

**BASE DE DATOS DE Norma DEF.-**

Referencia: NCJ064690

TRIBUNAL SUPREMO

Sentencia 61/2020, de 3 de febrero de 2020

Sala de lo Civil

Rec. n.º 1154/2017

SUMARIO:

Concurso de acreedores. Clasificación de créditos. Fianza solidaria en garantía de un préstamo hipotecario. Fiadores con condición de persona especialmente relacionada con la concursada. Crédito subordinado. La cuestión controvertida gira en torno a la clasificación de un crédito que los demandantes tienen frente a la sociedad concursada. Este crédito deriva de la fianza solidaria que habían otorgado a favor de un banco y en garantía de la devolución de un préstamo hipotecario. Atendiendo al momento en que se afianzó el préstamo hipotecario y su ampliación, los dos fiadores solidarios, ahora demandantes, tendrían la consideración de personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada: uno de ellos, por entonces era socio con una participación en el capital social superior al 10%; y la otra, era su cónyuge. Pero teniendo en cuenta el momento en que realizaron el pago al banco acreedor, en su calidad de fiadores solidarios, entonces ya no tenían esa condición de personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada, pues para entonces ninguno de los dos era socio. Aunque el fiador asuma la condición de acreedor frente a la sociedad deudora principal, respecto de lo pagado al acreedor principal como consecuencia de la fianza, a los efectos previstos en el art. 87.6 LC no cabe hablar del nacimiento de una nueva deuda social, sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que ahora sean los fiadores quienes estén legitimados para reclamarla. Cuando menos por lo que respecta al importe de la deuda satisfecha y sus intereses. Por lo que se trata de un crédito subordinado. De este modo, en un caso como el presente, para clasificar el crédito de reembolso de la deuda social satisfecha por el fiador, y, en concreto, para comprobar si el fiador era persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, por ser socio de la concursada con una participación superior al 10% de capital social, el momento relevante es aquel en que se afianzó el crédito. Se entiende, a estos efectos, que el crédito cuya clasificación es objeto de impugnación nació con el afianzamiento y no más tarde con el pago del crédito afianzado. Lo relevante es que los fiadores demandantes, cuando asumieron la fianza, se hallaban en esa situación descrita por el art. 93.2.1.º LC.

PRECEPTOS:

Ley 22/2003 (Concursal), arts. 87.6 y 93.2.1.º.
Código Civil, arts. 1.838, 1.839 y 1.852.

PONENTE:

Don Ignacio Sancho Gargallo.

Magistrados:

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO
Don RAFAEL SARAZA JIMENA
Don PEDRO JOSE VELA TORRES
Don JUAN MARIA DIAZ FRAILE

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 61/2020



Fecha de sentencia: 03/02/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1154/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/01/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4.ª

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

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1154/2017

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. 61/2020

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo
D. Rafael Sarazá Jimena
D. Pedro José Vela Torres
D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 3 de febrero de 2020.

Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 4.ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, como consecuencia de autos de juicio ordinario seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao. El recurso fue interpuesto por Humberto y de Fátima, representados por la procuradora María Leceta Bilbao y bajo la dirección letrada de Antonio Parga Gamallo. Es parte recurrida la entidad Ebam Administradores Concursales S.L.P. designada como administradora concursal de la mercantil Albergue Naval de Sestao S.L., representada por el letrado Aitzol Asla Uribe; la entidad Dipe 98 S.L. representada por el procurador Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld, bajo la dirección Letrada de Federico Pérez-Iñigo Arguiñarena.

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

ANTECEDENTES DE HECHO



Primero. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora María Leceta Bilbao, en nombre y representación de Humberto y de Fátima, interpuso demanda incidental de impugnación de lista de acreedores ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao, contra la administración concursal de la entidad Albergue Naval Sestao S.L., para que dictase sentencia por la que:

A) En relación con el reconocimiento y la calificación de los créditos de don Humberto doña Fátima deben ser reconocidos y clasificados como:

"1. La totalidad de los créditos a favor de D. Humberto y D.ª Fátima deben ser atribuidos indistintamente a los esposos por su carácter ganancial.

"2. El crédito por importe de 2.362.375,73 euros (acción de reembolso fiador por pago Crédito Banco Santander) debe de ser considerado como crédito con privilegio especial (art. 90.1).

"3. Subsidiariamente este crédito debe de ser considerado como Ordinario (art. 89.3).

"4. El crédito por importe de 306.800 € (acción de reembolso fiador por pago Crédito Ipar Kutxa) debe ser reconocido como crédito ordinario (art. 89.3).

5. Deben ser considerado como créditos subordinado (art.92.) el siguiente: Por importe de 1.703.378,1 € (1.148.220 euros de amortización anticipada del crédito hipotecario, y 509.213,1 € préstamos o aportaciones no capitalizadas y 7.445,92 intereses y comisiones Crédito Ipar Kutxa).

"B) En relación con los créditos de don Plácido, prefabricación y Montajes Navales S.L., Argakare S.L. y Dipe 98 S.L. los mismos deben ser recogidos en la lista de acreedores del informe de la Administración concursal, con la calificación de:

"1. Contingentes, sin cuantía propia y con la calificación que corresponda.

"2. Subsidiariamente subordinados por importe de 2.362.375,73 € imponiéndose el pago de las costas del incidente a los demandados que comparezcan resistiendo a la demanda".

2. El procurador Xabier Núñez Irueta, en representación de la entidad mercantil Dipe 98 S.L., contestó a la demanda incidental coadyuvando con la administración concursal y pidió al Juzgado que dictase sentencia por la que:

"Desestime íntegramente todos los pedimentos de la parte actora, confirmando la lista de acreedores conformada por la Administración concursal, y con expresa condena en costas a la parte demandante, con los demás pronunciamientos que sean de hacerse en derecho".

3. El letrado Aitzol Asla Uribe miembro de la mercantil Ebam Administradores Concursales S.L., a quien se ha asignado la administración concursal de la mercantil Albergue Naval Sestao S.L., contestó a la demanda y suplicó se dictara sentencia por la que:

"Desestime la demanda incidental presentada de adverso y en consecuencia dicte sentencia en tal sentido, confirmando la lista de acreedores presentada por esta Administración Concursal, condenando expresamente en las costas procesales a la parte demandante".

4. El Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao dictó sentencia con fecha 9 de julio de 2015 cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO:



Debo estimar y estimo parcialmente la demanda incidental interpuesta por Humberto y Fátima contra la Administración concursal y la concursada, Albergue Naval Sestao S.L. En su consecuencia:

"1. Rectifique por la AC la lista de acreedores, incluyendo a los demandantes como titulares los siguientes créditos: A. Crédito privilegiado especial por importe de 2.362.375,73 euros (derivado de la subrogación en el crédito del Banco de Santander); B. Crédito ordinario por importe de 306.800 euros (principal) y subordinado por importe de 7.445,92 euros (intereses), derivado de la subrogación en el crédito de Ipar Kutxa).

"2. No ha lugar a incluir en la lista de acreedores crédito alguno a favor de Plácido, Prefabricación y Montajes Navales S.L., Argake S.L. y Dipe 98 S.L.

"Las costas procesales no son impuestas a ninguna de las partes".

Segundo. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la mercantil Dipe 98 S.L. El letrado Aitzol Asla Uribe miembro de la mercantil Ebam Administradores Concursales S.L. (administradora concursal de la entidad Albergue Naval de Sestao S.L.) presentó escrito impugnando la resolución.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia, mediante sentencia de 2 de noviembre de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Que estimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador don Xabier Núñez Irueta, en representación de Dipe 98 S.L. y la impugnación formulada por don Aitzol Asla Uribe, Letrado y miembro de la mercantil Ebam Administradores Concursales, designada Administrador Concursal de Albergue Naval Sestao S.L., contra la sentencia de fecha 9 de julio de 2015, dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado-Juez del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Bilbao, en los Autos de Incidente Concursal 96 147/2015, de los que este rollo dimana, debemos revocar y revocamos la sentencia apelada en el sentido de desestimar la pretensión de modificación de la clasificación del crédito de don Humberto y de doña Fátima al Banco de Santander, sin expreso pronunciamiento de las causadas en los recursos".

Por auto de fecha 20 de enero de 2017 se aclaró la anterior sentencia, cuya parte dispositiva dice:

"La sala dispone: Rectificar el fallo de la sentencia dictada en el presente rollo con fecha 2 de noviembre de 2016, en el sentido que donde dice "desestimar la pretensión de modificación de la clasificación del crédito de don Humberto y de doña Fátima frente al Banco de Santander..." deberá decir "desestimar la pretensión de modificación de la clasificación del crédito de don Humberto y de doña Fátima derivada de la subrogación en el crédito del Banco de Santander..."".

Tercero. *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación*

1. La procuradora María Leceta Bilbao en representación de don Humberto y de Fátima, interpuso recurso extraordinario de infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 4.^a de la Audiencia Provincial de Bizkaia.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Infracción del art. 218.1 y 218.2 LEC en relación con el art. 24 CE.

"2º) Infracción de los arts. 216 y 218 LEC.

"3º) Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24 CE".

El motivo del recurso de casación fue:



"1º) Infracción de la doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo en relación con los arts. 1838 y 1839 CC. En su aplicación al concepto de "momento de nacimiento del derecho del crédito" recogido en el artículo 93.2.1 de la Ley Concursal".

2. Por diligencia de ordenación de 8 de marzo de 2017, la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección 4.ª, tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados, 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 a Humberto y Fátima, representados por la procuradora María Leceta Bilbao; y como parte recurrida la mercantil Dipe 98 S.L. representada por el procurador Federico Ortiz-Cañavate Levenfeld; y el letrado Aitzol Asla Uribe en representación de la entidad Ebam Administradores Concursales S.L.P., designada administradora concursal de la entidad Albergue Naval de Sestao S.L.

4. Esta sala dictó auto de fecha 3 de abril de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"1.º) Admitir el recurso de casación e inadmitir el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por la representación procesal de D. Humberto y D.ª Fátima contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección Cuarta) de fecha 22 de noviembre de 2016 y su auto de aclaración de fecha 20 de enero de 2017, en el rollo de apelación núm. 49/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario núm. 147/2015, del Juzgado de lo Mercantil núm.1 de Bilbao.

"2.º) Se imponen las costas del recurso extraordinario por infracción procesal a la parte recurrente".

5. Dado traslado, la representación procesal de Dipe 98 S.L. y Ebam Administradores Concursales S.L.P. (designada administradora concursal de la entidad Albergue Naval de Sestao S.L.), presentaron escritos 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 8 de enero de 2020, 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, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

La sociedad Albergue Naval Sestao S.L. (en adelante, Albergue Naval) se constituyó el 16 de febrero de 2005. Humberto era titular de participaciones que representaban más del 10% del capital social, en concreto el 47%.

El 27 de febrero de 2006, Banco Santander S.A. concedió un préstamo hipotecario a Albergue Naval por un importe de 6.100.000 euros, que fue afianzado por Humberto y su mujer Fátima, y también por otros socios. El préstamo hipotecario fue ampliado, el 6 de junio de 2008, a 9.100.000 euros.

El 18 de diciembre de 2009, Caja Laboral Popular Cooperativa de Crédito (en adelante, Caja Laboral) concedió un préstamo a Albergue Naval de 472.000 euros, que también fue avalado por Humberto y Fátima.

El 28 de junio de 2013, como consecuencia de una reducción a cero del capital social de Albergue Naval, Humberto perdió la condición de socio.

El 27 de mayo de 2014, se declaró el concurso de acreedores de Albergue Naval.

El 29 de mayo de 2014, ante el incumplimiento de Albergue Naval, Humberto y Fátima tuvieron que pagar a Caja Laboral 314.522,92 euros.

Y el 14 de agosto de 2014, ante el incumplimiento de Albergue Naval, Humberto y Fátima tuvieron que pagar a Banco Santander 2.362.375,73 euros.



2. Humberto y Fátima impugnaron la lista de acreedores y, en lo que ahora interesa, solicitaron que se les reconocieran los siguientes créditos: un crédito concursal con privilegio especial de 2.362.375,73, derivado de la subrogación por pago en el crédito de Banco de Santander y, subsidiariamente, que se clasificara como ordinario; un crédito concursal ordinario por importe de 306.800 euros, y otro subordinado por importe de 7.445,92 euros (intereses), derivados ambos de la subrogación por pago en un crédito de Caja Laboral; y otros créditos subordinados por un importe total de 1.703.378,1 euros (1.148.220 euros de amortización anticipada del crédito hipotecario, 509.213,1 de préstamos o aportaciones no capitalizadas y 7.445,92 de intereses y comisiones del crédito de caja laboral).

3. El juzgado mercantil estimó en parte la demanda y, en lo que ahora interesa, reconoció el crédito con privilegio especial de 2.362.375,73 euros (derivado de la subrogación en el crédito del Banco de Santander), así como el crédito ordinario de 306.800 euros y el subordinado de 7.445,92 euros por intereses (derivados de la subrogación en el crédito de Caja Laboral).

4. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Dipe 98 S.L., quien impugnó el pronunciamiento relativo a la clasificación como crédito con privilegio especial del crédito de 2.362.375,73 euros derivado de la subrogación en el crédito de Banco de Santander. El recurrente argumentaba que este crédito debía clasificarse como subordinado, pues el crédito se entiende que nació con la concesión de la fianza por los dos fiadores que ahora comparecen como acreedores demandantes.

La Audiencia Provincial estima el recurso de apelación y acuerda la subordinación del crédito de 2.362.375,73 euros, en aplicación del art. 87.6 LC. En lo que ahora interesa, la sentencia de apelación razona en el siguiente sentido.

"La subrogación por pago, que es una de las facultades que la ley concede al fiador para que recupere lo que ha pagado, que está regulada en el art. 1839 CC, no determina el nacimiento de un nuevo crédito del fiador frente al deudor sino que es el mismo crédito que se concertó con el primitivo acreedor, en su integridad, si el pago ha sido total y en parte, si el pago ha sido parcial, que se transfiere al fiador con los derechos anexos en el momento de constitución de la fianza (art. 1852 CC).

[...]

"Y si el fiador se subroga en el crédito y derechos anexos del acreedor primitivo, el momento a tomar en consideración para determinar si el fiador es o no persona especialmente relacionada con el deudor será aquél en el que se realiza el acto del que nace la obligación de pago o cumplimiento de la obligación primitiva".

5. Frente a la sentencia de apelación, los demandantes han interpuesto un recurso extraordinario por infracción procesal, que ha sido inadmitido, y un recurso de casación, articulado en un solo motivo.

Segundo. Recurso de casación

1. Formulación del motivo. El motivo denuncia la infracción de los arts. 1838 y 1839 CC, en su aplicación al concepto de momento de nacimiento del derecho de crédito recogido en el art. 93.2.1 LC.

En el desarrollo del motivo razona que se ha infringido "el art. 1838 CC, que reconoce al avalista la acción indemnizatoria o de regreso y que ha de haberse estimado adecuadamente, junto con la consolidada jurisprudencia (...), hubiera implicado la desestimación del recurso de apelación al no poder apreciarse la concurrencia en el acreedor de la condición de persona especialmente vinculada al concursado por no concurrir al momento del nacimiento del derecho de crédito la especial vinculación descrita en el art. 93 de la Ley Concursal".

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

2. Desestimación del motivo. La cuestión controvertida gira en torno a la clasificación de un crédito que los demandantes tienen frente a la sociedad concursada de 2.362.375,73 euros. Este crédito deriva de la fianza solidaria que habían otorgado los dos demandantes a favor de un banco y en garantía de la devolución de un préstamo hipotecario. Si nos atenemos al momento en que se afianzó el préstamo hipotecario y su ampliación, los dos fiadores solidarios, ahora demandantes, tendrían la consideración de personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada (Albergue Naval), conforme a lo previsto en el art. 93.2.1º LC: uno de ellos (Humberto), por entonces era socio con una participación en el capital social superior al 10%; y la otra (Fátima), era su cónyuge.



Pero si nos atenemos al momento en que realizaron el pago al banco acreedor (29 de mayo de 2014), en su calidad de fiadores solidarios, entonces ya no tenían esa condición de personas especialmente relacionadas con la sociedad concursada, pues para entonces ninguno de los dos era socio. Habían dejado de serlo unos meses antes (28 de junio de 2013), como consecuencia de la reducción a cero del capital social de Albergue Naval sin que acudieran a la ampliación de capital.

3. Como el banco se dirigió contra los dos fiadores demandantes y estos tuvieron que pagar la suma 2.362.375,73 euros, a la hora de proceder al reconocimiento y clasificación de créditos en el concurso de la sociedad deudora, resulta de aplicación la regla contenida en el inciso segundo del art. 87.6 LC. Este precepto, después de regular que "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", añade:

"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".

Está claro que el crédito del banco acreedor, en la medida en que estaba garantizado con hipoteca, tenía la condición de crédito con privilegio especial. La cuestión radica en determinar qué clasificación merecería el crédito de los fiadores, tras hacer pago del crédito del banco afianzado, pues aquella que sea más beneficiosa para el concursado es la que determinará la clasificación de este crédito.

Para ello debemos atender a si a los efectos de clasificar este crédito de los fiadores, resulta de aplicación la regla del art. 93.2.1º LC. Esto es, si merecen la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor, en función de cuándo se entiende que nació el crédito. El art. 93.2.1º LC dispone lo siguiente:

"2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:

"1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior".

El recurso argumenta que la acción ejercitada era la de reembolso y no la subrogatoria, y que el crédito reclamado con la primera se entiende que nace con el pago por el fiador de la deuda afianzada. Pero, como veremos a continuación, a efectos concursales, esto no es así, pues no cabe dar distinto tratamiento concursal al crédito del fiador frente al deudor afianzado, en función de si es ejercitada una u otra acción, cuando se reclama el importe de la deuda satisfecha y los intereses.

4. Como recuerda la sentencia 761/2015, de 30 de diciembre, el fiador que paga la obligación garantizada dispone de dos acciones para hacer efectiva la vía de regreso frente al deudor principal: un derecho de reembolso (art. 1838 CC) y una facultad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839 CC):

"el Código Civil reconoce al fiador que paga una doble facultad, derivada de su condición de acreedor del deudor principal que adquiere al pagar la deuda garantizada, con una misma finalidad (que el cumplimiento de la obligación de fianza no le suponga un quebranto patrimonial) pero de contenido diverso, entre las que el fiador puede elegir.

"(...) tanto la acción de reembolso o regreso como la acción subrogatoria son mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para la efectividad de un principio básico de la regulación de las garantías otorgadas por terceros, como es que el tercero que paga, y se convierte por ello en acreedor del deudor principal, no sufra, en lo posible, un quebranto patrimonial y pueda resarcirse con cargo al deudor principal, que no pagó".

Aunque el fiador asuma la condición de acreedor frente a la sociedad deudora principal, respecto de lo pagado al acreedor principal como consecuencia de la fianza, a los efectos previstos en el art. 87.6 LC no cabe hablar del nacimiento de una nueva deuda social, sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que



ahora sean los fiadores quienes estén legitimados para reclamarla. Cuando menos por lo que respecta al importe de la deuda satisfecha y sus intereses. Cuestión distinta podría ser en lo que respecta al eventual crédito de indemnización de daños y perjuicios, al que legitima también la acción de reembolso, que en este caso no consta se haya ejercitado.

En el mismo sentido nos pronunciamos en la sentencia 20/2020, de 16 de enero, en un supuesto que, si bien no es idéntico, sí guarda cierta relación de analogía, pues, con ocasión de una acción de responsabilidad ex art. 367 LSC, interesaba determinar en qué momento se podía entender que había nacido el derecho de crédito del fiador, una vez pagado el crédito afianzado, frente a la sociedad deudora, para determinar si era anterior o posterior a la aparición de la causa de disolución. En esa sentencia declaramos lo siguiente:

"El derecho del fiador a reclamar de la sociedad deudora lo pagado no es propiamente una nueva deuda social, sino una modificación subjetiva de la obligación originaria, un cambio de acreedor. Esto que resulta muy claro en el caso de la acción subrogatoria del art. 1839 CC, también lo sería cuando en la acción de reembolso se reclama la deuda satisfecha por el fiador y los intereses (ordinales 1º y 2º del art. 1838 CC)".

De este modo, en un caso como el presente, para clasificar el crédito de reembolso de la deuda social satisfecha por el fiador, y, en concreto, para comprobar si el fiador era persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, por ser socio de la concursada con una participación superior al 10% de capital social, el momento relevante es aquel en que se afianzó el crédito. Se entiende, a estos efectos, que el crédito cuya clasificación es objeto de impugnación nació con el afianzamiento y no más tarde con el pago del crédito afianzado. Lo relevante es que los fiadores demandantes, cuando asumieron la fianza, se hallaban en esa situación descrita por el art. 93.2.1º LC: Humberto era socio con una participación en el capital social superior al 10% y Fátima era su cónyuge.

Tercero. Costas

Desestimado el recurso de casación, imponemos a la parte recurrente las costas ocasionadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

FALLO

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

1.º Desestimar el recurso de casación interpuesto por Humberto y Fátima contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 4.ª) de 2 de noviembre de 2016 (rollo 49/2016), que conoció de la apelación de la sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 9 de julio de 2015 (incidente concursal 147/2015).

2.º Imponer a la parte recurrente las costas de su recurso y la pérdida del depósito constituido para recurrir en casación.

Líbrense 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.

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