

## BASE DE DATOS DE Norma DEF.- TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 419/2019, de 15 de julio de 2019

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2039/2016

### SUMARIO:

#### **Derecho concursal. Crédito contra la masa por costas judiciales. Interpretación de las disposiciones transitorias de la Ley 38/2011 de reforma de la ley concursal.**

Con la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se reforma el art. 84.2.5º de la Ley Concursal, cuya variación consistió en el cambio de la limitación temporal para la consideración como créditos contra la masa de los descritos en el precepto. Mientras que en la redacción originaria el límite temporal era hasta que se acordara el cese de la actividad del concursado, se aprobara un convenio o se declarase la conclusión del concurso, en la redacción que entró en vigor el 1 de enero de 2012, dicho límite se situaba en el cese de la actividad o la conclusión del concurso. Es decir, se suprimió la mención a la aprobación de un convenio.

La Disposición Transitoria Cuarta, apartado 2, de la Ley 38/2011, estableció que la nueva redacción del art. 84.2 LC, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, se aplicaría a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal. El informe al que se refiere dicha disposición transitoria es el informe del art. 74 LC, y no el informe actualizado que se prevé en el art. 180 LC.

Dado que los créditos por costas nacen con la sentencia que las impone, los créditos controvertidos surgieron con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 38/2011 y, en concreto, tras la aprobación del convenio y antes de la apertura de la fase de liquidación, por lo que, para su conceptualización como créditos contra la masa, conforme a la Disposición Transitoria Cuarta, apartado 2, de la Ley 38/2011, era aplicable el límite temporal previsto en el art. 84.2.5º LC antes de la reforma operada por dicha Ley.

### PRECEPTOS:

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 56, 74, 84.2, 133.2, 136 y 137.1.

Ley 38/2011 (reforma de la Ley 22/2003 Concursal) disp. trans. cuarta 2.

### PONENTE:

*Don Pedro José Vela Torres.*

Magistrados:

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO

Don RAFAEL SARAZA JIMENA

Don PEDRO JOSE VELA TORRES

### TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 419/2019

Fecha de sentencia: 15/07/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2039/2016

Fallo/Acuerdo:



Fecha de Votación y Fallo: 03/07/2019

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE A CORUÑA SECCION N. 4

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2039/2016

Ponente: Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Angeles Bartolomé Pardo

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 419/2019

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 15 de julio de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por D. Sabino , representado por la procuradora D.<sup>a</sup> María de la Concepción Puyol Montero, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Caínzos Fernández y de D. Severino , contra la sentencia núm. 155/2016, de 27 de abril, dictada por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de A Coruña, en el recurso de apelación núm. 214/2016 , dimanante de las actuaciones del incidente concursal núm. 408/2008 0040 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de A Coruña. Ha sido parte recurrida la administración concursal de Martinsa-Fadesa S.A., representada por el procurador D. Eduardo José Manzanos Llorente y Martinsa-Fadesa S.A., representada su administración concursal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Pedro Jose Vela Torres.

### ANTECEDENTES DE HECHO

#### Primero.

Tramitación en primera instancia

1.- El procurador D. José Amenedo Martínez, en nombre y representación de D. Sabino, interpuso demanda de incidente concursal contra la Administración Concursal y Martinsa-Fadesa S.A., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que estimando la presente demanda incidental declare:



"i. Que procede corregir el Listado Actualizado de acreedores concursales confeccionado por la Administración Concursal, a fin de eliminar la referencia a que el actor, DON Sabino , es titular de un "crédito reconocido contingente en virtud del artículo 87.3 LC sin cuantía propia y con la calificación ordinario. Se corresponde con las costas pendientes de tasar" y que asimismo procede corregir el Listado Actualizado de créditos contra la masa confeccionado por la Administración Concursal, a fin de incluir en él un crédito a favor de DON Sabino , en concepto de costas procesales, por el importe que resulte de las tasaciones de costas a practicar en las tres instancias del procedimiento ordinario nº 152/2011 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, acordando asimismo el reconocimiento de dicho crédito como crédito contra la masa actual o de previsible generación, ordenando a la Administración Concursal que lleve a cabo las correcciones aquí interesadas.

"ii. O, en defecto de la estimación del apartado i) del presente suplico, declare que procede corregir el Listado Actualizado de acreedores concursales confeccionado por la Administración Concursal, a fin de eliminar la referencia a que el actor, DON Sabino , es titular de un "crédito reconocido contingente en virtud del artículo 87.3 LC sin cuantía propia y con la calificación ordinario. Se corresponde con las costas pendientes de tasar", ordenando a la Administración Concursal que lleve a cabo la corrección aquí interesada.

Todo ello, ya se estime el apartado i) o el apartado ii) del presente suplico, con expresa condena en costas a las partes que se opongán a esta demanda."

2.- La demanda fue presentada el 29 de octubre de 2015 en el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, y se registró con el núm. 408/2008/0040-DA. Una vez admitida a trámite, se emplazó a las partes demandadas.

3.- La Administración Concursal de Martinsa-Fadesa S.A., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"i. Dictar resolución por la que desestime íntegramente las pretensiones de la demandada.

ii. Ello sin perjuicio, de que para el caso de que con ocasión de la posterior tasación de costas y pérdida de la contingencia el crédito pase a clasificarse como crédito concursal ordinario.

Todo ello, sin necesidad de celebración de vista por tratarse de una cuestión meramente jurídica, con cuantos más pronunciamientos procedan en Derecho y con expresa imposición de las costas causadas."

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la magistrada-juez del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña dictó sentencia de fecha 28 de diciembre de 2015 , con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimo la demanda incidental promovida por Sabino, representado por el procurador Sr. Amenedo Martínez y defendido por el Letrado Sr. Cainzos Fernández, contra la concursada MARTINSA-FADESA S.A. y la administración concursal, representada por el procurador Sr. Sánchez García.

No se hace especial imposición de las costas de este incidente a ninguna de las partes".

## Segundo.

Tramitación en segunda instancia

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de D. Sabino.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de A Coruña, que lo tramitó con el número de rollo 214/2016 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia en fecha 27 de abril de 2016 , cuya parte dispositiva dispone:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto debemos confirmar y confirmamos la sentencia recurrida dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 1 de A Coruña, y sin hacer especial imposición sobre las costas de esta alzada".

## Tercero.

Interposición y tramitación del recurso de casación

1.- El procurador D. José Amenedo Martínez, en representación de D. Sabino, interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- La sentencia recurrida, al interpretar de forma errónea el régimen transitorio que se deriva de la reforma de la Ley Concursal por Ley 38/2011, ha aplicado indebidamente al caso que nos ocupa la redacción del artículo 84.2.5º de la Ley Concursal anterior a la citada reforma, en vez de aplicar el texto vigente en el momento en que nace el crédito por costas.

"Segundo.- La sentencia recurrida, al interpretar de forma errónea el régimen transitorio que se deriva de la reforma de la Ley Concursal por Ley 38/2011, ha aplicado indebidamente al caso que nos ocupa la redacción del artículo 84.2.10º de la Ley Concursal anterior a la citada reforma, en vez de aplicar el texto vigente en el momento en que nace el crédito por costas.

"Tercero.- La sentencia recurrida adopta una tesis jurisprudencial errónea y controvertida al determinar el momento en que surge el crédito a favor de mi mandante por la condena en costas en las tres instancias".

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 la Sala y personadas las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 23 de enero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de D. Sabino contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección Cuarta) de fecha 27 de abril de 2016, en el rollo de apelación núm. 214/2016, dimanante de los autos de incidente concursal núm. 480/2008 (sic), del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de A Coruña".

3.- Se dio traslado a las partes recurridas para que formalizaran su oposición, lo que hicieron mediante la presentación de los correspondientes escritos.

4.- Por providencia de 14 de junio de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 3 de julio de 2019, en que ha tenido lugar.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

### Primero.

Resumen de antecedentes

1.- La compañía mercantil Martinsa-Fadesa S.A. fue declarada en concurso de acreedores el 28 de julio de 2008.

2.- El 11 de marzo de 2011, se aprobó el convenio.

3.- El 14 de marzo de 2011, la concursada promovió demanda contra D. Sabino y D. Juan Francisco, en su cualidad de anteriores administradores de la sociedad concursada, en la que ejerció las acciones social e individual de responsabilidad, en reclamación de la suma de 1.576.219.621 €.

La demanda fue desestimada por sentencia de 22 de febrero de 2012, con imposición de costas a la demandante.

4.- El recurso de apelación interpuesto por la concursada fue desestimado por sentencia de 28 de diciembre de 2012, con imposición de costas a la entidad apelante.

5.- Contra la sentencia de la Audiencia Provincial se interpuso recurso de casación, que fue desestimado por la sentencia 40/2015, de 4 de febrero, de esta Sala 1ª del Tribunal Supremo, igualmente con imposición de costas a la entidad recurrente, Martinsa-Fadesa. Contra esta última sentencia se formuló aclaración, que fue denegada por auto de 5 de marzo de 2015.

6.- Por auto de 6 de marzo de 2015 se decretó la apertura de la fase de liquidación del concurso de Martinsa-Fadesa.

7.- En la lista actualizada de acreedores elaborada por la administración concursal como consecuencia de la apertura de la fase de liquidación, el crédito por costas de los mencionados procedimientos judiciales fue clasificado como ordinario contingente.

8.- El Sr. Sabino formuló demanda de incidente concursal, en la que impugnó dicha clasificación y solicitó que se clasificara el crédito por costas, resultante de las tasaciones a practicar en el juzgado, la audiencia provincial y el tribunal supremo, como crédito contra la masa del art. 84.2.5º y 10º de la Ley Concursal (en adelante, LC).

9.- El juzgado desestimó la demanda.



10.- Recurrida la sentencia de primera instancia por la administración concursal, la Audiencia Provincial desestimó el recurso de apelación, por considerar, resumidamente, que el crédito por costas nace con la resolución judicial que las impone.

### Segundo.

Planteamiento de los dos primeros motivos de casación. Identidad argumental. Resolución conjunta

1.- El primer motivo de casación denuncia la infracción del art. 84.2.5º LC, en relación con la Disposición Transitoria Cuarta de la Ley 38/2011, de reforma de la Ley Concursal.

En el desarrollo del motivo se argumenta, resumidamente, que la indicada Disposición Transitoria Cuarta no es aplicable al presente caso, puesto que no regula el régimen de clasificación de los créditos en los concursos en los que se hubiera acordado la apertura de la fase de liquidación tras la aprobación de un convenio. Ante lo cual, debe entenderse que, a créditos nacidos tras la vigencia del nuevo art. 84.2.5º LC, debe aplicársele el precepto reformado y no su anterior versión.

En consideración al criterio de la Audiencia Provincial de que los créditos por costas nacen con la resolución judicial que las impone, en los tres casos habrían surgido con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 38/2011, que tuvo lugar el 1 de enero de 2012, puesto que las respectivas sentencias son de fechas 22 de febrero de 2012, 28 de diciembre de 2012 y 4 de febrero de 2015.

2.- El segundo motivo de casación denuncia la infracción del art. 84.2.10º LC, en relación con el régimen transitorio de la Ley 38/2011.

En su desarrollo, la parte recurrente se remite íntegramente a los razonamientos formulados en su primer motivo de casación.

3.- Dada la conexidad argumental existente entre ambos motivos y la vinculación que entre ambos hace la propia parte recurrente, serán resueltos conjuntamente.

### Tercero.

Régimen transitorio de la Ley 38/2011, en relación con el art.84.2, apartados 5º y 10º, LC

1.- Con carácter previo, hemos de advertir que, al tratarse los créditos cuya clasificación como créditos contra la masa o concursales es objeto del procedimiento, de créditos por costas judiciales, su incardinación en el art. 84.2 LC no se encuentra ni en el apartado 5º (créditos generados por la continuación de la actividad empresarial o profesional del concursado) ni el 10º (obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado). Sino que deberían encontrar acomodo, en su caso, en el apartado 3º del mismo precepto ("Los de costas"), salvo que se tratara de las costas devengadas por la declaración de concurso, en cuyo caso sería en el apartado 2º (sentencia 33/2013, de 11 de febrero).

No obstante, como el recurso de casación se sustenta únicamente en la infracción de los apartados 5º y 10º del art. 84.2 LC, y no estamos juzgando en la instancia, a ellos ceñiremos nuestro análisis.

2.- En la redacción originaria, anterior a la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley Concursal, el art. 84.2.5º LC decía que tenían la consideración de créditos contra la masa:

"5.º Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones debidas en caso de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, apruebe un convenio o, en otro caso, declare la conclusión del concurso".

Tras la reforma efectuada por la Ley 38/2011, pasó a decir:

"5.º Los generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración del concurso, incluyendo los créditos laborales, comprendidas en ellos las indemnizaciones de despido o extinción de los contratos de trabajo, así como los recargos sobre las prestaciones por incumplimiento de las obligaciones en materia de salud laboral, hasta que el juez acuerde el cese de la actividad profesional o empresarial, o declare la conclusión del concurso".

La variación consistió en el cambio de la limitación temporal para la consideración como créditos contra la masa de los descritos en el precepto. Mientras que en la redacción originaria el límite temporal era hasta que se acordara el cese de la actividad del concursado, se aprobara un convenio o se declarase la conclusión del



concurso, en la redacción que entró en vigor el 1 de enero de 2012, dicho límite se situaba en el cese de la actividad o la conclusión del concurso. Es decir, se suprimió la mención a la aprobación de un convenio.

3.- A su vez, el apartado 10º del art. 84.2 LC decía en su redacción original:

"10.º Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la eficacia del convenio o, en su caso, hasta la conclusión del concurso".

Y tras la nueva redacción dada por la Ley 38/2011, dice:

"10.º Los que resulten de obligaciones nacidas de la ley o de responsabilidad extracontractual del concursado con posterioridad a la declaración de concurso y hasta la conclusión del mismo".

En este caso, la modificación legal consistió también en la supresión de la mención al convenio.

4.- En la sentencia 720/2012, de 4 de diciembre, ya declaramos, respecto de la redacción anterior a la Ley 38/2011, que la consideración de tales créditos posteriores a la aprobación del convenio como créditos concursales y no contra la masa resultaba lógica, a la vista de los efectos del convenio. Conforme al art. 133.2 LC, la aprobación del convenio conlleva el cese de todos los efectos de la declaración de concurso y su sustitución por lo que, en su caso, se establezca en el propio convenio ( art. 137.1 LC ). Las acciones ejecutivas en contra del deudor del art. 56 LC recobran su fuerza y, según el art. 136 LC, los créditos afectados por el convenio quedan novados hasta que se cumpla. Y concluimos:

"En consecuencia, el crédito generado durante el periodo de cumplimiento del convenio no nace en un contexto propiamente concursal, sino estrictamente negocial. Por esta razón, el art. 84.2.5º LC, en su originaria redacción, lo excluía de la consideración de crédito contra la masa, lo que determinaba su tratamiento como crédito concursal, en caso de resolución del convenio y apertura de la liquidación".

5.- En lo que ahora importa, la Disposición Transitoria Cuarta, apartado 2, de la Ley 38/2011, estableció que la nueva redacción del art. 84.2 LC, a los efectos de la clasificación de los créditos afectados, se aplicaría a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal.

En la sentencia 342/2014, de 24 de junio, aclaramos que, a efectos del art. 84.2.5º LC, el informe al que se refiere dicha disposición transitoria es el informe del art. 74 LC, y no el informe actualizado que se prevé en el art. 180 LC.

A diferencia del caso en que se dictó la citada sentencia, en el que se había reabierto un concurso previamente concluido y había que actualizar la lista de acreedores, en este caso lo sucedido es que se incumplió el convenio y hubo que reformular la lista para proceder a la liquidación. Trámite no previsto expresamente en la LC, pero que resulta necesario en función de los posibles cumplimientos parciales del convenio que pudieran haber tenido lugar y que deben coordinarse con las operaciones de liquidación, como ordena el art. 162 LC. Por lo que su procedencia y efectos son perfectamente equiparables a los del art. 180 LC.

6.- Dado que los créditos por costas nacen con la sentencia que las impone (sentencias 418/2017, de 30 de junio, y 292/2018, de 22 de mayo), los tres créditos controvertidos surgieron con posterioridad a la entrada en vigor de la Ley 38/2011 y, en concreto, tras la aprobación del convenio y antes de la apertura de la fase de liquidación.

Por lo que, para su conceptualización como créditos contra la masa, conforme a la Disposición Transitoria Cuarta, apartado 2, de la Ley 38/2011, era aplicable el límite temporal previsto en el art. 84.2.5º LC antes de la reforma operada por dicha Ley, como acertadamente se ha resuelto en ambas instancias. Y lo mismo cabe decir respecto del apartado 10º de ese precepto.

7.- En consecuencia, los dos primeros motivos de casación deben ser desestimados.

#### **Cuarto.**

Tercer motivo de casación. Inadmisibilidad

1.- El tercer motivo de casación, sin cita de norma infringida, se funda en que la sentencia recurrida adopta una tesis jurisprudencial errónea y controvertida, al determinar cuándo surge el crédito a favor del demandante por la condena en costas en ambas instancias y en casación; y sobre la que no existe un criterio homogéneo en las Audiencias Provinciales.



2.- Según hemos declarado, por ejemplo, en sentencias 108/2017, de 17 de febrero o 91/2018, de 19 de febrero, el recurso de casación, conforme al art 477 LEC , ha de basarse en una concreta infracción de una determinada norma jurídica aplicable en la resolución de las cuestiones objeto de infracción. Y como ha venido insistiendo esta sala, es esencial identificar esa norma jurídica infringida al exponer el motivo de casación. Como afirmamos en la sentencia 399/2017, de 27 de junio:

"Constituye una exigencia mínima de la formulación de los motivos de casación, como hemos recordado recientemente en el acuerdo sobre los criterios de admisión de los recursos de casación, que se identifique con claridad la norma infringida. No hacerlo así, además de que impide pueda cumplirse la finalidad del recurso, confunde la casación con una nueva revisión del caso como si de una tercera instancia se tratara".

Ello responde a que no es posible transformar la casación en una tercera instancia, a fin de que sea la Sala la que, supliendo la actividad que la norma atribuye a la parte, investigue si el agravio denunciado deriva de una infracción sustantiva, identifique la norma vulnerada y construya la argumentación del recurso a fin de precisar en qué y por qué resulta infringido el derecho aplicable a la decisión del caso.

3.- La causa de inadmisión se convierte, en este momento procesal, en causa de desestimación de este motivo de casación. No obsta que en su día fuera admitido a trámite, dado el carácter provisorio de la admisión acordada inicialmente, por hallarse sujeta a un examen definitivo en la sentencia (sentencias 97/2011, de 18 de febrero , 548/2012, de 20 de septiembre , 564/2013, de 1 de octubre , y 146/2017, de 1 de marzo ).

## Quinto.

### Costas y depósitos

1.- La desestimación del recurso de casación conlleva que las costas causadas por él deban imponerse a la parte recurrente, según determina el art. 398.1 LEC.

2.- Igualmente, debe ordenarse la pérdida del depósito constituido para su formulación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, LOPJ?

## 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 casación interpuesto por D. Sabino contra la sentencia núm. 155/2016, de 27 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4ª, en el recurso de apelación núm. 214/2016 .

2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas causadas por dicho recurso y ordenar la pérdida del depósito constituido para su formulación.

Líbrese al mencionado tribunal la certificación correspondiente, con devolución de los autos y del rollo de Sala.

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

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.