



Roj: **SAP M 12198/2017 - ECLI:ES:APM:2017:12198**

Id Cendoj: **28079370282017100361**

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Madrid**

Sección: **28**

Fecha: **22/09/2017**

Nº de Recurso: **625/2015**

Nº de Resolución: **410/2017**

Procedimiento: **Recurso de Apelación**

Ponente: **FRANCISCO DE BORJA VILLENA CORTES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Audiencia Provincial Civil de Madrid

Sección Vigésimoctava

C/ Gral. Martínez Campos, 27 , Planta 1 - 28010

Tfno.: 914931988

37007740

N.I.G.: 28.079.00.2-2015/0248193

Rollo de apelación nº 625/2015

- **Materia** : Derecho concursal, impugnación del informe, inventario, derecho de separación, clasificación de crédito.

- **Órgano judicial de origen** : Juzgado de lo Mercantil nº 10 de Madrid

- **Autos de origen** : Pieza incidente concursal 670/13

- **Parte Apelante** : UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA

Procuradora: D. Lucía Agullá Lanza

Letrado: D. Sergio Sánchez Gimeno

- **Parte Apelada** : ADMINISTRACIÓN CONCURSAL COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT, SA

- **Parte Impugnante** : GRUPOTEC SERVICIOS DE INGENIERÍA, SL

Procuradora: D^a Isabel Campillo García

Letrado: D. Robyn Gutiérrez Cheesman

SENTENCIA nº 410/2017

Ilmos Srs. Magistrados :

D. Enrique García García

D. José Manuel de Vicente Bobadilla

D. Francisco de Borja Villena Cortés (ponente)

En Madrid, a 22 de septiembre de 2017.

En nombre de S.M. el Rey, la Sección Vigésimo Octava de la Audiencia Provincial de Madrid, especializada en materia mercantil, integrada por los ilustrísimos señores magistrados arriba indicados, ha visto en grado de apelación, bajo el número de rollo 625/2015, los autos 670/2013, provenientes del Juzgado de lo Mercantil número 10 de Madrid.



Las partes han actuado representadas y con la asistencia de los profesionales identificados en el encabezamiento de la presente resolución.

ANTECEDENTES DE HECHO

(1).- La parte dispositiva de la Sentencia apelada es del siguiente tenor: "FALLO:

Se desestima la demanda presentada a instancias del Procurador D. Antonio García Martínez actuando en nombre y representación de la Asociación de Comerciantes del Mercado de Canillas contra la Administración Concursal del Concurso 515/2013 y se estima en parte la petición subsidiaria de su escrito de ampliación de demanda en el sentido de mantener la cuantía y calificación del crédito de la actora en los términos reconocidos en el informe provisional de la AC.

No se hace especial pronunciamiento sobre costas, por lo expuesto en los razonamientos jurídicos.

(2).- Con fecha 21 de abril de 2014 se dictó auto de rectificación cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente :

" Acuerdo: Aclarar la sentencia dictada por este Juzgado con fecha 7 de abril de 2014 en el presente procedimiento en el sentido de que en el fallo de la misma donde dice: "Se desestima la demanda presentada a instancias del Procurador D. Antonio García Martínez actuando en nombre y representación de la Asociación de Comerciantes del Mercado de Canillas contra la Administración Concursal del Concurso 515/2013", debe de decir: Se desestima la demanda presentada a instancias de la Procuradora D^a Lucía Agullá lanza, actuando en nombre y representación de la Universidad Politécnica de Valencia contra la Administración Concursal del Concurso 337/2013".

(3).- Contra la anterior Sentencia interpuso recurso de apelación la parte demandante y, evacuado el traslado correspondiente, se presentó escrito de oposición, elevándose los autos a esta Audiencia Provincial, en donde fueron turnados a la presente Sección y, seguidos los trámites legales, se señaló para la correspondiente deliberación, votación y fallo el día 21 de septiembre de 2017.

Ha intervenido como Ponente el Ilmo. Sr. Magistrado D. Francisco de Borja Villena Cortés

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Contexto de la controversia en primera instancia.

(1).- *Pretensión inicial de la parte actora* . Por parte la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, en su condición de acreedor, se interpuso demanda de Incidente concursal para la impugnación del Informe de la Administración Concursal del concurso del deudor COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA. En tal demanda se deducían, sucintamente expuestas, las siguientes pretensiones:

(i).- Se condene a la Administración Concursal a entregar a la actora la suma de 62.789€, conforme a la ayuda de su titularidad, incorrectamente incluida en la masa activa.

(ii).- Se ordene la modificación del Inventario, para reducir del mismo dicha suma.

(iii).-Se acuerde la modificación de la Lista de Acreedores, para excluir el derecho de crédito de la actora, por este concepto.

(iv).- Subsidiariamente, se reconozca el crédito concursal como privilegiado general en la mitad de su cuantía.

(v).- Todo ello, con imposición de costas a la parte contraria.

(2).- (Alegación fáctica) Dichas peticiones deducidas se fundamentan, en resumen, en la siguiente argumentación:

(i).- Se constituyó por la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA y por COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA, junto con otras entidades, un consorcio para determinado proyecto, el cual contó con la subvención y ayuda del Ministerio de Ciencia e Innovación.

(ii).- Era representante y gestora del proyecto COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA, por lo que recibía las sumas de subvención que luego debía repartir entre las demás integrantes del consorcio.

(iii).- Una vez cobrada la subvención con destino a la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, la ahora concursada no llegó a repartir dicha cantidad.



(3).- *Oposición de la ADMINISTRACIÓN CONCURSAL* . En el litigio del que trae causa el presente recurso de apelación, la Administración Concursal, en su contestación a la demanda, instó la plena desestimación de la demanda, para lo que, en resumen sucinto, alegó que:

(i).- Imposibilidad de dar lugar a la separación del dinero, debido a su carácter fungible y a su confusión con el numerario del propio deudor.

(ii).- Falta de individualización adecuada en la contabilidad y en el inventario de la suma recibida por dicho concepto.

(iii).- Incorrecta clasificación del crédito, al no pertenecer a entidad pública habilitada para ello.

(4).- *Sentencia recurrida* . Por el Juzgado Mercantil Nº 10 de Madrid se dictó Sentencia en fecha de 7 de abril de 2014 , con el contenido del Fallo siguiente:

(i).- Se desestima íntegramente la demanda de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA.

(ii).- No se imponen las costas a ninguna de las partes.

(5).- (Fundamento) Para ello, la Sentencia se basa esencialmente en las siguientes conclusiones:

(i).- Por la parte actora no se ha probado que en el Inventario conste de modo separado la suma percibida por la subvención.

(ii).- No existe registro contable separado del destino del dinero, por lo que al ser un bien fungible, es imposible su separación de la masa.

(iii).- No es posible reconocer el privilegio general pedido, ya que ello está reservado sólo para los créditos de la Hacienda Pública y de la Seguridad Social.

Objeto del recurso de apelación .

(6).- *Apelación* . Por parte de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA se interpone recurso frente a dicha Sentencia del Juzgado Mercantil Nº 10 de Madrid, en el que insta la revocación de la misma y la estimación de los pedimentos de su demanda.

Para ello, el recurso de apelación se sustenta, resumidos a los meros efectos de enmarcar el debate, ya que más adelante se desarrollarán por separado, en los motivos siguientes:

(i).- Error en la valoración de los hechos, ya que la suma sí resulta identificable, al tener que contar con un registro separado.

(ii).- Error en la aplicación del Derecho, ya que la subvención tiene un carácter finalista, lo que con incongruencia, no ha sido tenido en cuenta.

(iii).- Error en la aplicación del Derecho, respecto de la distribución de la carga de la prueba.

(iv).- Error en la aplicación del Derecho, por infracción del art. 91.4 LC , sobre los requisitos del privilegio general.

(7).- *Oposición al recurso* . Por la Administración Concursal del concurso del COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA se presentó escrito de oposición a la apelación, en el que instó la confirmación de la resolución recurrida. Para ello, esa parte se reiteró sustancialmente en lo expuesto en su contestación a la demanda.

Previo: ordenación de los motivos de apelación .

(8).- En el escrito de apelación de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA se aducen, como se ha indicado antes, por un lado los motivos de recurso que hacen referencia a su pretensión de separación de la masa activa, y por otro, a la subsidiaria petición de reclasificación del crédito concursal.

Dentro de los motivos que atañen a la primera pretensión, en el escrito de recurso se formulan mezcladamente tanto motivos materiales como procesales, éste referido a la falta de congruencia de la Sentencia apelada, que la apelación engloba dentro de otro motivo de naturaleza sustantiva.

(9).- No obstante, es preciso el examen separado y previo de la alegación de falta de congruencia de la resolución apelada, ya que ello, de apreciarse, daría ya lugar a un acogimiento parcial del recurso, a los efectos de determinar la no imposición de condena en costas de segunda instancia, aun cuando al pasar al estudio de la cuestión de fondo omitida en la resolución recurrida, la misma no fuera finalmente estimada conforme a lo propuesto por la parte. El examen de la falta de congruencia, que puede concurrir, y la aceptación de las pretensiones o valoraciones que fueron omitidas, son extremos diferentes.

Motivo primero: falta de congruencia de la Sentencia .



(10).- *Formulación del motivo* . Indica el recurso de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA que cuando la Sentencia analiza si procede o no el derecho de separación de la masa activa de la suma de 62.789€, a favor de aquella, proveniente de una subvención comunitaria para un proyecto en el que participaba junto con COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA, omite valorar alegaciones y argumentos relevantes dados en la demanda, como el carácter finalista de la subvención, con la imposibilidad de que COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA pueda patrimonializar dicha cantidad. Tal omisión, señala, constituiría una falta de congruencia de la Sentencia apelada.

(11).- *Tratamiento jurídico de la incongruencia procesal* . Conforme a reiterada jurisprudencia el deber de congruencia consiste en la exigencia derivada de la necesaria conformidad que ha de existir entre la sentencia y las pretensiones que constituyen el objeto del proceso, y existe allí donde la relación entre estos dos términos, fallo y pretensiones procesales, no está sustancialmente alterada, entendiéndose por pretensiones procesales las deducidas en los suplicios de los escritos rectores del proceso y no en los razonamientos o argumentaciones que se hagan en los mismos; pero sin que se exija tampoco, desde otro punto de vista, que la mencionada relación responda a una conformidad literal y rígida sino más bien racional y flexible (*sentencias de 15 de diciembre de 1995 , 4 de mayo de 1998 , 31 de mayo de 1999 , 31 de octubre de 2001 y 1 de marzo de 2.007* , entre otras muchas). De este modo, para determinar la incongruencia se ha de acudir necesariamente al examen comparativo de lo postulado en el suplico de la demanda y los términos en que se expresa el fallo combatido (*sentencias de 22 de abril de 1988 , 14 de noviembre de 1990 y 25 de enero de 1994*), estando autorizado el órgano jurisdiccional para hacer un ajuste razonable y sustancial con los pedimentos de los que litigan, siempre que se respete la causa de pedir, que no puede alterarse, ni cabe la sustitución de unas cuestiones por otras (*sentencias de 23 de diciembre de 1993 y 5 de mayo de 1998*), pero sin que su exigencia alcance a los razonamientos alegados por las partes o por el Tribunal (*sentencias de 20 de junio de 1986 , 19 de marzo de 1990 , 25 de septiembre de 2006 y 1 de marzo de 2007*).

Con mayor precisión aún, la STS de 30 de marzo de 2010 indica que: " *El deber de congruencia se resume en la necesaria correlación que ha de existir entre fallo y las pretensiones de las partes, teniendo en cuenta el petitum (petición) y la causa petendi (causa de pedir), es decir, el conjunto de hechos esenciales para el logro de la consecuencia jurídica pretendida por la parte actora, tal como aparecen formulados en la demanda (SSTS de 7 de noviembre de 2007 y 14 de mayo de 2008 , y no resulta vulnerado si se utilizan con carácter complementario o auxiliar argumentaciones sobre cuestiones no planteadas por las partes (SSTS de 24 de julio de 2007 , 13 de diciembre de 2007 , 6 de mayo de 2008 , 13 de febrero de 2007 , STS 23 de julio de 2007 , 18 de junio de 2008), (...) La máxima iura novit curia (el tribunal conoce el Derecho) permite al tribunal fundar su decisión en preceptos jurídicos distintos de los invocados cuando no se alteren sustancialmente los hechos que fundamentan la pretensión (SSTS de 6 de marzo de 2007 , 18 de junio de 2007 , 8 de noviembre de 2007 , 5 de diciembre de 2007 , 22 de enero de 2008) y solo puede entenderse vulnerado el principio iuxta allegata et probata (según lo alegado y probado) y excedido el principio iura novit curia (el tribunal conoce el Derecho) cuando se estima la demanda apoyándose en fundamentos -siempre que sean determinantes del fallo- diversos de los alegados (STS de 29/05/2006) "*.

(12).- *Incongruencia omisiva: efecto de su apreciación* . La doctrina procesalista distingue tres posibles tipos de incongruencia procesal de la resolución definitiva del litigio. La primera es la de nominada incongruencia *ultra petitum* , o por exceso, donde la resolución estimatoria de las pretensiones excede en su contenido el alcance de las peticiones de las partes. La segunda es denominada incongruencia *extra petitum* , supuesto en el que la resolución concede o se pronuncia sobre extremos distintos de aquellos que han sido incluidos por las partes en el objeto del proceso. Y la tercera, es la llamada incongruencia *infra o citra petitum* , u omisiva, casos donde la resolución definitiva deja de pronunciarse sobre extremos que constituyeron el objeto del proceso, a tenor del debate de las partes, dejándolos imprejuizados.

La apreciación de tal defecto en vía de apelación conlleva que el tribunal *ad quem* realice un examen de su concurrencia y corrija, si es el caso, la resolución de la primera instancia, para acomodarla a la verdadera extensión del objeto procesal. Ello ya conllevará, en tal aspecto, la estimación parcial del recurso de apelación, a efectos de costas procesales de la segunda instancia, aun cuando al tratarse de una incongruencia omisiva, pudiera no concederse la razón al recurrente al resolver de fondo sobre la cuestión omitida en la primera instancia.

(13).- Por parte de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA no se pidió en la primera instancia complemento de la Sentencia ahora apelada respecto a la concreta cuestión que afectaría a la omisión alegada.

Como ya ha señalado esta Sala, entre otras, en la SAP de Madrid, sec. 28ª (Mercantil) nº 301/2015, de 30 de octubre, FJ 3º, respecto de esta cuestión de la incongruencia omisiva, el Tribunal Supremo en su sentencia de 28 de junio de 2010 indica que: " *El artículo 215.2 LEC otorga a las partes una vía para instar la subsanación de*



la incongruencia de la sentencia, por omisión de pronunciamiento, ante el mismo juez o tribunal que la dictó. Su utilización es requisito para denunciar la incongruencia de la sentencia en los recursos de apelación, conforme al artículo 459 LEC, y extraordinario por infracción procesal, conforme al artículo 469.2 LEC, de forma que la falta de ejercicio de la petición de complemento impide a las partes plantear en el recurso devolutivo la incongruencia omisiva (SSTS de 12 de noviembre de 2008 RC n.º 113/2003 y 16 de diciembre de 2008, RC n.º 2635/2003)."

Es decir, al denunciar la parte apelante en esta segunda instancia una completa omisión del examen de determinada alegación, sostén fundamental de un pronunciamiento, que afectaba a una acción oportunamente deducida, sin haber intentado antes, en la primera instancia, la preceptiva corrección de tal omisión, y pretender ahora su planteamiento directo ante el tribunal de apelación, realmente lo que la parte persigue es un enjuiciamiento *ex novo* de la cuestión, *per saltum* de aquella instancia, respecto de lo que debió tratarse y resolverse en primera instancia. Ello no solo vacía de contenido el sentido integrador pleno del objeto procesal en la primera instancia, con todos los caracteres de tal momento procesal para alegar y probar, sino que priva a la segunda instancia de su esencial finalidad revisora respecto de lo resuelto en la instancia primera.

Motivo segundo: derecho de separación de la masa y falta de contabilidad que distinga el origen de la subvención .

(14).- Planteamiento del motivo . Señala el recurso de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA que la pretensión de separación de la masa activa deriva de la constitución por aquella y por COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA de una agrupación sin personalidad jurídica, entre otras entidades, con el fin de llevar a cabo determinado proyecto financiado a través de subvenciones por la UE. Se señala que en el acuerdo de colaboración por el que se integraron en tal agrupación, se designaba a COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA como representante ante las Administraciones Públicas y gestora del proyecto, por lo que recibiría las subvenciones y luego procedería a su distribución entre las demás entidades integrantes de aquella agrupación. Lo reclamado por la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA procede precisamente de la subvención percibida por COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA y no distribuida luego.

Para sostener el derechos de separación de dicha suma, la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA indica que (i).- dicho dinero no puede ser calificado como bien fungible; (ii).- ya que la normativa específica que regula la concesión de subvenciones, tanto en el ámbito comunitario como nacional, exige que el perceptor disponga de una contabilidad separada respecto de la misma, no confundible con su propia contabilidad; (iii).- de modo que no puede quedar confundido el dinero proveniente de la subvención con el del patrimonio propio del perceptor; y (iv).- el hecho de que COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA no hubiera llevado de modo real la contabilidad separada que le era exigible, no puede perjudicar los derechos de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, verdadera beneficiar de tales subvenciones.

(15).- Tratamiento del derecho de separación . Este derecho, prevenido en el art. 80 LC, permite retirar de la masa, no con la finalidad de pagar, sino extraer de la misma y entregar aquellos bienes que realmente no pertenecen dominicalmente al deudor concursado, o sobre los cuales no tenga un derecho personal de uso, retención o garantía. No es pues una forma de pago a acreedores, incluso en supuestos en que estos tuvieran un derecho de predetracción de bienes de la masa para hacerse pago con ellos, arts. 154 y 155 LC, sino que se trata de una mera depuración de la máxima extensión debida de la masa activa del concurso, que no debe contener bienes de ajena pertenencia.

(16).- Si formalmente, el Inventario de la masa activa contuviera bienes ajenos, en los términos antes expuestos, debería procederse a su expurgo, con la restitución del bien a su titular verdadero, sin perjuicio de la modificación de tal Inventario como consecuencia de dicha depuración de dominio.

(17).- En los supuestos en los que se pretenda ejercitar el derecho de separación sobre una cantidad de dinero, ya señalamos en las SsAP de Madrid, sec. 28ª (Mercantil) nº 244/2015, de 18 de septiembre, FJ 2º, y nº 83/2016, de 4 de marzo, FJ (14), que

" Esta Sala tiene establecido, entre otras, en sentencia de 2 de noviembre de 2012, que la aplicación del artículo 80 de la Ley Concursal requiere la determinación e identidad del bien de propiedad ajena cuya separación se pretende, como exigencia propia de la naturaleza de dicha pretensión, por lo que quedarían excluidos de la misma los bienes fungibles. Las cosas fungibles se caracterizan o son apreciadas por sus cualidades genéricas y su cantidad y son sustituibles unas por otras sin quebranto de su utilización para satisfacer necesidades humanas, siendo paradigmático ejemplo de ellas una suma de dinero. En cambio, las no fungibles son individualidades concretas, que se señalan por su nombre o datos precisos que las individualizan de modo inconfundible, por lo que no resulta indiferente para que alcancen su finalidad económica el sustituirlas por otras del mismo género. No cabría, por lo tanto, pretender la separación de la masa activa del concurso de una cantidad de dinero, en tanto que se trata, por regla general (y salvo concretas excepciones que aquí no se dan, como lo podrían ser, por ejemplo, el dinero depositado en una caja fuerte o el ingreso en una cuenta separada en la que no hubiera mediado



disposición alguna) de un bien fungible indiferenciado del resto de lo de la misma especie que pueda poseer el concursado (así lo señalamos ya en el asunto FORUM FILATÉLICO, mediante sentencia de esta sección 28ª de la AP de Madrid de fecha 12 de marzo de 2010). El tratamiento que correspondería conforme a la Ley Concursal a la restitución de cosas fungibles habría de ser, por lo tanto, el reconocimiento de un derecho de crédito en la masa pasiva del concurso. No procede por ello estimar la pretendida titularidad de la parte apelante sobre una determinada suma de dinero ni el derecho de separación ejercitado en virtud de un alegato de esa índole... La misma conclusión alcanzó, al examinar este mismo problema, la sentencia de la Sección 15ª (mercantil) de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de noviembre de 2011".

(18).- Es decir, como regla general, si lo que no hace susceptible al dinero como objeto del ejercicio del derecho de separación es su carácter fungible, sólo podrá prosperar tal pretensión de separación cuando dicho dinero haya perdido en la práctica tal carácter de fungibilidad, según las concretas circunstancias del caso.

(19).- *Valoración del tribunal (I): falta de llevanza de contabilidad separada*. Con independencia de cuál fuera el alcance de la exigencia normativa sobre el preceptor de la subvención de llevar un sistema de contabilidad separada de la misma, sobre la consideración del dinero recibido como bien fungible, lo cierto y verdadero es que en el caso de COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA no se llevaba dicha contabilidad separada, hecho este que resulte incontrovertido para todas las partes.

Esta circunstancia determina que no pueda afirmarse que existiese un control contable que permita, según la tesis de la parte recurrente, identificar indubitadamente el concreto dinero percibido por COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA proveniente de la subvención, de forma que dicho dinero quedó, de facto, confundido con la tesorería y numerario propio de tal preceptor. Precisamente, dicha confusión de numerario proviene de la naturaleza propia del mismo con bien fungible.

Por tanto, con independencia de la valoración jurídica que pudiera merecer la tesis de la recurrente sobre la separabilidad del dinero recibido por una subvención pública, con base en la imposición del deber legal de llevar una contabilidad separada para su gestión, lo cierto es que en este caso, tal deber no fue cumplido, por lo que falla la base argumental de dicha tesis de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA.

(20).- *Valoración del tribunal (II): perjuicio para el beneficiario*. Como argumento secundario, el recurso de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA sostiene que pese a que COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA no hubiera llevado dicho registro contable separado de la subvención recibida, tal incumplimiento por el deudor no puede perjudicar las legítimas expectativas de esa parte, por lo que incluso en ese supuesto, podría continuar ejercitándose el derecho de separación.

(21).- Es cierto que tal comportamiento de COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA, referente a la omisión de cumplimiento de un deber normativo, no puede perjudicar los derechos de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, pero la consecuencia de ello no es la que pretende imponer esta recurrente.

La percepción de dicha subvención por COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA, y la confusión del numerario percibido gracias a ella con el propio de ésta, lógicamente no hace desaparecer la expectativa, el derecho, de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA a cobrar la parte que a ella correspondía como beneficiaria de la subvención, dentro del proyecto. Pero ello no se traduce en un derecho de separación de la masa, sino en un derecho de crédito al cobro de lo indebidamente apropiado por parte de COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA. Es decir, en todo caso, cuando el comportamiento del preceptor de la subvención no se ajusta a la legalidad, y procede a la patrimonialización de la suma entregada en su totalidad, cuando una parte debía ser destinada a terceros, se haga con buena o mala fe, lo que ahora no es objeto de esta controversia, lo que se genera a favor de terceros es un derecho de crédito contra ese preceptor. Y ello es así incluso, en los casos en los que dicha actuación se hace delinencialmente, donde lo dispensado a favor de los perjudicados son derechos de cobro por indemnización o restitución, que deben ser pagados, pero no un derecho de separación.

Ya se señaló antes que, al tener que reconocer un derecho de crédito a favor de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, el mismo no puede ser atendido a través del derecho de separación, que tiene otro objeto, sino por medio del pago de tal crédito, el cual se hará, en un escenario concursal, conforme a las reglas de tal concurso de acreedores.

Motivo tercero: derecho de separación de la masa y destino finalista de la subvención concedida .

(22).- *Planteamiento del motivo*. Este es el argumento para obtener la separación del dinero de la subvención, cuyo estudio fue omitido por la Sentencia de la primera instancia. Señala en tal punto el recurso de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA que toda ayuda pública tiene un carácter finalista, esto es, un destino predeterminado por la Administración Pública concedente de dicha ayuda, de forma que no puede ser empleado con fines distintos. Este carácter, unido a la circunstancia de que dicha subvención solo puede



beneficiar a entidades del sector público, al que no pertenece COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA, evitaría que por la misma se hubiera patrimonializado la suma proveniente de la subvención, con confusión con su propio numerario, por lo que estaría a salvo la posibilidad de ejercitar el derecho de separación.

(23).- *Valoración del tribunal* . Esta cuestión no puede pasar a segunda instancia, ya que la parte apelante, UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, no solicitó oportunamente el debido complemento de sentencia, como se ha indicado al tratar la alegación de falta de congruencia, razón que sustenta por sí sola la desestimación del motivo.

(24).- Y aun cuando pudiera ser estudiada, la argumentación empujada en el recurso de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA confunde algunos planos. De entrada, el art. 2 Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones , admite que el beneficiario de las mismas pueda ser tanto una persona pública como una privada, de modo general. Extremo distinto es que el régimen especial de concesión de la específica subvención que trata este caso previera que la subvención se destinase a personas del sector público, y que el resto de ayudas, préstamos, fuera para personas privadas, agrupadas dentro del consorcio.

Lo que no puede afirmarse como hace la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, es que la negativa por parte del Juzgado a dar lugar al derecho de separación es lo que determina que la subvención concedida no cumpla el fin para el que fue otorgada, y se produciría por ello una desviación de caudales públicos. No es así. En su caso, lo que generaría dicha desviación, de haberse producido, lo que no se juzga ahora, es la apropiación o patrimonialización de la suma recibida por la subvención por parte de COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA, respecto a lo que le correspondía percibir a la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA. Una vez apreciado tal hecho, lo que debe hacerse es estudiar la consecuencia que de ello deriva en Derecho, que no es otra que el otorgamiento de un derecho de crédito.

Por tanto, si existe una obstaculización para alcanzar el fin perseguido por aquella subvención, no proviene de denegar el derecho de separación, efecto que el Ordenamiento jurídico no concede para este supuesto, sino de la actuación del deudor COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA, frente a la que se responde con el reconocimiento del derecho de crédito que por ello corresponde a la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA. De nuevo, debe recordarse que esta misma consecuencia, la del otorgamiento de un derecho de crédito, es la que se da incluso en los supuestos más groseros de desviación de fondos públicos.

Motivo tercero: infracción de las normas de carga de la prueba sobre la acreditación de la falta de contabilidad separada .

(25).- *Planteamiento del motivo* . Indica el recurso de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA que la Sentencia apelada yerra al imponer sobre ella la carga de la prueba de que COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA no llevaba contabilidad separada para lo percibido de la subvención pública, cuando realmente esto es un hecho reconocido por la Administración Concursal, y que de tener que probarse sería a cargo de la misma.

(26).- *Valoración del tribunal* . Se conoce en la doctrina y en la jurisprudencia como carga de la prueba, también denominada " *onus probandi* ", aquella regla de juicio o valoración que determina el sentido de la resolución judicial ante el vacío de acreditación de determinados hechos en el proceso. Es una norma que señala al Juzgador cual ha de ser su decisión ante tal ausencia de la prueba de ciertos hechos, entre los que se alegaban por las partes.

No se trata, como es frecuente invocar, de una regla formal de distribución de la actividad probatoria entre las partes de un proceso. Según esa afirmación, las normas de la carga de la prueba señalarían a cada parte aquellos hechos que está llamada a acreditar, si quiere que su pretensión triunfe. No es acertado ese concepto. En realidad, la carga de la prueba solo actúa de modo " *ex post* ", una vez cerrada la fase probatoria del litigio, ya en fase de decisión. No es aplicable, por tanto, " *ex ante* ", para orientar la proposición de prueba de las partes. En tal sentido, el art. 217.2 LEC establece que corresponde probar al actor los hechos de los que ordinariamente se desprenda el efecto jurídico pretendido, y al demandado, aquellos que impiden, apartan o extinguen tal efecto peticionado contra él.

(27).- La alegación de la parte en este punto no alcanza transcendencia alguna, desde su propia formulación, ya que es un hecho admitido, art. 281.3 y 405.2 LEC , que por parte de COMPANY FOR SOFTWARE AND DEVELOPMENT SA no se llevó a cabo el registro contable separado exigido para la subvención, extremo éste que precisamente sustenta la argumentación de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, ya analizada, de las consecuencias que ello deba tener en este pleito.

(28).- Además, la Sentencia, mal o bien, imputa la falta de prueba no a este extremo, sino al de la pretensión de modificación del Inventario que se dedujo por la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, respecto de la constancia formal, y de modo separado, de dicha percepción en el Inventario de la masa activa. Esto, por



otro lado, no hubiera tenido particular relevancia, ya que dicha percepción de la subvención y falta de entrega posterior es un hecho también admitido, y la modificación del inventario era una mera pretensión instrumental y formal respecto de la de separación del numerario.

Motivo cuarto: clasificación concursal del crédito .

(29).- *Exposición del motivo* . Para el caso de que no se diera lugar a la separación, por la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA se pretende que el crédito concursal que le ha sido reconocido, por cuantía de 62.789€, con clasificación de ordinario, pasase a ser clasificado como privilegio general en su mitad, por aplicación del art. 91.4 LC , y el resto como ordinario.

La Sentencia apelada desestimó dicha petición bajo la afirmación de que tal clasificación de crédito privilegiado general del art. 91.4 LC sólo corresponde a los que son de titularidad de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social, lo que en el recurso se manifiesta como errado.

(30).- *Requisitos para la clasificación de privilegio general* . Tal cual señala el recurso de la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, no es cierto que dicha previsión clasificatoria se aplique tan solo a los créditos de la Hacienda Pública o de la Seguridad Social, como señaló la Sentencia apelada.

Señala el art. 91.4 LC que " *son créditos con privilegio general: (...) los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al ap. 1 del art. 90, ni del privilegio general del número 2º de este artículo. Este privilegio podrá ejercerse para el conjunto de los créditos de la Hacienda Pública y para el conjunto de los créditos de la Seguridad Social, respectivamente, hasta el cincuenta por ciento de su importe* ". De ello, cabe concluir que:

(i).- Son dos los requisitos para reconocer el presente privilegio general del crédito. El primero, de tipo subjetivo, y es que su titularidad recaiga en una persona de naturaleza jurídico pública.

(ii).- El segundo de los requisitos, de tipo objetivo, y es que el crédito sea precisamente de Derecho público, es decir, derivado de la actuación de potestades públicas basadas en previsiones legales específicas que contemplen y regulen dichos derechos de crédito, con tal naturaleza.

(iii).- La referencia expresamente hecha en el segundo inciso del precepto, referido específicamente a la Hacienda Pública y a la Seguridad Social, es para establecer que tal privilegio se reconocerá sólo de la mitad del conjunto total del importe de los créditos de los que cada una de ellas pueda ser titular. Tal previsión no implica la exclusión del reconocimiento del privilegio en créditos titularidad de otras personas jurídico públicas, sino tan solo que a estos no se aplicará la regla del cómputo conjunto de todos los conceptos crediticios que le sean debidos.

(31).- Conforme a lo anterior, la razón invocada por la Sentencia apelada para denegar el privilegio general a la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA, no es admisible. No obstante, no puede ser aceptada su pretensión clasificatoria, ya que su crédito no deriva del ejercicio propio por ella de potestades administrativas. Ello sería así, v. gr., en el caso de que fuera la Administración Pública concedente de la subvención la que reclamase su restitución, pero no en el de la recurrente, quien ejercita tan solo un derecho de reparto de la subvención concedida por una Administración distinta a ella. Este supuesto ya fue resuelto en las SsAP de Madrid, sec. 28ª (Mercantil), nº 262/2017, de 26 de mayo, FJ 2º, y nº 244/2015, de 18 de septiembre, FJ 3º, al señalar que:

" Como ya anticipáramos, la UNIVERSIDAD DE ALICANTE interesó con carácter subsidiario que la mitad de la suma reclamada, que había recibido íntegramente en la lista de acreedores el tratamiento de crédito ordinario, fuera considerada como crédito dotado de privilegio general con base en el Art. 91-4º de la Ley Concursal, precepto a cuyo tenor revisten tal carácter, hasta el 50 % de su importe, "Los créditos tributarios y demás de Derecho público, así como los créditos de la Seguridad Social que no gocen de privilegio especial conforme al apartado 1 del artículo 90, ni del privilegio general del número 2.º de este artículo".

No tratándose, obviamente, de un crédito tributario ni de un crédito perteneciente a la Seguridad Social, la apelante basa su pretensión a este respecto es la consideración de que su crédito debe tener incardinación dentro de la categoría "demás de Derecho público" que el precepto mencionado incluye. A la hora de caracterizar adecuadamente lo que puede ser considerado como un crédito de Derecho público, la apelante asume la doctrina contenida en la S.T.S. de 16 de julio de 2013 según la cual dentro de la referida mención legal del Art. 91-4º de la Ley Concursal habría que incluir los derechos de contenido económico que cumplan los siguientes dos requisitos: 1.- Que el titular del crédito sea la Administración General del Estado o sus organismos autónomos; y 2.- Que el crédito derive del ejercicio de potestades administrativas.

Convenimos con la UNIVERSIDAD DE ALICANTE en que, al concurrir en ella, en tanto que acreedora, la condición de administración pública, se cumpliría el primero de los dos requisitos mencionados. Sin embargo, disentimos de su parecer en cuando al cumplimiento del segundo: la necesidad de que el derecho de crédito de que se trate



proceda del ejercicio de potestades administrativas. En efecto, tratándose de subvenciones y ayudas públicas, la única potestad administrativa que se encuentra en el origen del derecho de crédito en cuestión es la potestad que, dentro de la órbita de sus competencias, ejercitó el Ministerio de Ciencia e Innovación al resolver sobre su concesión y asignación a la UNIVERSIDAD DE ALICANTE. Las gestiones que esta UNIVERSIDAD pueda haber llevado a cabo para adoptar la decisión de solicitar las ayudas podrán constituir actos administrativos, pero la realización de dichos actos no constituye el ejercicio de la potestad administrativa determinante del nacimiento del derecho, potestad que -se reitera- solamente ejerció la Administración pública concedente. Una vez ejercida esa potestad de concesión, habría nacido en favor de la UNIVERSIDAD un derecho de crédito no originado por sus propias potestades, derecho de crédito inicialmente ejercitable frente al Ministerio de Ciencia e Innovación y, más tarde, una vez transferidas por este las cantidades correspondientes, frente a la concursada CSD en tanto que receptora de las mismas y de representante obligada a su distribución en virtud del acuerdo de colaboración suscrito. En ningún caso, se trata, pues, de un derecho de crédito nacido del ejercicio por parte de la UNIVERSIDAD DE ALICANTE de sus propias potestades administrativas.

Costas procesales del recurso de apelación .

(32).- Dispone el art. 398.1 LEC , en cuanto al criterio legal sobre imposición de costas en los recursos, que " Cuando sean desestimadas todas las pretensiones de un recurso de apelación, extraordinario por infracción procesal o casación, se aplicará, en cuanto a las costas del recurso, lo dispuesto en el artículo 394 ", es decir, se acogerá el principio de estimación objetiva del recurso, salvo que se aprecie circunstancias especiales, con dudas de hecho o de derecho, para apartarse de él.

En virtud de las razones expuestas, de las pruebas analizadas y de los preceptos citados se dicta el siguiente

FALLO

I.- Debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA frente a la Sentencia de 7 de abril de 2014, del Juzgado de lo Mercantil Nº 10 de Madrid , recaída en el proceso seguido como Incidente Concursal nº 670/2013 de tal Juzgado, la que se confirma en sus pronunciamientos.

II.- Debemos imponer e imponemos a la UNIVERSIDAD POLITÉCNICA DE VALENCIA el pago de las costas procesales generadas en esta segunda instancia, en cuantía que resulte de tasación practicada al efecto.

III.- Acordamos la pérdida del depósito realizado, en su caso, para la interposición del recurso de apelación.

Modo de impugnación.- Contra la presente sentencia las partes pueden interponer ante este Tribunal, en el plazo de los veinte días siguientes a su notificación, ante esta misma Audiencia, recurso de casación y, en su caso, recurso extraordinario por infracción procesal, de forma conjunta, de los que conocerá la Sala Primera del Tribunal Supremo, si fuera procedente conforme a los criterios legales y jurisprudenciales de aplicación

Así por esta nuestra sentencia, que se dicta, manda y firma en el día de su fecha, de la cual se dejará testimonio en los autos de su razón, llevándose su original al libro correspondiente, y ejecutoriándose, en su caso, en nombre SM el Rey.