

ción a una gestión eficaz de los medios materiales y personales disponibles. Dicha actividad sanitaria no consiste siempre en curar al enfermo o en obtener un resultado positivo, pues los conocimientos obtenidos en este ámbito no siempre permiten asegurar que vayan a ser efectivos en todos los enfermos, ni que todas las patologías puedan ser curadas. Sólo son indemnizables aquellos daños que el perjudicado no tenga obligación jurídica de soportar de acuerdo con la ley, de manera que los que se derivan de la naturaleza enfermable de la condición humana no tienen el carácter de antijurídicos. En el caso, el daño sufrido por la demandante fue consecuencia de una mala asistencia sanitaria, por lo que ha de ser indemnizado. En cuanto al importe de la indemnización, hay que tener en cuenta que se está ante la muerte de un feto cuya gestación había concluido, por lo que, sin la circunstancia que le llevó a la muerte, habría nacido sin más problemas, debiendo equipararse el valor de la misma a la de un recién nacido. Se fija una indemnización de 250.000 euros, puesto que no se está solamente ante un feto viable y al fin de su período de gestación, sino ante un feto postmaduro, cuya gestación se había prolongado más allá de la semana 40 y que, de no haberse producido los hechos —deficiente atención médica dispensada a la madre durante el parto— habría llegado a nacer, por lo que a efectos patrimoniales ha de ser equiparado a un nacido, sin que sean de aplicación las normas civiles que exigen 24 horas de vida independiente, enteramente separado del claustro materno, para adquirir personalidad jurídica. La cantidad señalada, si bien no puede dejar indemne a la demandante, ya que por su naturaleza la pérdida de un hijo nunca puede ser enteramente compensada, dadas las circunstancias que rodean el caso es adecuada y cubre, en lo posible, el daño moral sufrido.

Excluidos de la posibilidad de concertación los centros que no optan por la coeducación

TS Sala Tercera, de lo Contencioso-administrativo, Secc. 4ª, S 23 Jul. 2012
 Ponente: Martínez-Vares García, Santiago LA LEY 110633/2012

sumario

EDUCACIÓN.—Centros docentes privados.—Financiación con recursos públicos.—Denegación de acceso al régimen de conciertos educativos y denegación de la renovación del concierto existente, por tratarse de centros educativos privados de educación diferenciada por sexos.

Si bien se reconoce la legitimidad del sistema docente de educación diferenciada por sexos, se excluye a esos centros de la posibilidad de concertar con la administración competente su sostenimiento con fondos públicos. Así resulta del art. 116 LOE (LA LEY. 4260/2006). En modo alguno se menciona entre los criterios que permiten la concertación el que los centros se acojan al sistema de coeducación. Pero es obvio que, previamente, el art. 84 LOE que expresamente se refiere a «la admisión de alumnos» ha excluido de la posibilidad de concertación a los centros de educación diferenciada por sexos, al prohibir en su núm. 3 la discriminación por sexo en la admisión de alumnos, existencia de discriminación que es previa al cumplimiento del resto de las condiciones que se exigen para lograr la suscripción del concierto. En el caso, el concierto había agotado sus efectos por el transcurso del plazo para el que se convino. Y si no era posible otorgar las nuevas unidades solicitadas porque existía un criterio añadido de admisión de alumnos que lo impedía, por esa misma razón no era posible renovar el concierto extinguido ya que existía ese distinto criterio que lo imposibilitaba. Por tanto, la administración no utilizó o ejerció su potestad administrativa de denegación de nuevas unidades o de no renovación de las concertadas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. ■



Tribuna

El crédito del fiador contra el deudor declarado en concurso

LA LEY 17797/2012

El crédito del fiador contra el deudor declarado en concurso

Javier LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA

Doctor en Derecho. Abogado.

Socio-director de HispaColey Servicios Jurídicos, S. L. P.

Recientes sentencias del Tribunal Supremo, de 26 de marzo de 2012 y 25 de mayo de 2012, han abordado la calificación que ha de darse al crédito del fiador contra el deudor declarado en concurso: la primera rechazando que el crédito por reembolso del fiador, tras el pago realizado una vez declarado el concurso, pueda ser considerado como un crédito contra la masa; y la segunda afirmando que el crédito por reembolso del fiador, por el pago realizado antes de la declaración de concurso pero referido a intereses debidos al acreedor, debe calificarse como crédito subordinado. En este artículo exponemos el tratamiento que los Tribunales vienen dando al crédito que el fiador pueda disponer en vía de regreso contra el deudor principal declarado en concurso (por subrogación o por reembolso), distinguiendo las diferentes hipótesis que pueden darse en la práctica.

I. PLANTEAMIENTO

En otro artículo, publicado en el número correspondiente al 10 de diciembre de 2010 de esta misma revista (1), expusimos el tratamiento jurisprudencial que se ha venido dando a la clasificación de los créditos garantizados con fianza solidaria en el concurso del fiador, defendiendo la necesidad de atender a si en el caso concreto el deudor principal ha incumplido, a si el crédito garantizado no fuera exigible, y a las posibles cláusulas que contenga el contrato. Cuestión sobre la que se han sucedido otros artículos doctrinales (2) y algunas resoluciones de interés, queriendo aprovechar para destacar las sentencias de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 3.ª) de 15 de junio de 2011 y de 12 enero de 2012, declarándose en esta última a que «si el deudor principal ha incumplido, el crédito contra el fiador solidario debe calificarse como ordinario, privilegiado o subordinado, según la clasificación que corresponda al crédito garantizado, puesto que es facultad del acreedor, habida cuenta la solidaridad entre los deudores, dirigirse indistintamente contra el deudor prin-

cipal o contra el fiador solidario (...). Es por ello que, siendo aplicable a la fianza solidaria el art. 1144 CC y concordantes del mismo cuerpo legal, así como los correspondientes que prevé la Ley Concursal (arts. 85.5 y 161), y no existiendo en dicha Ley Concursal norma alguna que determine cuál debe ser la calificación del crédito contra el fiador con renuncia al beneficio de excusión (art. 87.5, a sensu contrario), la clasificación que corresponde a los créditos contra el fiador solidario declarado en concurso es la misma que correspondería a la obligación garantizada. Debiendo tenerse presente, finalmente, que la legislación concursal no solo contempla el concurso de varios deudores solidarios (art. 85.5 de la Ley Concursal), sino que prevé los mecanismos necesarios para evitar cualquier situación de enriquecimiento injusto por el acreedor del fiador solidario, siendo aplicable la prohibición de duplicidad de pagos que prevé el art. 161 de la propia Ley Concursal, en tanto que —como mantiene el Tribunal Supremo— el fiador debe ser considerado como si de un deudor principal se tratara, con la cualidad de *in solidum*. Por ello cuando el deudor principal también está declarado en

concurso sin haber cumplido la obligación afianzada, tras la declaración del concurso el pago de créditos concursales no será posible hasta la fase de convenio o liquidación, por lo que en esos casos es consustancial el incumplimiento, pudiendo entonces el acreedor dirigirse indistintamente frente al fiador solidario (ex art. 1831.3 CC)».

Ahora nos proponemos un acercamiento al tratamiento que los Tribunales vienen dando en sede concursal a otros de los efectos que derivan del contrato de fianza: a los que provienen de las relaciones que surgen entre el fiador y el deudor principal en caso de que éste sea declarado en concurso, particularmente a la calificación que ha de darse a los créditos que pueda ostentar en vía de regreso el fiador contra el deudor principal declarado en concurso (por subrogación o por reembolso), distinguiendo las diferentes hipótesis que pueden darse en la práctica: si la fianza no se ha ejecutado una vez declarado el concurso, y por tanto el fiador en ese momento aún no ha pagado nada; y si la fianza se ejecuta una vez declarado el concurso. Naturalmente, si la fianza se hubiera ejecutado antes de la declaración del concurso, el acreedor afianzado no sería titular del crédito, sino que el único acreedor sería el fiador; no obstante, también repasaremos esa hipótesis, con referencia a la reciente sentencia del Tribunal Supremo que ha declarado que, en tal caso, el crédito que tengan su origen en los intereses debidos al acreedor deben ser calificados como créditos subordinados, aunque el fiador haya ejercido la acción de reembolso que prevé el art. 1838 CC.

II. ANTES DE QUE SE EJECUTE LA FIANZA, ¿EXISTE UN CRÉDITO DEL FIADOR CONTRA EL DEUDOR, A RECONOCER COMO CRÉDITO CONTINGENTE?

Conviene recordar que en el contrato de fianza encontramos tres sujetos: fiador, acreedor y deudor. La obligación del fiador surge de la relación obligatoria externa enablada entre él mismo y el acreedor, mientras que la relación de orden simplemente interno entre el fiador y el deudor principal (en ese caso, declarado en concurso) puede llegar incluso a no existir, por la eventual disociación o ausencia de entendimiento entre ambos; por tanto, la fianza puede existir aún incluso cuando se dé a espaldas del deudor principal, bien porque éste simplemente lo ignore (la llamada fianza espontánea o inconsciente *debitori*: art. 1838.2 *in fine* CC), bien porque se dé a favor de otro fiador —además del deudor principal— sin que este úl-

timo lo sepa o incluso se niegue a ello (art. 1823.2 CC). En definitiva, el contrato de fianza lo celebran el fiador y el acreedor. El deudor fiado no es parte del contrato, que es válido pese a que este deudor lo ignore e incluso lo contradiga (art. 1823.2 CC, y SSTs de 21 de febrero de 1956 y 31 de enero de 1977).

Las partes que intervienen en el contrato de fianza son únicamente el acreedor titular del crédito afianzado, y el fiador que lo garantiza, de modo que en virtud del contrato de fianza el fiador se obliga frente al acreedor, y no frente al deudor principal cuya deuda se afianza

No obstante, desde que se perfecciona el contrato de fianza celebrado entre el fiador y el acreedor, surge *ex lege* una relación entre el deudor y el fiador, de la que nacen unos efectos que aparecen regulados en los arts. 1838 y ss. CC (en una sección cuya rúbrica es «De los efectos de la fianza entre el deudor y el fiador»), pero de los que no cabe considerar que antes de la ejecución de la fianza el fiador ostente ningún derecho de crédito (por subrogación o por reembolso) contra el deudor declarado en concurso. Sin el pago por fiador, estos derechos de crédito no surgen, señalando el art. 1838 CC que «el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste» (dando lugar a un crédito por reembolso), mientras que el art. 1839 CC dispone que «el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor» (dando lugar a un crédito por subrogación).

Ante la cuestión acerca de «si han de ser reconocidos en el concurso créditos por avales prestados por entidades financieras a la concursada (avales con cuenta especial, pólizas de afianzamiento), cuando aún no han sido ejecutados», la magistrada ORELLANA CANO (3) mantiene «que no procede reconocer dichos créditos a favor de las entidades financieras ni siquiera con carácter contingente, siempre que aquéllas hayan comunicado sus créditos. Los créditos avalados ya habrán sido reconocidos en el concurso, pero a favor de los titulares de los créditos, es decir, los acreedores principales avalados. Los créditos a favor de la entidad que prestó el aval no han nacido porque los avales no han sido ejecutados. Una vez ejercitada la acción por el avalado frente al avalista se producirá una novación subjetiva del crédito en la persona del acreedor (arts. 1838 y 1839 CC), y

en ese momento el banco pasará a ser acreedor en el concurso ocupando la posición del avalado. El reconocimiento de un crédito contingente supondría reconocer en el concurso dos veces un mismo crédito, a favor del avalado con la clasificación que le corresponda, y a favor del banco con la calificación de contingente. Si se reconociera el crédito como contingente podría ocurrir que nunca se conformara si no llegara a ejecutarse el aval. El caso de créditos en los que el acreedor disfrute de fianza (o aval) de un tercero está expresamente prevista en el art. 87.6 LC, como un supuesto especial de reconocimiento y, conforme se colige del mismo, han de ser reconocidos por su importe sin limitación alguna al favor del acreedor principal, «sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador». Ello supone que el fiador, o en este caso avalista, no tiene derecho, hasta que pague, al reconocimiento de un crédito en el concurso».

Sin embargo, como advierte ORELLANA CANO, «el problema, no obstante, puede surgir para el avalista, si el acreedor principal no comunica el crédito, ya que, en dicho caso, no podrá procederse a la subrogación, por lo que podría distinguirse, a efectos del reconocimiento, si consta o no reconocido, el crédito del acreedor principal. En el primer caso, no procederá el reconocimiento del crédito del avalista; mientras que en el segundo deberá reconocerse como contingente. En definitiva, se trata de no reconocer dos veces un mismo crédito».

Así pues, desde luego no cabe reconocer doblemente un derecho de crédito que cuente con la garantía de terceros: una vez a favor del acreedor del concursado, y otra vez a favor del fiador del concursado para el caso de que se subrogue tras pagar al acreedor, dado que la propia Ley tal sustitución. Pero en nuestra opinión, y precisamente para evitar la problemática que señala ORELLANA CANO, ello no debe impedir que el fiador pueda comunicar el crédito de que es titular el acreedor; crédito en el que, llegado el caso (si finalmente paga al acreedor), es posible se subrogue el fiador, siendo oportuno recordar a este propósito que la Ley Concursal legitima para realizar las comunicaciones de créditos a cualquier interesado en el crédito, y no solo al acreedor (cf. su art. 85.2).

Asimismo, consideramos que también debe admitirse el reconocimiento separado del crédito por reembolso con carácter contingente. Ha declarado en tal sentido el Juzgado de lo Mercantil

núm. 1 de Oviedo, en sentencia de 25 de mayo de 2011 (pte.: Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes) que «íntimamente ligada a la cuestión objeto de debate aparece una segunda, cual es si el fiador conserva la dualidad de acciones del Derecho común o solo puede introducir su crédito en el concurso vía subrogatoria. A juicio de este juzgador, el hecho de que el art. 87.6 contemple la vía subrogatoria no excluye la posibilidad del reembolso siempre que el fiador haya comunicado su crédito como contingente [*diritto condizionato*, rezaba el art. 791 del Código italiano, o, más gráficamente, con FERRARA insinuado *per memoria* (*Il fallimento*, pág. 302, nota 32)]».

III. SI LA FIANZA SE EJECUTA TRAS LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO DEL DEUDOR, ¿QUÉ CALIFICACIÓN PROCEDE PARA EL CRÉDITO DEL FIADOR?

1. Regla general: la calificación que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador

La calificación del crédito del acreedor cuyo crédito se encuentra afianzado aparece prevista por la propia Ley Concursal en su art. 87.6 («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»), en el que además se determina cuál será la calificación del crédito del fiador para el caso de que éste pague tras la declaración de concurso: «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».

Como es sobradamente conocido, tras la modificación operada en este precepto por el RDL 3/2009, de 27 de marzo, quedó superada la división de posturas jurisprudenciales y —sobre todo— doctrinales acerca de la interpretación que había de darse al reconocimiento de los créditos en los que el acreedor disfruta de fianza de tercero, hablándose entonces de la tesis «literalista» frente a la «correctora» (4), habiéndose pronunciado además el Tribunal Supremo a favor de la segunda en sentencia de 22 de diciembre de 2011 (pte.: Excmo. Sr. Jesús Corbal Fernández) (5). Y tras la reforma realizada por la Ley 38/2011, el nuevo apartado 4 del art. 97 LC se remite a aquel artículo al indicar que «cuando proceda la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores, se tendrán en cuenta

las reglas siguientes para la clasificación del crédito: (...) en caso de pago por pago por avalista, fiador o deudor solidario, se estará a lo dispuesto en el art. 87.6».

Por tanto, para evitar que un fiador especialmente relacionado con el deudor en concurso, obtenga en el concurso —tras subrogarse en el crédito del acreedor por pago— una mejor posición que la que le correspondería en virtud de su especial vinculación con el deudor (ex art. 93), la LC determina que «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», siendo ese el propósito del legislador al establecer tal postergación, de modo que el sentido del art. 87.6 inciso segundo LC es el de considerar postergados solo aquellos créditos de los fiadores especialmente relacionados con el deudor, una vez que se hayan subrogado en la posición jurídica del acreedor principal como consecuencia del pago, tal y como declaró en su momento el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid, en sentencia de 5 de julio de 2005 (pte.: Ilmo. Sr. D. Antoni Frigola i Riera).

2. Supuestos en los que el crédito del fiador tenga la vocación de privilegiado, sin existir especial relación con el concursado

Los Tribunales vienen admitiendo como excepción a la postergación que impone el art. 87.6 LC, que en caso de que la fiador haya garantizado su crédito contra el deudor con alguna garantía real, su crédito sea privilegiado especial, incluso aunque el crédito del acreedor afianzado fuera ordinario. Así, en un supuesto de contrato de afianzamiento en el que se había pactado una garantía hipotecaria sobre una finca, la Audiencia Provincial de Albacete (Sección 1.ª), en sentencia núm. 90/2012, de 30 de marzo (pte.: Ilmo. Sr. D. Eduardo Salinas Verdeguer), ha declarado que «no hay inconveniente para que como en este caso el derecho de reintegro del fiador esté garantizado con hipoteca, a diferencia del crédito del acreedor afianzado, que no goza de esta garantía y tampoco inconveniente para que obtenga la calificación que corresponde teniendo en cuenta la garantía real convenida. Por otro lado, la norma del art. 87.6 tiene la finalidad de evitar que a través del afianzamiento de un crédito se puedan violar las normas sobre graduación de los créditos, a través del afianzamiento de personas próximas o interesadas, lo que no ocurre en este caso. Además, no consta que la sociedad de garantía recíproca recurrente haya satisfecho cantidad alguna a la acreedora, por lo que no se da el caso previsto en el art.

87.6, por ello hay que estimar la petición de la parte recurrente, aplicando la regla del art. 90. Uno. Primero de la Ley Concursal, según el cual “son créditos con privilegio especial: los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes hipotecados o pignoralizados”».

Pero por su extensa y completa fundamentación, queremos destacar lo declarado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, en sentencia de 25 de mayo de 2011 (pte.: Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes), en el que aborda la clasificación crediticia que ha de merecer el crédito de regreso (en sentido amplio, comprensivo, bien de la acción de reembolso, bien de la acción subrogatoria) del fiador contra el deudor declarado en concurso, en un supuesto en el que la Administración Concursal mantenía que pese a tener garantizado el fiador su derecho de regreso con una hipoteca sobre un inmueble de la concursada, debía soportar la clasificación crediticia del acreedor originario (cuyo crédito era meramente ordinario).

En el fundamento de derecho segundo de esta sentencia, el juez expone detalladamente el estado de la cuestión en la doctrina científica, tanto española como italiana, comenzando con el planteamiento del problema de interpretación que persiste respecto al art. 87.6 LC:

«FD SEGUNDO. Superada ya, tras la reforma operada por el RDL 3/2009, la disputa entre las que se vinieron en denominar interpretación “litelarista” (*sic*) y “correctora” del art. 87.6 LC, no con ello se acaban las dudas exegéticas que plantea tan desafortunado precepto. Como señala PERDICES HUETO (*Fianza y concurso. Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, págs. 81 y ss.) “la redacción literal de esta norma no es tan feliz, ni mucho menos, como a primera vista pudiera parecer (...) la misma peca en su literalidad tanto por defecto como por exceso. Así, de un lado, deja fuera supuestos que siguiendo la lógica del legislador debería comprender, como los del acreedor principal subordinado afianzado por un garante común o privilegiado (...). Pero, por otro lado, comprende supuestos que no tiene sentido que acoja, como los referidos a los supuestos donde acreedor principal y fiador ostentan créditos de distinta clase pero ninguno de ellos subordinado, y donde la letra de la Ley parece conducir inexplicablemente a una calificación a la baja del crédito privilegiado”».

Seguidamente, la sentencia expone cómo el profesor PERDICES HUETO concluye que la postergación del art. 87.6 solo tiene sentido en aquellos casos en



que se trata de sancionar a un sujeto por su especial relación con el deudor:

«Tras esta exposición inicial aborda expresamente el caso litigioso, esto es, que el fiador ordinario goce como contragarantía frente al deudor de un derecho real mientras el acreedor principal es simplemente ordinario, para concluir que la postergación del art. 87.6 “solo tiene sentido en aquellos casos en que se trata de asegurar un efecto querido por la Ley e indisponible para las partes: sancionar a un sujeto por su especial relación con el deudor, impidiéndole ocupar en el concurso una posición distinta a la que por su estigma personal y subjetivo le corresponde”. A tal conclusión llega por una triple vía, a saber:

Una interpretación textual (aunque en nota al pie ya aventura que pueda ser criticable hacer argumentaciones gramaticales en un texto del cual se censura precisamente su redacción literal), pues esa cualidad subjetiva que anida en la *mens legislatoris* como razón última de la postergación se deduce de la propia redacción del precepto, que hace referencia a la calificación que corresponda a acreedor principal y fiador, no a los créditos por ellos titulados.

Una interpretación sistemática, ya que en los casos de subordinación por razones objetivas la regla del art. 87.6 no funciona; así sucedería en el caso de comunicación tardía del crédito, en que a su juicio carece de sentido que el crédito del acreedor principal se recalifique como subordinado si el fiador comunica extemporáneamente su derecho de reembolso.

Por último, se invoca una “razón técnica”, que viene a corroborar lo que califica el propio autor de “intuición precedente en el sentido de que el art. 87.6 no sea aplicable a las relaciones entre créditos ordinarios y privilegia-

dos”, y que estriba en que, mientras en este caso la onerosidad deriva de una cualidad intrínseca del crédito, contemplada libremente en el momento de su configuración, cuando de un crédito subjetivamente subordinado se trata, la razón de tal postergación deriva de unas cualidades personales indisponibles para su titular, no eludibles en el momento de crear y configurar el crédito».

Sigue la sentencia con referencia a la tesis mantenida por la profesora CORDERO LOBATO, quien mantiene que el fiador conserva en sede concursal tanto la acción de regreso o reembolso del art. 1838 CC como la subrogatoria del art. 1839 CC, y que, por tanto, si el cumplimiento de la obligación de regreso del concursado afianzado está asegurado con una garantía real, por el hecho de que el deudor haya sido declarado en concurso, ello no puede suponer para el fiador la pérdida de las garantías que, en su caso, asegurasen el cumplimiento de la obligación de regreso:

«La opinión de CORDERO LOBATO (*Comentarios a la Ley Concursal*, vol. I, art. 87, págs. 1.032 y ss.) es buena muestra del conflicto que esta norma provoca en el operador jurídico entre el “ser” y el “deber ser”. Esta autora, para la que el fiador *solvens* conserva en sede concursal tanto la acción de regreso o reembolso del art. 1838 CC como la subrogatoria del art. 1839, principia afirmando “si el cumplimiento de la obligación de regreso del concursado afianzado está asegurado con una garantía real, no pensamos que la opción que permite el final del art. 87.6 LC signifique que la Administración Concursal pueda decidir que el fiador *solvens*, en lugar de ejercitar la vía de regreso y beneficiarse de la condición de acreedor con garantía real, deba necesariamente ejercitar de forma subrogatoria el derecho que

el acreedor tenía contra el deudor. No creemos que el hecho de que el deudor haya sido declarado en concurso pueda suponer para el fiador la pérdida de las garantías que, en su caso, asegurasen el cumplimiento de la obligación de regreso, no solo por lo bárbaro de la hipótesis (que constituiría un injustificado flujo de rentas desde el fiador hasta los restantes acreedores), sino también por lo previsto en el art. 1843 CC, donde, precisamente, el concurso del deudor afianzado permite al fiador —entre otras opciones— exigir una garantía de cobertura».

Prosigue la autora en su razonamiento: «una vez visto lo que, en nuestra opinión, no puede significar la norma, queda por determinar cuál es su verdadero significado (...) si el crédito puede calificarse de subordinado o de ordinario, mejor que si lo calificamos como privilegiado. Es decir, que sacrificamos el interés del acreedor afianzado o del fiador para que la operación de calificación resulte menos gravosa para el concurso. Pues bien, pese a que con anterioridad nos mostramos en contra de ello, creemos que la única interpretación posible de la norma es ésta, pues no adivinamos otra interpretación minimizadora razonable de la misma. Y teniendo en cuenta que alguna interpretación debemos darle, le daremos la única posible: si existiera alguna garantía real que asegurase el cumplimiento de cualquiera de las obligaciones en juego (la obligación afianzada y la deuda de regreso), el fiador deberá ver reconocido su condición de acreedor (originario o por subrogación) en el crédito que no esté dotado de garantía real alguna, pues, dada la absoluta preferencia de los créditos con privilegio especial sobre los bienes afectos (cf. arts. 154 a 158 LC), otra solución sería más gravosa para el concurso. En definitiva, la LC está penalizando al acreedor garantizado o al fiador en vía de regreso».

Añade lo mantenido por FÍNEZ RATÓN:

«También FÍNEZ RATÓN (*Tratado práctico concursal*, III, pág. 528) aboga por una interpretación literal sobre la base de que la finalidad de la norma es proteger el concurso y el resto de acreedores, lo que requiere que el pasivo sea lo menos gravoso posible, lo que a su juicio avala que "la única forma de ingresar el fiador en el concurso sea mediante el crédito concursal del acreedor, es decir, vía subrogatoria y no por el reembolso, ni mediante las garantías de refuerzo que el fiador hubiera podido convenir con el deudor concursado para el aseguramiento de su eventual crédito"».

Y, finalmente, el juez pasa a exponer su posición, de nuevo con referencia

constante a los estudios doctrinales realizados sobre esta cuestión:

«Ciertamente, en su literalidad, la norma resulta desconcertante y carece de precedentes, al menos en lo que el conocimiento de este juzgador alcanza, en el Derecho patrio y comparado. Antes al contrario, las escasas fuentes a las que podemos recurrir o bien parten de la existencia de un *insider* (vid. art. 311 del borrador de anteproyecto de la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, en ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, «Disolución y liquidación de la sociedad de responsabilidad limitada», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, año LXIX, septiembre-octubre 1993, núm. 618, págs. 1.506 y ss.; art. 510 *Bankruptcy Code*) o bien se limitan a señalar que el codeudor que tiene un derecho de hipoteca o prenda sobre los bienes del fallido en garantía de su acción de regreso concurre en el *fallimento* por la suma por la cual tiene hipoteca o prenda, si bien el acreedor principal tiene un derecho preferente sobre el producto de la venta del bien gravado para hacerse pago total o parcial de su crédito (art. 63 *Legge Fallimentare*). Los tratadistas italianos no han dedicado especial atención a la clasificación crediticia que hubiere de merecer el crédito de regreso del fiador con garantía real, seguramente por la falta de una previsión similar a la del art. 87.6 y, principalmente, porque dicho precepto, al igual que acontecía con el anterior art. 791 del Código de Comercio italiano de 1882 centraban su interés en regular la insinuación del crédito eventual del fiador y el derecho del acreedor principal sobre la garantía real constituida a favor del *coobligato* o *fideiussore*. No obstante BONELLI (*Del Fallimento*, II, pág. 468) concluye "che il fideiussore sia compreso nella massa per la somma per la quale ha la garanzia, cioè considerato como creditore puramente hipotecario" (en el mismo sentido BRUNETTI, *Diritto fallimentare italiano*, pág. 314), si bien en el momento de liquidación de la garantía el acreedor principal tiene un derecho preferente (una subrogación en la garantía, dice SATTA, *Derecho de quiebra*, pág. 214) a hacerse pago de cuanto se le deba y si el fiador ha pagado parte del crédito "la garanzia, dopo sfruttata dal creditore, resterebbe naturalmente a difesa dell'azione di regresso"» (BONELLI, *op. cit.*, pág. 468).

En esta línea distingue GUILARTE ZAPATERO (*Comentarios al Código Civil y compilaciones forales*, XXIII, pág. 251 y 252) entre los efectos que constituyen una consecuencia directa e inmediata del nacimiento de la fianza, como el reintegro del fiador y su subrogación en los derechos del acreedor cuando éste ha sido satisfecho, el derecho de regreso frente al deudor principal o la

relevación de la fianza, que se rigen todos ellos por las normas propias de la fianza, y «las otras consecuencias que, surgidas antes, al tiempo o con posterioridad a la constitución de la fianza, no derivan propiamente de ésta y permanecen al margen de la misma: así, la compensación del fiador (...); o la constitución por el deudor de una garantía real a favor del fiador para asegurar el riesgo que para éste deriva de la asunción de la fianza, etc. Efectos estos que habrán de regirse por los particulares pactos convenidos en cada caso y que no se proyectan, normalmente, sobre la regulación específica de la fianza».

Y concluye el Juzgado considerando que «la acción de regreso (en el sentido amplio antes comentado) con garantía real conserva su carácter privilegiado, ya tenga lugar por reembolso (art. 1838 CC), ya por subrogación (art. 1839). En efecto, mediante el reembolso se ejerce una acción propia y distinta de las que pertenecían al acreedor principal, por lo que no hay motivo para desvestirla de las garantías anejas, y en lo tocante a la subrogación, el hecho de que por la misma se transmitan al subrogado los derechos y acciones que tenía el acreedor principal por virtud del préstamo no implica que pierda las que por derecho propio le asisten por la hipoteca de máximo sobre la nave de la concursada. No existiendo vínculos de subordinación entre las partes del contrato de fianza no hay razón para perjudicar a quien se ha preocupado de reforzar su derecho de regreso con una garantía real».

3. ¿Estamos ante un crédito contra la masa?

Si bien nuestra posición coincide con la expuesta por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, tanto en lo que respecta al posible reconocimiento separado del crédito por reembolso del fiador con carácter contingente, como respecto a la no pérdida del carácter privilegiado si el crédito del fiador cuenta como contragarantía con una garantía real (y siempre por supuesto que no sea una persona especialmente relacionada con el concursado, en los términos del art. 93 LC), no podemos dejar de mencionar cómo asimismo se ha planteado que el crédito por reembolso del fiador pueda ser calificado como un crédito contra la masa por considerar deriva de un contrato vigente.

Sin embargo, hemos de insistir en que las partes que intervienen en el contrato de fianza son únicamente el acreedor titular del crédito afianzado, y el fiador que lo garantiza, de modo que en virtud del contrato de fianza el fiador se obliga frente al acreedor, y no frente al deu-

dor principal cuya deuda se afianza. Lo que, según se ha advertido, no significa que la fianza no produzca efectos de la fianza entre el fiador y el deudor, apareciendo estos efectos previstos *ex lege* en el propio Código Civil (arts. 1838 y ss.). Pero el hecho de que el contrato de fianza sea un contrato celebrado entre el fiador y el acreedor titular del crédito afianzado, y no un contrato celebrado entre el fiador y el deudor principal, impide en nuestra opinión que a la relación entre el fiador y el deudor principal declarado en concurso se pueda considerar aplicable el régimen previsto en la Ley Concursal para los contratos con obligaciones recíprocas en los que el concursado sea parte (arts. 61 y ss.), y en particular que el crédito del fiador contra el deudor declarado en concurso pueda tener la consideración de «crédito contra la masa» por no resultar de prestaciones a cargo del concursado en un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (art. 84.2.6 LC).

Así lo ha declarado el Tribunal Supremo, en sentencia de 26 de marzo de 2012 (pte.: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel), en la que advierte que «la reciprocidad, convertida en determinante del ámbito de aplicación de los artículos que se dicen infringidos, no es calidad atribuible al derecho de la fiadora al reintegro de lo que pagó a los acreedores de la concursada, pues no tiene correspondencia con contraprestación alguna a favor de la obligada al reembolso y a cargo de la fiadora. Tampoco el crédito (...) a las comisiones convenidas a cargo de la deudora principal, concursada, es recíproco de la obligación asumida por aquélla de pagar o cumplir por ésta, ya que la relación de fianza propiamente existe entre fiadora y acreedor, que son las dos partes del contrato de garantía —sentencias de 31 de enero de 1977 y 23 de marzo de 1988—, aunque el último hubiera exteriorizado su aceptación *ex post* y por un acto concluyente —en el caso, al reclamar el pago a la fiadora—».

IV. SI LA FIANZA SE EJECUTA ANTES DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO DEL DEUDOR, ¿QUÉ CALIFICACIÓN PROCEDE PARA EL CRÉDITO DEL FIADOR POR INTERESES DEBIDOS AL ACREEDOR?

Si la fianza se hubiera ejecutado antes de la declaración del concurso, el acreedor afianzado ya no sería titular del crédito, sino que el único acreedor sería el fiador, quien o bien se habría subrogado por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra

el deudor (art. 1839 CC), o bien tendría un nuevo crédito por reembolso, conforme al art. 1838 CC («el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por éste. La indemnización comprende: 1. La cantidad total de la deuda. 2. Los intereses legales de ella desde que se haya hecho saber el pago al deudor, aunque no los produjese para el acreedor. 3. Los gastos ocasionados al fiador después de poner éste en conocimiento del deudor que ha sido requerido para el pago. 4. Los daños y perjuicios, cuando procedan»).

Recientemente, en sentencia de 25 de mayo de 2012 (pte.: Excmo. Sr. José Ramón Ferrándiz Gabriel), el Tribunal Supremo se ha pronunciado respecto a si el crédito del fiador por los intere-

ses debidos al acreedor, y que él como fiador ha pagado, ha de ser calificado como subordinado o como ordinario, en su caso. El supuesto se refiere a la controversia planteada acerca de si merecía ser calificado como ordinario o como subordinado el crédito contra la concursada de que era titular una sociedad de garantía recíproca, en la condición de fiadora de la misma, puesto que la deuda había sido cumplida por la garante antes de la declaración del concurso, pretendiendo la fiadora que el crédito por intereses que ella abonó se calificara como crédito ordinario y no subordinado, dado que si bien los intereses serían objeto de un crédito subordinado si los hubiera reclamado la entidad prestamista, al reclamarlos la fiadora —tras haberlos

abonado al anterior titular— el derecho adquirió la condición de un crédito ordinario, añadiendo que su derecho por reembolso no era el mismo que el de la anterior acreedora, dado que había nacido no de ese pago, sino directamente del contrato que había celebrado con la deudora.

Sin embargo, el Tribunal Supremo ha considerado que «en caso de concurso del deudor, la subrogación en un crédito subordinado, como es el que tiene por objeto los intereses pagados al acreedor, no favorece al fiador, como consecuencia de la antes mencionada regulación de distribución legal de las pérdidas entre los distintos acreedores. De modo que a los interesados, pese a que pueden, en ejercicio de sus autó-

nomas voluntades, excluir la subrogación como efecto del pago, no les está permitido eludir en el concurso aquella calificación —art. 6.2 CC—, por más que puedan establecerla», y que aunque «la fiadora recurrente, al cumplir la deuda de la prestataria, adquirió contra ésta el derecho a lo que establece el art. 1838 CC. Pero en el ejercicio de la acción de reembolso “por la cantidad total de la deuda” se subrogó en la posición de la acreedora. Y, al haber sido declarada en concurso la deudora, su crédito a recuperar por lo que pagó a la prestamista por los intereses derivados del préstamo, tiene la consideración de subordinado, por las razones objetivas y de origen que resultan de la regla tercera del art. 92 de la Ley 22/2003 y han sido expuestas». ■

NOTAS

- (1) LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J., *El crédito contra el fiador solidario declarado en concurso. Su tratamiento jurisprudencial*. Artículo publicado en *Diario LA LEY*, núm. 7525, año XXXI (diciembre de 2010), Editorial LA LEY.
- (2) V. gr., BRENES CORTÉS, J., «Calificación del crédito contra el fiador solidario declarado en concurso», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 16, Sección Varía, primer semestre de 2012, págs. 185 y ss.

- (3) En «Cuestiones prácticas sobre clasificación de créditos», III Foro de Encuentro entre Jueces y Profesores de Derecho Mercantil, Toledo, 10 y 11 de junio de 2010.
- (4) Para una síntesis de las diferentes posiciones, v., entre otros muchos, VALPUESTA GASTAMINZA, E. M., «El reconocimiento de los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero (notas para una interpretación del art. 87.6 LC)», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 8, Sección Comunicaciones, primer semestre de 2008, págs. 407 y ss.; y REDONDO TRIGO, F.,
- «Una reflexión crítica sobre el artículo 87.6 de la Ley Concursal, la jurisprudencia de intereses y el utilitarismo», *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, noviembre-diciembre 2008, págs. 2.544 y ss.
- (5) Ha declarado que «la redacción originaria del inciso segundo del art. 87.6 LC es confusa, y no permite extraer una conclusión unívoca, y aun cuando es cierto que, desde el punto de vista de la interpretación gramatical podría deducirse una solución más favorable a la tesis literalista, sin embargo la propia falta de claridad conduce a la necesidad de acudir a otros

elementos interpretativos, y, al respecto, de la interpretación sistemática y teleológica resulta como criterio más razonable el que se mantiene en el recurso, consistente en limitar el alcance de la existencia de la relación que “degrada” la calificación del crédito a solo cuando éste lo ostenta el fiador, y no cuando lo hace valer el acreedor [afianzado] frente al deudor concursado. No tiene sentido que la condición del crédito del acreedor principal dependa de que el crédito esté o no afianzado, haciendo de peor condición al que tiene la garantía respecto del que no la tiene, cuando la relación especial que inficiona el crédito es ajena a dicho acreedor principal».



Conciertos benéficos participativos 2012

Dos únicos conciertos con obras de Manuel de Falla y Gabriel Fauré interpretadas por músicos profesionales, aficionados y empleados de las empresas colaboradoras, cuyos beneficios íntegros se destinarán a financiar las actividades educativas de la Fundación Balía, ONG que lucha por combatir la exclusión social de jóvenes y niños.

Más de 200 intérpretes:
Madrid Sinfonietta Orchestra | Coro de Empleados de Wolters Kluwer España
Coro «Nexo» AENOR | Coro de la Universidad de Valladolid
Coro Disney VoluntEARS Sing | Coro de niños de la Sierra de Madrid
Coro Infantil «Harmonía Pueri»
Solistas: Pamela Melero (soprano), Pablo Corbí (barítono)
Dirección: Manuel Tévar



Ayúdale a abandonar la pobreza y no los estudios

Concierto para sonrisas, coro y orquesta

Madrid, sábado 10 de noviembre / 22:30 h | Auditorio Nacional de Música, Sala Sinfónica
Valladolid, sábado 24 de noviembre / 19:00 h | Auditorio Miguel Delibes, Sala Sinfónica

Entradas	
Concierto de Madrid > http://www.entradasinaem.es Seleccionando «Sala Sinfónica» y luego «Concierto Participativo»	Concierto de Valladolid > http://www.auditoriomigueldelibes.com Seleccionando «Comprar entradas»
Y si no puedes acudir, apoya esta iniciativa adquiriendo «fila 0» Información_fila0@wke.es	

Fundación Balía
por la infancia
Ante la exclusión,
hazte público

Organizan: Wolters Kluwer España, Fundación Wolters Kluwer España

Colaboran: GOBIERNO DE ESPAÑA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN, CULTURA Y DEPORTE, inaem, INSTITUTO NACIONAL DE LA AVISIÓN, 25 AÑOS, RAMIRO, AENOR, IDG.es, The Walt Disney Company Spain & Portugal, laclave creación 2.0, GRÁFICAS MAGAÑA, fernando molina, LUCIUR