



Roj: **STS 3915/2019** - ECLI: **ES:TS:2019:3915**

Id Cendoj: **28079110012019100631**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **11/12/2019**

Nº de Recurso: **358/2017**

Nº de Resolución: **656/2019**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **PEDRO JOSE VELA TORRES**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP S 440/2016,**
STS 3915/2019

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 656/2019

Fecha de sentencia: 11/12/2019

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 358/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 27/11/2019

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

Procedencia: AUD.PROVINCIAL DE CANTABRIA SECCION N. 4

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

Transcrito por: MAJ

Nota:

CASACIÓN núm.: 358/2017

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

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 656/2019

Excmos. Sres.

D. Francisco Marin Castan, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Saraza Jimena

D. **Pedro Jose Vela Torres**



D. Juan Maria Diaz Fraile

En Madrid, a 11 de diciembre de 2019.

Esta sala ha visto el recurso de casación interpuesto por la Administración Concursal de Emilio Bolado e Hijos S.L., representada por el procurador D. Pablo Hornedo Muguero, bajo la dirección del letrado D. Calixto Alonso del Pozo, contra la sentencia núm. 443/2016, de 8 de noviembre, dictada por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, en el recurso de apelación núm. 366/2016, dimanante del concurso ordinario 238/2013 (incidente concursal núm. 14), del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander. Ha sido parte recurrida el Ayuntamiento de Santander, representado por el procurador D. Eduardo Moya Gómez y bajo la dirección letrada de D. José Luis Marcos Flores.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia*

1.- La procuradora D.ª María González-Pinto Coterillo, en nombre y representación del Excmo. Ayuntamiento de Santander, interpuso demanda de incidente concursal frente a la Administración Concursal de la mercantil Emilio Bolado e Hijos S.L., en la que solicitaba se dictara sentencia:

"por la que se acuerde:

"1.º- La corrección de las discrepancias e inclusión de las omisiones advertidas en las cantidades reconocidas por la A.C. como créditos contra la masa devengados y pendientes de pago (Anexo 3 del quinto informe trimestral de liquidación), de los que es titular crediticio el Excmo. Ayuntamiento de Santander, en la forma señalada en el hecho primero de este escrito de demanda.

"2.º- El reconocimiento como crédito contra la masa a favor del Excmo. Ayuntamiento de Santander de la deuda derivada de la ejecución subsidiaria para obras de demolición de edificio sito en la Avda. Candina nº 1, propiedad de la concursada por importe de doscientos veintiún mil cuatrocientos veintitrés euros con veintiséis céntimos (221.423,26 €)."

2.- La demanda incidental fue presentada el 2 de febrero de 2016 y repartida al Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander, se registró con el núm. 238/2013 - incidente concursal núm. 14 -. Una vez admitida a trámite, se emplazó a la parte demandada.

3.- La administración concursal de Emilio Bolado e Hijos S.L., contestó a la demanda mediante escrito en el que solicitaba:

"[...] dicte sentencia teniendo por allanada a esa administración concursal respecto de la corrección de las discrepancias que se establecen en el punto primero del hecho primero de la demanda, y con desestimación expresa del resto de los pedimentos del incidente, y especialmente el atinente al reconocimiento como crédito contra la masa de la deuda derivada por la ejecución subsidiaria de obras de demolición, con imposición de las costas procesales a la promotora del incidente"

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, el magistrado-juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander dictó sentencia n.º 158/2016, de 22 de abril, con la siguiente parte dispositiva:

"Estimo parcialmente la demanda incidental interpuesta por el ayuntamiento de Santander, debiendo procederse a la corrección de discrepancias e inclusión de omisiones advertidas en las cantidades reconocidas por la Administración Concursal como créditos contra la masa devengados y pendientes de pago de lo que es titular el Ayuntamiento de Santander en la forma señalada en el hecho primero de la demanda incidental rectora del presente procedimiento, testimonio de la cual se incorporará a la presente resolución, desestimando el resto de la misma. Sin imposición de costas."

SEGUNDO.- *Tramitación en segunda instancia*

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación del Ayuntamiento de Santander.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Cantabria, que lo tramitó con el número de rollo 366/2016 y tras seguir los correspondientes trámites, dictó sentencia en fecha 8 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva establece:

"Que debemos estimar y estimamos el recurso de apelación interpuesto por el AYUNTAMIENTO DE SANTANDER, contra la ya citada sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Santander, revocando



parcialmente la misma en el sentido de reconocer como crédito contra la masa el que ostenta el AYUNTAMIENTO DE SANTANDER derivado de la realización de las obras de demolición en régimen de ejecución subsidiaria, sin realizar condena al pago de las costas de ninguna de las dos instancias".

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

1.- La procuradora D.^a Josefa Ramos Durango, en representación de la administración concursal de Emilio Bolado e Hijos S.A., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primero.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del artículo 1098 del Código Civil, en relación con el artículo 98 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (Ley 30/92) y los artículos 23 y 24 del Reglamento de Disciplina Urbanística (Real Decreto 2187/1978, de 23 de junio), respecto al nacimiento del crédito concursal al declararse la obligación de demolición de la edificación ruinoso de la concursada.

"Segundo.- Al amparo del artículo 477.1 LEC, por infracción del art. 84.2.10º de la Ley Concursal, respecto a la fecha del devengo de obligaciones nacidas de la Ley"

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 13 de febrero de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir el recurso de casación por la representación procesal de la Administración Concursal de Emilio Bolado e hijos S.L. contra la sentencia dictada en segunda instancia, el 8 de noviembre de 2016, por la Audiencia Provincial de Santander, Sección Cuarta, en el recurso de apelación 366/2016 dimanante del incidente concursal 238/2013 seguido ante el Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Santander."

3.- Se dio traslado a la parte recurrida para que formalizara su oposición, lo que hizo mediante la presentación del correspondiente escrito.

4.- Por providencia de 7 de octubre de 2019 se nombró ponente al que lo es en este trámite y se acordó resolver el recurso sin celebración de vista, señalándose para votación y fallo el 27 de noviembre de 2019, en que ha tenido lugar.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- *Resumen de antecedentes*

1.- El 6 de mayo de 2013, el Ayuntamiento de Santander declaró la ruina urbanística de un inmueble propiedad de Emilio Bolado e Hijos S.L. y le concedió un plazo de dos meses para que lo demoliera.

2.- El 13 de junio siguiente, la propiedad comunicó al Ayuntamiento la imposibilidad material y financiera de acometer dicha resolución y solicitó que, en régimen de ejecución subsidiaria, procediera a la demolición a su costa.

3.- El 4 de julio de 2013, se declaró en concurso a Emilio Bolado e Hijos S.L.

4.- El 10 de julio de 2013, el Ayuntamiento de Santander dictó un decreto de demolición, en régimen de ejecución subsidiaria, del mencionado inmueble.

5.- El Ayuntamiento solicitó que el crédito resultante de dicha ejecución subsidiaria fuera clasificado como crédito contra la masa, mientras que la administración concursal sostuvo que debía ser calificado como crédito concursal.

6.- En el correspondiente incidente concursal, el juzgado del concurso consideró que se trataba de un crédito concursal, puesto que había nacido con la orden de demolición, de fecha anterior al concurso.

7.- El recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento fue estimado por la Audiencia Provincial, que consideró que el derecho de crédito nació con el decreto que acordó la ejecución subsidiaria. En consecuencia, ordenó su reconocimiento como crédito contra la masa del art. 84.2.10º de la Ley Concursal (LC).

SEGUNDO.- *Recurso de casación. Momento del nacimiento del crédito derivado de la ejecución forzosa de una obligación de hacer*

Planteamiento:



1.- La administración concursal ha interpuesto un recurso de casación basado en dos motivos.

En el primero, denuncia la infracción del art. 1098 CC, en relación con el art. 98 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común y los arts. 23 24 del Reglamento de Disciplina Urbanística (Real Decreto 218/1978, de 23 de junio).

En el segundo, denuncia la infracción del art. 84.2.º10 LC, respecto de la fecha de devengo de las obligaciones nacidas de la Ley, en relación con las sentencias de esta sala 55/2011, de 23 de febrero, 504/2011, de 1 de julio, y 253/2011, de 5 de abril.

2.- Los dos motivos tienen un mismo fundamento argumental: el derecho de crédito del Ayuntamiento surgió con la orden de demolición, momento en que la administración municipal resulta acreedora de la prestación. Incluso la cuantificación económica de la ejecución subsidiaria fue anterior a la declaración de concurso.

Además, alega la recurrente que, conforme a la jurisprudencia de la sala, hay que atender al momento del devengo del crédito y no al de su exigibilidad.

3.- Como quiera que ambos motivos se refieren a una misma cuestión jurídica, se resolverán conjuntamente.

Decisión de la Sala:

1.- La ejecución subsidiaria supone la realización efectiva y material del contenido resolutorio de un acto administrativo en los casos en que no se lleve a efecto de manera voluntaria por parte del obligado a ello. La Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas (art. 98 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, vigente a la fecha en que ocurrieron los hechos; actual art. 102 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre) prevé que las administraciones públicas realizarán el acto, a costa del obligado, por sí o a través de las personas que determinen, y el importe de los gastos y los daños y perjuicios se exigirá a través del procedimiento administrativo de apremio. Dicho importe puede liquidarse de forma provisional y realizarse antes de la ejecución, a reserva de la liquidación definitiva.

La ejecución subsidiaria no incorpora ningún elemento o gravamen adicional al propio acto que trata de ejecutarse, porque se trata de una ejecución por sustitución del obligado y a costa de éste.

2.- Estas previsiones administrativas tienen su equivalente civil en el art. 1098 CC, que regula la ejecución forzosa de la obligación de hacer, al establecer en su primer párrafo que "Si el obligado a hacer alguna cosa no la hiciere, se mandará ejecutar a su costa".

Conforme a este precepto, para que proceda dicha ejecución forzosa debe haber un incumplimiento de la obligación de hacer, si bien la jurisprudencia de esta sala ha matizado que previamente debe hacerse al deudor un requerimiento de realización de aquello a que viene obligado (sentencias 707/2005, de 27 de septiembre; 49/2011, de 15 de febrero; y 601/2014, de 30 de octubre).

Al interpretar el art. 1098 CC, la sentencia de 3 de julio de 1989 declaró:

"Tan solo en el caso en que no pueda conseguirse el cumplimiento voluntario o forzoso de la obligación entra en juego el principio *nemo factum cogi potest* y la prestación primitiva se transforma subsidiariamente en la de indemnizar, pero para que nazca esta acción de resarcimiento es indispensable que el incumplimiento sea voluntario, es decir, que se deba a dolo o culpa del deudor".

En consecuencia, el crédito que pueda surgir de la ejecución forzosa no nace directamente con la obligación de hacer, sino con su incumplimiento. Máxime si, como era el caso, el obligado contaba con un plazo de cumplimiento voluntario. Es decir, si la propietaria del inmueble hubiera cumplido la orden de demolición en el plazo concedido por el ayuntamiento, ningún crédito dinerario habría surgido a favor de éste.

3.- En el caso objeto de enjuiciamiento, se produjo una situación intermedia, puesto que la empresa obligada a la demolición no agotó el plazo de ejecución voluntaria, sino que solicitó del ayuntamiento que fuera dicha administración quien ejecutara la obra a costa del administrado. Fue ahí donde nació el crédito municipal, a expensas de ulterior liquidación. Y como quiera que esa fecha (13 de junio de 2013), fue anterior a la declaración del concurso, el crédito debe calificarse como concursal y no como crédito contra la masa.

Si, habiendo existido incumplimiento anterior a la declaración de concurso, el crédito hubiera sido ya liquidado (cuantificado en su importe), el crédito tendría cuantía propia; mientras que, si todavía no estuviera liquidado, sería contingente sin cuantía propia.

Por tanto, puesto que ya estaba cuantificado y el principal fue de 184.519,38 €, el 50% de dicha cantidad debe reconocerse como crédito con privilegio general del art. 91.4º LC y el 50% restante como crédito ordinario; mientras que los 36.903,88 € del recargo de apremio han de reconocerse como crédito subordinado del art. 92.3º LC.



4.- En consecuencia, debe estimarse el recurso de casación y, al asumir la instancia, desestimarse el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento, a fin de confirmar la sentencia de primera instancia, en los términos expuestos.

TERCERO.- Costas y depósitos

1.- De conformidad con lo previsto en el art. 398.2 LEC, al haberse estimado el recurso de casación, no procede hacer expresa imposición de las costas causadas por el mismo.

2.- A su vez, la estimación del recurso de casación conlleva la desestimación del recurso de apelación, por lo que deben imponerse al recurrente las costas por él causadas, según determina el art. 398.1 LEC.

3.- Procede acordar también la devolución del depósito constituido para el recurso de casación y la pérdida del constituido para el de apelación y casación, de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartados 8 y 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- Estimar el recurso de casación interpuesto por la administración concursal de Emilio Bolado e Hijos S.L. contra la sentencia núm. 443/2016, de 8 de noviembre, dictada por la Audiencia Provincial de Cantabria (Sección 4ª), en el recurso de apelación núm. 366/2016, que casamos y anulamos.

2.º- Desestimar el recurso de apelación interpuesto por el Ayuntamiento de Santander contra la sentencia núm. 158/2016, de 22 de abril, dictada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander, que confirmamos con las precisiones indicadas en el fundamento jurídico segundo.

3.º- No hacer expresa imposición de las costas del recurso de casación.

4.º- Imponer al Ayuntamiento de Santander las costas del recurso de apelación.

5.º- Ordenar la devolución del depósito constituido para la interposición del recurso de casación y la pérdida del interpuesto para el recurso de apelación.

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.