



Roj: **STS 1872/2018 - ECLI:ES:TS:2018:1872**

Id Cendoj: **28079110012018100288**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **23/05/2018**

Nº de Recurso: **2458/2015**

Nº de Resolución: **296/2018**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 559/2015,**  
**STS 1872/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 296/2018**

Fecha de sentencia: 23/05/2018

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 2458/2015

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 09/05/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: AUD. PROV. BILBAO. SECC. 4.ª

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 2458/2015

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Luis Ignacio Sánchez Guiu

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 296/2018**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Francisco Javier Orduña Moreno

D. Rafael Saraza Jimena



D. Pedro Jose Vela Torres

En Madrid, a 23 de mayo de 2018.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio incidental de impugnación de inventario y lista de acreedores seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao. El recurso fue interpuesto por la entidad Brunnschweiler SA, representada por la procuradora Olga Rodríguez Herranz y bajo la dirección letrada de Alfonso Castresana. Es parte recurrida el Gobierno Vasco - Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco-, representado por el procurador Felipe Segundo Juanas Blanco y bajo la dirección letrada de José Luis Aguirre Arratibel.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO. *Tramitación en primera instancia*

1. El letrado del Gobierno Vasco, José Luis Aguirre Arratibel, interpuso demanda incidental de impugnación de inventario y lista de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, contra la administración concursal de la entidad Brunnschweiler, S.A.U., para que se dictase sentencia:

«por la que declare y clasifique:

- a) El crédito por importe de 3.412.615,14 ? : por mitades, como crédito con privilegio general y crédito ordinario.
- b) El crédito por importe de 702.215,51 ? como crédito contingente con la misma clasificación que en el crédito anterior».

2. La administración concursal de la entidad Brunnschweiler, S.A.U., contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

«por la que:

A.- Se dilucide si el crédito concursal del Gobierno Vasco ha de ser calificado como:

- 1.- Crédito ordinario art. 89.3.- 3.412.615,14 euros.  
o, subsidiariamente de no considerarlo así
- 2.- Crédito privilegiado art. 91.4.- 1.706.307,57 euros  
Crédito ordinario art. 89.3.- 1.706.307,57 euros.

B.- Se desestime la demanda en cuanto a la pretensión de reconocimiento de crédito por 702.215,51 ? al no haber acreditado el pago del mismo a la entidad avalada Banco Sabadell, S.A. En el momento que lo acredite se aplicará el mismo crédito que el resultante del apartado anterior de este suplico, sin condena en costas a ninguna de las partes».

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao dictó sentencia con fecha 1 de julio de 2014 , con la siguiente parte dispositiva:

«Fallo: Debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda incidental referida en el encabezamiento de esta resolución, sin imposición de las costas procesales a ninguna de las partes».

### SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.<sup>a</sup> de la Audiencia Provincial de Bizkaia, mediante sentencia de 2 de marzo de 2015 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Fallamos: Estimando el recurso de apelación interpuesto por el Departamento de Justicia y Administración Pública del Gobierno Vasco, contra Sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil nº 1 de los de Bilbao en autos de incidente concursal 431/2014 de que el presente rollo dimana, debemos revocar y revocamos la misma, declarando que del total de los créditos ostentados por el Gobierno Vasco frente a la concursada Brunnschweiler SAU por importe de 3.412.615,14 ?, 1.706.307,57 euros tienen calificación de crédito privilegiado del art. 91, 4, de la Ley Concursal , y la otra mitad, 1.706.307,57 euros, tienen la de ordinario; sin dictar particular pronunciamiento en las costas de ambas instancias».

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

1. El procurador Germán Ors Simón, en representación de la entidad Brunnschweiler SA, interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4.ª.

El motivo del recurso de casación fue:

«1º) Infracción de los arts. 91.4 y 87.6 de la Ley Concursal ».

2. Por diligencia de ordenación de 16 de julio de 2015, la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4.ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la entidad Brunnschweiler SA, representada por la procuradora Olga Rodríguez Herranz; y como parte recurrida el Gobierno Vasco - Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco-, representado por el procurador Felipe Segundo Juanas Blanco.

4. Esta sala dictó auto de fecha 13 de diciembre de 2017 , cuya parte dispositiva es como sigue:

«Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Brunnschweiler, S.A., contra la Sentencia dictada, con fecha de 2 de marzo 2015, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 4.ª) en el rollo de apelación n.º 599/2014 , dimanante de los autos de incidente concursal n.º 431/2014, del Juzgado de lo mercantil n.º 1 de Bilbao».

5. Dado traslado, la representación procesal del Gobierno Vasco -Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco-, presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 9 de mayo de 2018, 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.

El Gobierno Vasco tenía afianzadas unas determinadas operaciones financieras que varios bancos habían concedido a Brunnschweiler, S.A.U. Ante el incumplimiento de sus obligaciones, los bancos ejecutaron los avales y como consecuencia de ello, el Gobierno Vasco pagó un total de 3.412.616,64 euros, el 3 de marzo de 2014.

Además, Banco Sabadell tenía un crédito de 702.215,51 euros frente a la concursada, también cubierto por el afianzamiento del Gobierno Vasco, respecto del que, al tiempo de iniciarse el presente incidente concursal, no constaba hubiera sido ejecutado el aval.

2. En la demanda de incidente concursal que dio inicio al presente procedimiento, el Gobierno Vasco impugnó la lista de acreedores presentada por la administración concursal de Brunnschweiler, S.A.U.

La demanda de impugnación contenía dos pretensiones. La primera, que el crédito concursal que el Gobierno Vasco tenía frente Brunnschweiler, S.A.U., como consecuencia de la ejecución de las fianzas, por importe de 3.412.616,64 euros, fuera clasificado en su mitad como crédito con privilegio general del art. 91.4 LC , y en su otra mitad como crédito ordinario. La segunda, que se le reconociera un crédito concursal contingente de 702.215,51 euros, con la misma clasificación que el crédito anterior.

3. La sentencia dictada en primera instancia desestimó la demanda. Respecto de la primera pretensión, argumentó que el crédito del Gobierno Vasco no se encontraba englobado en el supuesto previsto por el art. 91.4 LC , de acuerdo con la interpretación realizada por la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2013 . Y justificó la desestimación de la segunda pretensión porque, mientras no se ejecutase la garantía, el Gobierno Vasco no ostentaba ningún crédito frente a la concursada.

El Gobierno Vasco recurrió en apelación la desestimación de la primera pretensión, pero no la segunda, por lo que esta última devino firme.

4. La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación del Gobierno Vasco en relación con la clasificación del crédito concursal de 3.412.616,64 euros, y reconoce que la mitad merece la consideración de crédito con privilegio general del art. 91.4 LC , y la otra mitad la de crédito ordinario.



La sentencia recurrida parte de la interpretación que la sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2013 hacía del art. 91.4 LC , que extendía el privilegio no sólo al crédito tributario, sino también al que, siendo titularidad de la Administración del Estado, derive de potestades administrativas. La Audiencia razona que en nuestro caso el crédito esgrimido por el Gobierno Vasco deriva de la financiación (en realidad se refiere al afianzamiento) otorgada por el Departamento de Industria del Gobierno Vasco, a favor de la concursada, en el ámbito de las funciones administrativas de impulso a la creación y desarrollo de pymes de base tecnológica y/o innovadora.

4. La sentencia de apelación es recurrida en casación por Brunnschweiler, S.A.U., sobre la base de un único motivo.

#### **SEGUNDO. Recurso de casación**

1. *Formulación del motivo* . El motivo se funda en la infracción de los arts. 91.4 ° y 87.6 LC , por entender que el crédito del Gobierno Vasco en este caso no se encuentra en el supuesto previsto en el art. 91.4° LC , sino en el regulado en el art. 87.6 LC .

En el desarrollo del motivo razona que el crédito del Gobierno Vasco no es un crédito de la Administración General del Estado, ni de sus organismos autónomos, y no está concedido en uso de sus potestades administrativas. Además, razona que, al haber surgido como consecuencia de la subrogación por pago de los créditos ordinarios de las entidades de crédito, debía clasificarse conforme al art. 87.6 LC , según el cual debe optarse por la clasificación menos gravosa para el concurso.

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

2. *Estimación del motivo* . En primer lugar, hemos de advertir que aunque en un momento de su argumentación la Audiencia se refiera a una operación de financiación, no es que adrede mencione un hecho distinto al litigioso ni lo califique de forma distinta a como, sin discusión alguna, se había admitido desde el principio por las partes (afianzamiento), sino que comete una imprecisión terminológica, equivalente a un error de transcripción. No cabe, como pretende la recurrida, extraer de esta confusión consecuencias absurdas, como que la base del razonamiento de la Audiencia fuera que el crédito de la AEAT derivaba de una financiación y no de un afianzamiento, consecuencia de la ejecución de los avales prestados. Por eso el motivo no altera ni la base fáctica de la sentencia ni la calificación del contrato del que deriva el crédito cuya calificación se discute.

3. En la sentencia 472/2013, de 16 de julio , interpretamos cómo debía entenderse la referencia contenida en el art. 91.4° LC a «los créditos tributarios y demás de derecho público», a los que el precepto reconoce el privilegio general hasta el 50% de sus respectivos importes:

«La ubicación sistemática de esta mención a los "demás (créditos) de derecho público", a continuación de la referencia a los créditos tributarios y antes de que se añada "así como los créditos de la Seguridad Social", permite equiparar la referencia completa a "(l)os créditos tributarios y demás de Derecho público" con la contenida en el art. 5.2 Ley General Presupuestaria (LGP) a los "derechos de naturaleza pública de la Hacienda Pública estatal", que comprende "los tributos y los demás derechos de contenido económico cuya titularidad corresponde a la Administración General del Estado y sus organismos autónomos que deriven del ejercicio de potestades administrativas". De este modo, los "demás créditos de derecho público" mencionados en el art. 91.4° LC son, aparte de los tributos, los otros derechos de contenido económico que cumplan estos dos requisitos: i) sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos; y ii) deriven de potestades administrativas».

Conviene aclarar que la referencia a los créditos titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos ha de hacerse extensible, cuando proceda, a los créditos titularidad de la Administración autonómica y local, siempre y cuando deriven de sus potestades administrativas. Como ocurre en el presente caso en que el crédito del Gobierno Vasco surge de los dos afianzamientos prestados en el desarrollo de sus funciones administrativas de fomento e incentivo a la creación y desarrollo de pymes de base tecnológica y/o innovadora.

Al respecto, conviene tener en cuenta que el art. 32 del Decreto Legislativo 1/1997, de 11 de noviembre , por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Principios Ordenadores de la Hacienda Pública del País Vasco, configura como ingreso de derecho público de la Hacienda General del País Vasco los importes a recibir por la Administración de la Comunidad Autónoma o sus organismos autónomos en virtud de garantías concedidas con fines de fomento o interés público:

«l) Los importes a percibir por la Administración de la Comunidad Autónoma o sus organismos autónomos en virtud de contratos referentes a préstamos y garantías concedidos por la Comunidad a otras personas públicas o privadas con fines de fomento o interés público».



Por su parte, el art. 36 de la Ley 8/1996, de 8 de noviembre, de Finanzas de la Comunidad Autónoma de Euskadi, prevé expresamente que la Administración de esta Comunidad Autónoma y sus organismos, con fines de fomento e interés público, puedan prestar garantías por las cuales se obliguen a pagar por un tercero, en caso de no hacerlo este. Y en el art. 48 regula la recuperación de las cantidades pagadas.

En este marco legal, el Decreto 127/2012, de 10 de julio, del Gobierno Vasco, desarrolla un programa extraordinario de concesión de avales públicos para la financiación empresarial, al amparo del cual se concedieron los avales de los que surge el crédito invocado por el Gobierno Vasco.

4. Por lo tanto, en principio, el crédito del Gobierno Vasco merecería la calificación prevista en el art. 91.4º LC, si no fuera porque existe otra norma especial que lo impide, el art. 87.6 LC.

Este precepto contiene dos reglas aplicables a los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero. El primer inciso se refiere a cómo debe reconocerse el crédito y el segundo a cómo ha de clasificarse:

«Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador».

La actual redacción del precepto es fruto de la reforma operada por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, para salir al paso de la polémica generada por la primitiva redacción. La reforma deja claro que la regla de clasificación que contiene opera cuando se produzca la subrogación por pago. Es en estos casos, no antes, cuando la administración concursal puede optar por la clasificación del crédito que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador.

5. En el presente caso, el Gobierno Vasco era fiador del crédito que unas entidades financieras tenían frente a la concursada. Como consecuencia de la ejecución de los avales, el Gobierno Vasco se subrogó en el crédito por pago del mismo. Tiene derecho a que le sea reconocido en el concurso de acreedores el importe del crédito satisfecho y respecto del que se subroga, pero su clasificación está sujeta a la regla del segundo inciso del art. 87.6 LC.

No se discute que la clasificación que correspondía a los créditos de las entidades financieras de no haber existido la subrogación por pago hubiera sido la de «créditos ordinarios»; mientras que la clasificación que hubiera correspondido al fiador, en atención a que reúne los requisitos del art. 91.4º LC, sería la de crédito con privilegio general respecto de la mitad y crédito ordinario respecto de la otra mitad. De entre estas dos clasificaciones, la menos gravosa para el concurso es la primera, razón por la cual, en aplicación del art. 87.6 LC, debía optarse por ella y clasificar el crédito del Gobierno Vasco de crédito ordinario.

Al no hacerlo, la sentencia recurrida ha infringido lo previsto en el art. 87.6 LC, lo que justifica la estimación del recurso de casación.

6. En consecuencia, al asumir la instancia y de acuerdo con lo razonado, desestimamos el recurso de apelación del Gobierno Vasco y confirmamos la sentencia de primera instancia.

### **TERCERO. Costas**

1. Estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de costas (art. 398.2 LEC).

2. Aunque la estimación del recurso de casación ha supuesto la desestimación del recurso de apelación, no imponemos las costas de la apelación por las lógicas dudas de derecho que generaba la interpretación legal.

### **FALLO**

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

1.º- Estimar el recurso de casación interpuesto por la entidad Brunnschweiler, S.A.U. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (sección 4ª) de 2 de marzo de 2015 (rollo 599/2014), que dejamos sin efecto.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la Administración General de la Comunidad Autónoma del País Vasco contra la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 1 de julio de 2014 (incidente concursal 431/2014), cuya parte dispositiva confirmamos.

3.º- No imponer a ninguna de las partes las costas generadas por los recursos de apelación y casación, con devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ