por reconocido por su cuantía y con la clasificación que se le había dado, sin que la ley estableciera trámite alguno.



Fue la Ley 38/2011, de 10 de octubre, la que modificó el art. 97 LC, para recoger los supuestos en que debía proceder la modificación de la lista definitiva de acreedores, entre los que se encontraba el cese de la contingencia, e introdujo el art. 97 bis, que regula el trámite para la modificación. En el caso de los créditos que dejan de ser contingentes, el art. 97.3.4º LC, en su párrafo segundo, expresamente prevé que al ser reconocidos "tendrán la clasificación que les corresponda con arreglo a su naturaleza". La ley estableció con claridad la necesidad de clasificar en este momento el crédito que dejaba de ser contingente, lo que para estos casos suponía dejar sin efecto la mención a la clasificación en el art. 87.3 LC.

4. En ese mismo sentido nos pronunciamos en la sentencia núm. 262/2020, de 8 de junio, en un supuesto que guarda cierta analogía con el presente:

"Es cierto que, con carácter general, como prescribe el art. 87.3 LC para los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos, los créditos contingentes son reconocidos como tales, sin cuantía propia, y con la clasificación que les corresponda. Pero un supuesto como el presente en que el crédito de un fiador de la concursada se ha reconocido inicialmente como crédito contingente, su clasificación no procede hasta que se llegue a ejecutar el afianzamiento y se subroge en la posición del acreedor principal. Es entonces cuando habrá que clasificarlo, de acuerdo con las reglas legales, entre las que destaca la del art. 87.6 LC, según la interpretación jurisprudencial. Es por ello que el primer incidente, tal y como ya advirtió la Audiencia al conocer del recurso de apelación, sólo tenía eficacia legal respecto del reconocimiento del crédito como contingente, de forma que la clasificación debía hacerse con posterioridad, al ejecutarse la garantía. Por esta razón no se ha infringido el art. 97.1 LC, sino que nos hallamos ante un supuesto previsto, por una parte, en el art. 97.3.4º LC y, por otra, en el art. 97.4.3º LC".

En el presente caso, se había reconocido el crédito como contingente porque la concursada era fiadora solidaria, al tiempo que también hipotecante. Una vez constatado la imposibilidad de pago del crédito por la deudora principal, que también estaba en concurso de acreedores, al concluir la liquidación y el propio concurso, cesaba la contingencia y el crédito debía ser reconocido por su cuantía, la que finalmente hubiera resultado adeudada e impagada. Y, conforme a lo prescrito en el párrafo segundo del art. 97.3.4º LC, es entonces cuando debía clasificarse el crédito conforme a su naturaleza. En la medida en que la fiadora concursada también había constituido hipoteca sobre cuatro fincas para garantizar el cumplimiento la obligación principal, al desaparecer la contingencia y reconocerse el crédito en el concurso de la fiadora, este crédito debe clasificarse como crédito con privilegio especial del art. 90.1.1º LC.

5. Respecto del segundo motivo de oposición, no existe propiamente jurisprudencia que haya declarado que el crédito garantizado con hipoteca en el concurso de hipotecante no deudor deba ser reconocido como crédito ordinario. Esta sala no se ha pronunciado en tal sentido.

En principio, en el concurso del hipotecante no deudor el crédito garantizado con la hipoteca no debe aparecer en la lista de acreedores, porque, propiamente, no es acreedor del hipotecante. Frente al hipotecante no deudor, el acreedor hipotecario no ostenta ningún crédito. Sin perjuicio de que en el inventario sí aparezca el bien con su carga, la hipoteca, que lógicamente debe ser tenida en cuenta a la hora de valorar el bien. Sí resultan de aplicación las normas contenidas en el art. 56 LC (en la actualidad, arts. 145 y ss. TRLC) sobre los efectos de la declaración de concurso sobre el ejercicio de las garantías reales que graven bienes del concursado. De tal forma que en un caso en que el concursado fuera hipotecante no deudor, no sería necesario que el crédito del acreedor hipotecario apareciera reconocido en la lista de acreedores, pues no es un crédito concursal, ni mucho menos tendría sentido clasificarlo como sostiene la administración concursal.

En el presente supuesto, el hipotecante, si bien no es deudor principal, es a su vez fiador del mismo crédito garantizado con las cuatro hipotecas constituidas sobre bienes suyos. Por esta condición de fiador, tenía sentido que el crédito fuera reconocido como crédito contingente, en espera de que se cumpliera la contingencia, para ser reconocido entonces por su cuantía y con la clasificación que por su naturaleza le corresponda en este momento.

6. Conforme a lo regulado en el art. 90.1.1º LC, el crédito de Caja Rural de Gijón ahora merece la clasificación de crédito con privilegio especial, respecto de lo que por principal, intereses y costas quede cubierto por la garantía hipotecaria.

Al respecto, es jurisprudencia de esta sala, contenida en la sentencia 112/2019, de 20 de febrero, y matizada por la posterior sentencia 227/2019, de 11 de abril, la siguiente:

"la garantía hipotecaria cubre tanto los intereses remuneratorios, como los moratorios, dentro el límite previsto en el art.114 LH. En el caso de los remuneratorios, son no sólo los devengados antes de la declaración de concurso, sino también los devengados después, en aplicación del art. 59 LC. Pero en el caso de los intereses



moratorios, tan sólo serán los anteriores a la declaración de concurso, pues la previsión del art. 59 LC debe entenderse referida sólo a los remuneratorios".

De este modo procede clasificar el crédito de Caja Rural de Gijón como crédito con privilegio especial en lo que quede cubierto con la garantía hipotecaria, de acuerdo con esta doctrina.

QUINTO. Costas

1. Desestimado el recurso extraordinario por infracción procesal, imponemos a la parte recurrente las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC), con pérdida del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 9.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

2. Estimado el recurso de casación, no hacemos expresa condena en costas, conforme al art. 398.2 LEC, con devolución del depósito constituido para recurrir, de conformidad con la Disposición Adicional 15.^a, apartado 8.^a, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

3. La estimación del recurso de casación conlleva la estimación del recurso de apelación, sin que por esta razón proceda hacer expresa imposición de costas (art. 398.2 LEC).

4. Y la estimación de la apelación ha supuesto la estimación íntegra de la pretensión del demandante, razón por la cual imponemos las costas a la parte demandada.

FALLO

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

1.º Desestimar el recurso de extraordinario interpuesto por Caja Rural de Gijón Cooperativa de Crédito contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.^a) de 8 de febrero de 2019 (rollo 1086/2018).

2.º Estimar el recurso de casación interpuesto por Caja Rural de Gijón Cooperativa de Crédito contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1.^a) de 8 de febrero de 2019 (rollo 1086/2018), en el siguiente sentido.

3.º Estimar el recurso de apelación interpuesto por Caja Rural de Gijón Cooperativa de Crédito contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón de 26 de marzo de 2018, que modificamos en el siguiente sentido.

4.º Estimar la demanda de incidente concursal formulada por Caja Rural de Gijón Cooperativa de Crédito y acordar la modificación de los textos definitivos en el sentido de reconocer el crédito de Caja Rural de Gijón Cooperativa de Crédito, por importe de 547.693,63 euros, y su clasificación como crédito con privilegio especial del art. 90.1.1º LC hasta donde quede cubierto por la garantía hipotecaria (crédito hipotecario núm. 3007-0100-18- 2038266066).

5.º Imponer a la demandante recurrente las costas generadas por el recurso extraordinario por infracción procesal, con pérdida del depósito constituido para recurrir.

6.º No hacer expresa condena en costas respecto de los recursos de casación y apelación, con devolución del depósito constituido para recurrir.

7.º E imponer las costas de primera instancia a la parte demandada.

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.