



Roj: STS 561/2015 - ECLI:ES:TS:2015:561
Id Cendoj: 28079110012015100078

Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil

Sede: Madrid

Sección: 1

Nº de Recurso: 1006/2013

Nº de Resolución: 66/2015

Procedimiento: Casación

Ponente: SEBASTIAN SASTRE PAPIOL

Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticuatro de Febrero de dos mil quince.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, han visto el recurso de casación, interpuesto por la procuradora D^a. María Jesús Alfaro Ponce en nombre y representación de D^a Bibiana , D^a Enma , D^a Leocadia , D. Marcelino , D^a Piedad , D^a Zaida , D^a Apolonia y D^a Elisa , contra la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1^a de la Audiencia Provincial de Albacete, dimanante del Incidente concursal 90/2011, Concurso Abreviado 1132/2010, que a nombre de los mismos, se siguen ante el Juzgado de 1^a Instancia nº 3 de Albacete.

Son partes recurridas, Pavimentos Moraga, S.C.L. representada por el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez y el administrador concursal de Pavimentos Moraga, S.C.L. representado por el procurador D. Miguel Alperí Muñoz.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

1. La procuradora D^a María Jesús Alfaro Ponce en nombre y representación de D^a Bibiana , D^a Enma , D^a Leocadia , D. Marcelino , D^a Piedad , D^a Zaida , D^a Apolonia y D^a Elisa , formuló demanda de incidente concursal sobre impugnación de la lista de acreedores, frente a la administración concursal de Pavimentos Moraga, S.C.L., la concursada Pavimentos Moraga, S.C.L, Banco Castilla La Mancha, S.A., la Agencia Estatal de Administración Tributaria y Construcciones Juan José Sánchez García, S.L., en la que suplicaba lo siguiente: " [...] dicte en su día sentencia por la que estimando la presente demanda:

1º) Se reconozca a favor de mis representados un crédito privilegiado especial, computado a metálico según valoración realizada por arquitecto técnico a instancias de esta parte a la fecha de declaración del concurso, por un importe de un millón novecientos veintitrés mil doscientos treinta y ocho euros con setenta y tres céntimos (1.923.238,73.-#). Valoración de la contraprestación de entrega de las unidades de obra que figuran en la escritura de permuta de finca urbana por obra nueva futura, de fecha 18-1-2006, otorgada ante el Sr. Notario del Ilustre Colegio de Albacete don Miguel Ángel Vicente Martínez, bajo el número 148 de su protocolo. Dicha contraprestación vencía el día 18 de julio de 2010 sin que se haya verificado la entrega de las citadas unidades de obra.

2º) Se clasifique o califique el anterior crédito como crédito privilegiado especial pues dicha obligación se halla garantizada mediante condición resolutoria explícita y con efectos frente a terceros inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Albacete, sobre el solar -objeto de la citada permuta- sito en Albacete, CARRETERA000 nº NUM000 , inscrita en el Registro de la Propiedad nº 1 de Albacete, tomo NUM001 , libro NUM002 , sección NUM003 , folio NUM004 , finca NUM005 .

3º) Se condene a la administración concursal a estar y pasar por dichas declaraciones, y, en consecuencia, a que introduzca en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe, las modificaciones que se deducen en la estimación de los pedimentos anteriores, incluyendo el citado crédito de mis representados por la cuantía indicada en el pedimento primero y a que reconozca el citado crédito como crédito privilegiado especial, tal y como se solicita en el pedimento segundo.

4º) Subsidiariamente, para el caso de que se estime que la valoración a efectos fiscales contenida en la escritura pública de permuta de finca urbana por obra nueva futura, de fecha 18-1-2006, otorgada ante el Notario del Ilustre Colegio de Abogados de Albacete don Miguel Ángel Vicente Martínez, bajo el número 148 de su protocolo, es el valor de las unidades de obra pendientes de entrega que se reconozca el derecho de crédito a la indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento contractual de Pavimentos Moraga S.C.L. ascendientes a la cantidad de SEISCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CUATROCIENTOS TRES EUROS Y TREINTA Y TRES CÉNTIMOS (681.403,33 #), que es la diferencia entre la valoración de las unidades de obra a entregar por la entidad concursada, a la fecha de la declaración del concurso ascendente a 2.123.832,88 # (según el informe pericial que se acompaña como Documento nº 5) y la valoración a efectos fiscales de las mismas, contenida en el citada escritura por importe de 1.442.429,05 #, lo que arroja un resultado de 681.403,33 #. Y también subsidiariamente, se suplica al Juzgado se dicte sentencia por la que califique este crédito como privilegiado especial por un importe total de DOS MILLONES CIENTO VEINTITRÉS MIL OCHOCIENTOS TREINTA Y DOS EUROS Y TREINTA Y TRES CÉNTIMOS (2.123.832,38.-#), resultado de la suma de la valoración de las unidades de obra contenida en la escritura pública mencionada y el importe solicitado como indemnización de daños y perjuicios, equivalente a la valoración contenida en el informe pericial aportado.

5º) Asimismo, subsidiariamente, se pide se condene a la administración concursal a estar y pasar por dichas declaraciones, y en consecuencia, a que introduzca en la lista de acreedores y en la exposición motivada de su informe, las modificaciones que se deducen de la estimación del pedimento anterior, incluyendo el citado crédito de mis representados por la cuantía indicada en el pedimento cuarto y a que reconozca el citado crédito como crédito privilegiado especial, tal y como se solicita en el indicado pedimento.

6º) Se impongan expresamente las costas generadas por la presente litis a los demandados".

2. El procurador D. Manuel Serna Espinosa en nombre y representación de Pavimentos Moraga, S.C.L., presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dictar sentencia por la que desestime el incidente concursal impugnando la lista de acreedores formulado por Dª Bibiana , Dª Enma , Doña Leocadia , D. Marcelino , Dª Piedad , Dª Zaida , Dª Apolonia , Doña Elisa toda vez que el crédito reconocido por la administración concursal es el único debido por la sociedad concursada, todo ello con expresa imposición de las costas a la parte actora".

El procurador D. Luis Martínez Quintana en nombre y representación de Banco de Castilla-La Mancha, S.A., presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] dictar sentencia en la que se contengan los siguientes pronunciamientos, correlativos a las peticiones formuladas por las demandantes con carácter subsidiario:

A) Se deniegue el reconocimiento del crédito privilegiado por las razones expuestas por los Administradores Concursales y las de esta parte, en tanto no renuncien a la reclamación del aval.

B) Para el caso de que se reconociera el crédito como privilegiado, la cuantía del mismo sea la pactada en el contrato de compraventa, es decir, 1.442.429,05.-#.

Con imposición de las costas a cargo de los demandantes en el primer caso, y sin condena a ninguna de las partes en el segundo, al no haberse estimado en su totalidad las pretensiones de los demandantes"

El administrador concursal de Pavimentos Moraga, S.C.L., presentó escrito de contestación a la demanda, cuyo suplico decía: "[...] se aprecie en primer lugar y con carácter previo a entrar en el fondo la existencia de una prejudicialidad civil, y se ordene suspender la tramitación del presente incidente hasta la resolución del Incidente sobre Contratos de Obligaciones Recíprocas (61.2), tramitado con número 2/2010 ante ese mismo Juzgado, en segundo lugar y para el caso de que se estime la no existencia de la prejudicialidad alegada, y entrando en el fondo, se acuerde la íntegra desestimación del incidente interpuesto con la expresa condena en costas y con cuanto más en derecho favorezca los intereses de los acreedores, y de forma subsidiaria, y para el caso que se estimase que la cuantificación otorgada en el informe de la administración concursal no es la ajustada a derecho, se acuerde reconocer el crédito como litigioso y por tanto crédito contingente sin cuantía propia, manteniendo la calificación otorgada de crédito ordinario, e igualmente con cuanto más en derecho favorezca los intereses de los acreedores, y con expresa imposición de las costas del presente incidente".

Por providencia de 29 de abril de 2011 dictada por el Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Albacete se acordó declarar en rebeldía a Construcciones Juan José Sánchez García, S.L.

3. El Juzgado de 1ª Instancia número 3 de Albacete, incidente concursal 90/2011, Concurso Abreviado 1132/2010, dictó Sentencia núm. 228/2011 de 7 de diciembre de 2011, con la siguiente parte dispositiva: *"Desestimando la demanda interpuesta por la procuradora Dª María Jesús Alfaro Ponce, en nombre y representación de Dª Bibiana y otros, en impugnación del listado de acreedores realizado por la Administración Concursal de Pavimentos Moraga S.C.L., debo confirmar y confirmo el informe efectuado por la Administración Concursal. Ello, con imposición de las cosas causadas a la parte actora."*

Tramitación en segunda instancia

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Dª Bibiana, Dª Enma, Dª Leocadia, D. Marcelino, Dª Piedad, Dª Zaida, Dª Apolonia y Dª Elisa. Las representaciones procesales de Banco de Castilla La Mancha, S.A., Pavimentos Moraga, S.C.L. y el administrador concursal de Pavimentos Moraga S.C.L., se opusieron al recurso de apelación interpuesto de contrario.

La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Albacete, que dictó Sentencia núm. 49/2013 el 7 de marzo de 2013, cuya parte dispositiva decía:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de Bibiana, Enma, Leocadia, Marcelino, Piedad, Zaida, Apolonia y Elisa contra la sentencia dictada en fecha 7 de diciembre de 2011 por la Ilustrísima Magistrada- Juez del Juzgado de Primera Instancia nº 3 de Albacete debemos confirmar y confirmamos la misma. No ha lugar a hacer expresa condena a ninguna de las partes en las costas de esta alzada."

Interposición y tramitación del recurso de casación.

5. La representación de Dª Bibiana, Dª Enma, Dª Leocadia, D. Marcelino, Dª Piedad, Dª Zaida, Dª Apolonia y Dª Elisa, interpuso recurso de casación ante la antedicha Audiencia Provincial, basándose en los siguientes motivos:

"PRIMERO.- Recurso de casación formulado al amparo del caso o supuesto contemplado en el número 3º del apartado 2º del art. 477 de la LEC, por interés casacional, por infracción por inaplicación de los arts. 90.1.4º y 90.2 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) ya que al existir una condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad oponible a terceros, el crédito de mis representados debió ser calificado como crédito privilegiado especial.

SEGUNDO.- Por infracción de la doctrina jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1994, de 8 de junio de 1995 y de 7 de diciembre de 2011 nº 859/2011, sobre enriquecimiento injusto o enriquecimiento sin causa, ya que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo sobre el mismo.

TERCERO.- Por infracción de la doctrina jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Supremo de 4 de octubre de 2004 nº 938/2004 y 21 de septiembre de 2012 nº 555/2012 sobre el ejercicio de acciones contradictorias del dominio o derechos reales inscritos en el Registro, concretamente se alega la violación de los arts. 24 CE; 1, 33, 40, 66, 82 y 211 de la Ley Hipotecaria; arts 314 a 331 de su Reglamento; así como las resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de septiembre de 2005 y 31 de enero de 2006, ya que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo y la DGRN sobre dichos artículos

CUARTO.- Por infracción de la doctrina jurisprudencial de las sentencias del Tribunal Supremo, ya que la sentencia recurrida se opone a la doctrina jurisprudencial sentada por el Tribunal Supremo en la STS nº 583/2012 de 8 de octubre y la nº 789/2010 de 25 de noviembre sobre infracción del art. 1281 CC por ser absurda, arbitraria e ilógica la interpretación de la prueba documental en la instancia (documentos 1 y 2 acompañados a la demanda)."

6. Por Diligencia de ordenación de 11 de abril de 2013, la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación, remitiendo las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo emplazando a las partes para comparecer por término de treinta días.

7. Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparece como parte recurrente la procuradora Dª Mª Mercedes Revillo Sánchez en nombre y representación de Dª Bibiana, Dª Enma, Dª Leocadia, D. Marcelino, Dª Piedad, Dª Zaida, Dª Apolonia y Dª Elisa. Y como recurridos, el procurador D. Pedro Antonio González Sánchez en nombre y representación de Pavimentos Moraga S.C.L. y el procurador D Miguel Alperí Muñoz en nombre y representación de la Administración concursal de Pavimentos Moraga S.C.L.

8. Esta Sala dictó Auto de fecha 4 de febrero de 2014 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Dª Bibiana , Dª Enma , Dª Leocadia , D. Marcelino , Dª Piedad , Dª Zaida , Dª Apolonia y Dª Elisa , contra la sentencia dictada, en fecha 7 de marzo de 2013, por la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 309/2012 dimanante de los autos de incidente concursal nº 90/2011, en el concurso 1132/2010 del Juzgado de Primera Instancia nº 3, y Mercantil de Albacete.

2º) Y, de conformidad y a los fines dispuestos en el art. 485 LEC 2000 , entréguese copias del escrito de interposición del recurso de casación formalizado, con sus documentos adjuntos, a las partes recurridas personadas ante esta Sala, para que formalicen su oposición por escrito en el plazo de veinte días, durante los cuales estarán de manifiesto las actuaciones en la secretaría."

9. Las representaciones procesales de Pavimentos Moraga S.C.L y de la administración concursal de Pavimentos Moraga S.C.L., presentaron escritos oponiéndose a los recursos interpuestos.

10. Al no solicitarse por ninguna de las partes personadas, la celebración de vista pública, se señaló por Providencia de 2 de diciembre de 2014, para votación y fallo el día 29 de enero de 2015, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. **Sebastian Sastre Papiol**, Magistrado de Sala

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Resumen de Antecedentes.

Para la resolución del presente recurso es necesaria la exposición de los siguientes antecedentes acreditados en la instancia:

1. Dª Bibiana y sus hijos, Enma , Leocadia , Marcelino , Zaida , Apolonia y Elisa (en lo sucesivo la parte demandante o actores), interpusieron un incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores, solicitando un aumento en la cuantía de su crédito y una modificación en la clasificación del mismo, contra la sociedad concursada, Pavimentos Moraga, SCL, la administración concursal y el Banco de Castilla La Mancha, S.A.

Su crédito resulta de un contrato privado celebrado el 28 de julio de 2005, elevado a escritura pública calificada de *"permuta de finca urbana por obra nueva futura"*, de fecha 18 de enero de 2006. El plazo de entrega finalizaba el 18 de julio de 2010. La permuta consistía, en cuanto a la obra a entregar, en siete pisos con sus plazas de garaje y trasteros, y una vivienda familiar. Además, se estipuló una contraprestación complementaria de carácter dinerario de 1.682.834.-#.

La estipulación sexta de la citada escritura pública, en lo que aquí interesa, establecía: *"... No obstante lo anterior, el plazo máximo para la entrega de la contraprestación pactada es de cuatro años y seis meses contados desde el otorgamiento de la presente escritura. Transcurrido dicho plazo, sin que las unidades de obras hayan sido entregadas a la parte cedente, ésta podrá resolver de pleno derecho la presente escritura, con pérdida, para la entidad cesionaria, de todas las cantidades entregadas en concepto de indemnización de daños y perjuicios"*.

La estipulación séptima también preveía lo siguiente: *"Para garantizar el buen fin de la presente operación, la entidad Pavimentos Moraga, S.C.L. entrega a la parte cedente un aval bancario, por importe un millón cuatrocientos cuarenta y dos mil cuatrocientos veintinueve euros con cinco céntimos, de Caja Castilla La Mancha, inscrito en el Registro Especial de Avaluos de dicha entidad, con el número 58523, aval número 1050-098-020129.1, el cual podrá ser ejecutado por la parte cedente si, llegada la fecha prevista de la entrega de contraprestación, ésta no se realizara, pudiendo, a partir de los treinta meses contados desde la fecha de concesión de la licencia municipal, ejecutarlo con la simple y mera presentación de éste en la entidad bancaria, para lo que queda expresamente autorizada la parte cedente por Pavimentos Moraga, S.C.L. Fotocopia del indicado aval queda incorporada a la presente matriz>>.*

<<No obstante lo anterior, el plazo máximo para la entrega de la contraprestación pactada es de cuatro años y seis meses contados desde el otorgamiento de la presente escritura. Transcurrido dicho plazo, sin que las unidades de obra hayan sido entregadas a la parte cedente, ésta podrá ejecutar el citado aval, bastando para ello con la simple y mera presentación de aquél en la entidad bancaria, para lo que queda expresamente autorizada la parte cedente por Pavimentos Moraga, S.C.L."

<<[...] En caso de incumplimiento por causa imputable a la entidad cesionaria, la parte cedente podrá optar, según el artículo 1.124 del Código Civil , entre el cumplimiento forzoso en forma específica o la

resolución del contrato con pérdida de las cantidades entregadas. Quede claro que, en ningún caso, la entidad Pavimentos Moraga, S.C.L. o la entidad que le suceda en el presente contrato, podrá optar porque se ejecute el aval, sino que, en todo caso, vendrá obligada al cumplimiento forzoso en forma específica de la obligación de entrega de las unidades de obra".

Los acreedores comunicaron su crédito por 1.993.238,73.-#, y se reconoció por la administración concursal por 1.442.429,05.-#, que corresponde al valor de la obra que debía ser entregada, lo que fue objeto de impugnación. Por otra parte, fue calificado de crédito ordinario, que también impugnaron por considerar que la cláusula reproducida era una condición resolutoria expresa inscrita en el Registro de la Propiedad, que fue confirmada por la DGRN, en sede de un recurso gubernativo promovido por la hoy concursada, por lo que procedía su clasificación como crédito con privilegio especial, de conformidad con el art. 90.1.4º y 2 LC .

Se oponen la sociedad concursada, la administración concursal y el Banco de Castilla La Mancha. La primera, Pavimentos Moraga, S.C.L., porque la permuta se financió con un préstamo hipotecario inscrito con posterioridad a la pretendida condición resolutoria, cuyo importe fue destinado a pagar la contraprestación en efectivo y el valor de la obra a entregar, que es la cantidad, ésta última reconocida por la administración concursal, que además se halla avalada por entidad de crédito. El banco, por su parte, confirma el planteamiento realizado por la deudora, esto es, el aval se entregaba para garantizar el valor de la obra objeto de permuta. El acreedor, dice, de acuerdo con el art. 1153 CC , no puede exigir conjuntamente el cumplimiento de la obligación y la satisfacción de la pena, por lo que concluye que los actores deben renunciar al aval o al mantenimiento de la condición resolutoria. El aval no se satisfizo porque entiende que la ejecución que se sigue en otro juzgado, distinto del que tramita el concurso, no puede prosperar y, además, porque se reclamó anticipadamente sin que hubiera transcurrido el plazo de entrega de la obra.

La administración concursal participó de las consideraciones formuladas por los dos demandados: los actores, señala, han formulado innecesariamente esta demanda incidental, cuando las partes están de acuerdo en que si se renuncia a la condición resolutoria, se pagará el aval, con lo cual se habrá satisfecho enteramente la contraprestación debida por la permuta. En opinión de la administración concursal, la condición resolutoria que alega la parte actora, no fue más que una mala interpretación del Registrador de la Propiedad, pues el valor de la obra está garantizada bancariamente, y la parte en efectivo ya fue satisfecha, por lo que no cabe apreciar la existencia de aquella otra garantía. Lo que no puede pretender la parte actora, es que se le paguen todas las cantidades previstas en el contrato, inclusive la que se valoró como obra futura, y, además, recupere la finca.

2. El Juzgado de lo Mercantil desestimó la demanda.

3. Recurrieron en apelación los actores, y la sentencia de segunda instancia de la Audiencia Provincial desestimó el recurso. Señaló que el crédito está reconocido por importe de 1.442.429,05 euros, cantidad que consta avalada por el Banco de Castilla la Mancha, lo que permite a los actores asegurarse su cobro en sustitución de las viviendas. La referencia a los efectos resolutorios de la cláusula discutida ha de entenderse como mera posibilidad alternativa de la parte cumplidora frente a la que incumple, y no como garantía real preferente, ya que, en supuesto de incumplimiento, su contravalor está asegurado mediante aval del Banco de Castilla la Mancha. En el Fundamento Jurídico Cuarto señaló que las cuestiones debatidas son discutibles y opinables jurídicamente o dudosas, por lo que no hizo pronunciamiento de condena en costas a ninguna de las partes.

RECURSO DE CASACIÓN

SEGUNDO.- Formulación del primer motivo.

Se articula en los siguientes términos: " *Recurso de casación formulado al amparo del caso o supuesto contemplado en el número 3º del apartado 2º del art. 477 de la LEC , por interés casacional, por infracción por inaplicación de los arts. 90.1.4º y 90.2 de la Ley Concursal (Ley 22/2003, de 9 de julio) ya que al existir una condición resolutoria inscrita en el Registro de la Propiedad oponible a terceros, el crédito de mis representados debió ser calificado como crédito privilegiado especial".*

Tras reproducir los artículos que declara infringidos, cita jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales en la interpretación de los mismos, lo que ampara el interés casacional. Reproduce las estipulaciones de la escritura pública de fecha 18 de enero de 2006, concretamente, las estipulaciones sexta y séptima que obligan a la entrega de determinadas unidades de obra futura como obligación principal de la permuta que, en caso de incumplimiento dentro del plazo convenido, podrá resolver con pérdida de las cantidades entregadas en concepto de indemnización de daños y perjuicios.

Reproduce las condiciones económicas que resume del siguiente modo: 1º.- El pago de 480.809,68.-# en el acto de la firma del documento privado; 2º.- El pago de 1.202.024,32.-# a la firma de la escritura pública de permuta; y 3º.- Se fija en 1.442.429,05.-# el valor de la contraprestación de la obra futura objeto de entrega, que es objeto de aval bancario de la CCM.

Y dice a continuación: *"con el pago de la citada cantidad se habría cumplido íntegramente la obligación de pago del precio pactado (1.682.834 # + 1.442.429,05 # = 3.125.263,05 # en la permuta; y obviamente, ya no cabría ninguna clase de resolución contractual, y, por lo tanto, que se devolviera o restituyera a la familia Apolonia Piedad Marcelino Bibiana Leocadia Elisa Zaida Enma el solar cedido. La sentencia recurrida y la Administración Concursal piensan erróneamente, que esta parte recurrente está solicitando conjuntamente el pago del aval y además la resolución del contrato, es decir que estamos ejecutando conjuntamente ambas garantías, cuando es evidente que la una (el aval) excluye el ejercicio de la otra (la condición resolutoria)",* lo que posteriormente reitera, en la página 23, para concluir que: *"En virtud de lo expuesto, suscribimos plena y absolutamente la afirmación que se deduce de la sentencia objeto del presente recurso, de que es totalmente incompatible el cobro del aval y el mantenimiento de la condición resolutoria. En absoluto, se puede cobrar en primer lugar el aval bancario y en segundo lugar ejercitar la condición resolutoria inscrita".*

A la vista de ello, entiende la parte recurrente que *"[l]a contumaz oposición del Banco de Castilla-La Mancha a pagar el aval bancario, negando la validez del mismo, es la que está dando lugar a que los hermanos Apolonia Piedad Marcelino Bibiana Leocadia Elisa Zaida Enma hayan presentado esta demanda de incidente concursal, para evitar que al final resulte que se quedan sin ninguna de las dos garantías real y personal, constituidas para el cobro de la cantidad de 1.442.429,05.-#, adeudadas por la concursada".*

TERCERO.- Estimación del motivo y del recurso de casación.

1. El reconocimiento de los créditos concursales y su clasificación que establece el art. 89.1 LC es una de las funciones de la administración concursal que debe expresarse en la lista de acreedores que acompaña al preceptivo informe.

El art. 86.2 LC impone la inclusión necesariamente de aquellos créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público. No obstante, señala el precepto, *"la administración concursal podrá impugnar en juicio ordinario y dentro del plazo para emitir su informe"* la existencia y validez de tales créditos, asegurados con garantía real.

2. En el caso enjuiciado, la administración concursal de Pavimentos Moraga, S.C.L. incluyó en la lista de acreedores el crédito de la parte actora, por un importe inferior al comunicado, y lo clasificó como crédito ordinario por entender que el valor de la obra futura estaba garantizado. En el presente recurso se impugna exclusivamente la clasificación del crédito, no su cuantía.

3. El motivo debe estimarse por las razones que exponemos a continuación.

El art. 90.1.4º LC establece que son créditos con privilegio especial los que resulten del precio de la cosa vendida con condición resolutoria, que los equipara, a estos efectos, a las cláusulas de reserva de dominio y de prohibición de disponer.

Para que puedan gozar de este privilegio especial es necesario que figuren las garantías con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros, conforme prevé el art. 90.2 LC .

Es evidente que, en el presente supuesto, el crédito que ostentan los recurrentes resulta de una escritura pública otorgada por los mismos con Pavimentos Moraga, S.C.L, el 18 de enero de 2006, ante el Notario don Miguel Ángel Vicente Martínez, nº 148 de su protocolo, calificada de permuta de finca urbana por obra nueva, en la que aparecen las estipulaciones sexta y séptima que se han dejado reproducidas en el fundamento de derecho primero 1 de la presente resolución, que incluyen la controvertida condición resolutoria. Condición debidamente inscrita, respecto de la que la hoy concursada pretendió la rectificación de los asientos del Registro de la Propiedad para su cancelación. Solicitud que le fue denegada por el Registrador encargado del registro público y, frente a cuya denegación, la parte recurrida interpuso recurso gubernativo ante la DGRN, que resolvió desfavorablemente para quien impugnaba la calificación, señalando que la existencia de la condición resolutoria no era un error, y que, para su modificación o rectificación o anulación, sólo podría realizarse mediante el consentimiento del o de todos sus titulares registrales o bien mediante una resolución judicial recaída en juicio declarativo.

En el presente caso, la condición resolutoria resultaba debidamente inscrita y vigente al tiempo de elaborarse la lista de acreedores. No fue impugnada, según prescribe el art. 86.2 LC, como hemos apuntado. Por consiguiente, dentro de este preciso y concreto trámite del incidente que impugna la parte actora, debe darse la razón al recurrente por concurrir, en el crédito cuya clasificación impugna, todas las condiciones y todos los requisitos que señala el art. 90.1.4º y 2 LC para ser clasificado como crédito con privilegio especial.

4. Cuestión distinta es que, a través del incidente, y, concretamente, en el recurso de casación interpuesto, la parte recurrente se haya manifestado reiteradamente a favor de una de las dos garantías establecidas. Doble garantía que protege el valor de la obra futura a entregar, perfectamente compatibles, pues la cláusula séptima que se ha reproducido autoriza, conforme al art. 1124 CC, a optar entre la exigencia de entrega de la obra futura o la ejecución del aval. Es evidente que si ejecuta la garantía real no podrá percibir más allá de lo que ya tiene percibido de la cesionaria del solar, dejando sin efecto el aval; y, contrariamente, si ejecuta la garantía personal, aquella garantía real quedará sin efecto.

Tampoco, a los efectos del presente recurso, podemos prejuzgar ni tener en cuenta los incidentes o procedimientos seguidos frente a los recurrentes por razón de la doble garantía prevista en la escritura de permuta, pues, deberá estarse en todo momento a lo que resulte de los mismos, sin que ello impida estimar en este trámite el motivo que encabeza el recurso.

Por las razones expuestas, el motivo se estima y, con él, el recurso de casación, lo que nos exige de tratar los posteriores motivos.

CUARTO.- Costas.

No procede imponer las costas a la parte recurrente al haber sido estimado el recurso de casación, conforme al art. 398.1 LEC, a quien se le devolverá el depósito constituido.

En consecuencia, no procede imponer las costas de las instancias a ninguna de las partes atendidas las dudas de hecho y de derecho que se han suscitado a lo largo del incidente en materias no exclusivamente de naturaleza concursal.

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

FALLAMOS

Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación de D^a Bibiana, D^a Enma, D^a Leocadia, D. Marcelino, D^a Piedad, D^a Zaida, D^a Apolonia y D^a Elisa, contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, Sección 1^a, de fecha 7 de marzo de 2013, en el Rollo 309/2012 que casamos y dejamos sin efecto. En su lugar, declaramos que el crédito que ostenta la parte recurrente por importe de 1.442.429,05.-# (un millón, cuatrocientos cuarenta y dos mil cuatrocientos veintinueve euros con cinco céntimos de euro) debe ser clasificado como crédito con privilegio especial, por lo que deberá ser modificada la lista de acreedores que acompaña el informe de la administración concursal de Pavimentos Moraga, S.C.L.

No procede imponer las costas causadas por este recurso ni las originadas en las instancias a ninguna de las partes. Se le devolverá a la parte recurrente el depósito constituido para recurrir.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Ignacio Sancho Gargallo.- Francisco Javier Orduña Moreno.- Rafael Saraza Jimena.- **Sebastian Sastre Papiol**.- FIRMADO Y RUBRICADO. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. **Sebastian Sastre Papiol**, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.