

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Oviedo, de fecha 8 de junio de 2005, y acuerda que la administración concursal deberá reconocer y calificar el derecho del acreedor principal conforme le corresponda, en aplicación de la clase de crédito de que se trate y del privilegio que legalmente pueda tener reconocido (arts. 89 a 92 L.C.), y únicamente en el caso de que el fiador lleve a cabo el pago al deudor concursado, y así lo comunique oportunamente a la administración concursal, será cuando entre en juego la aplicación del repetido inciso segundo del art. 87-6 L.C, conclusión que por otra parte se ve reforzada si tenemos presente que la norma cuestionada se ubica sistemáticamente en sede de “Comunicación y reconocimiento de créditos” (Sección 2ª, Capítulo III, Título IV de la Ley) y no en sede de “Clasificación de los créditos” (Sección 3ª), como sería lógico en el caso de tratarse de una regla de subordinación legal: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO: Por la concursada "Trefkoel Llanes, S.L. Sociedad Unipersonal" se formula impugnación contra la calificación contenida en el informe elaborado por la Administración concursal en el que se reconoce un crédito a favor de Barclays Bank por importe de 253.847,03 euros con la calificación de privilegiado especial del art. 90-1-1º L.C., pretendiendo la impugnante que se le otorgue la calificación de crédito subordinado por aplicación de lo dispuesto en el art. 87-6 en relación art. 92-5º L.C., para lo cual se alega que con fecha 31 julio 2002 la citada entidad bancaria otorgó a Trefkoel Llanes un préstamo con garantía hipotecaria que venía además afianzado con carácter solidario y con renuncia a los beneficios de división y excusión por Don Miguel Ángel, titular de todo el capital social y Administrador único de la mercantil, teniendo por lo tanto el carácter de persona especialmente relacionada con el deudor conforme el art. 93-2 L.C.

SEGUNDO: La interpretación del alcance que merece el art. 87-6 L.C. ha sido probablemente una de las cuestiones más discutidas de las que atañen a la reforma concursal, habiéndose pronunciado la doctrina científica de modo discordante al respecto, desde quienes mantienen una interpretación apegada a la literalidad de la norma (autores como Perdices, Cordero Lobato), hasta quienes desde una hermenéutica que atendiendo a una jurisprudencia de intereses rechazan con firmeza que el crédito afianzado por persona especialmente relacionada con el deudor se "contamine" necesariamente de ese carácter subordinado habida cuenta de las situaciones injustas a que conduce (Carrasco, Alonso Ledesma, Olivencia), pasando por quienes proponen una lectura alternativa de la norma que evite el rigor de sus términos cuando de éstos se deriven consecuencias indeseables (Bermejo, Arias Varona). Por su parte las resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil dictadas hasta la fecha han declarado que la calificación como menos gravosa para el concurso sólo opera en el caso de que el fiador se haya subrogado en la posición del acreedor tras haber realizado aquél el pago (Sentencia Juzgado de lo Mercantil nº 5 de Madrid de 22 marzo 2005, S.J.M. nº 1 de Barcelona de 22 abril 2005). Dispone el art. 87-6 L.C. 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. En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador". La primera intención que indiscutiblemente se evidencia de la norma es la de evitar el fraude que tendría lugar si se permitiera al fiador, persona especialmente relacionada con el deudor, eludir la subordinación a que está afectado su crédito (art. 92-5º y 93 L.C.) en el caso de pagar él al acreedor para dirigirse seguidamente contra el concursado. El problema surge cuando la respuesta que la norma, en una lectura gramatical, da a semejante riesgo aparece como desproporcionada a tal finalidad - repárese que llevaría no solo a calificar ope legis al acreedor principal como

subordinado, sino incluso a declarar extinguidas las garantías de cualquier clase, incluidas las reales, de que pudiera venir revestido su crédito (art. 97-2 L.C.)- a menos que entendamos que aquella busca además otra finalidad añadida cual es la de incentivar que el acreedor principal se dirija extraconcursumente frente al fiador o avalista para la satisfacción de su crédito, liberando así a la masa del concurso del peso de esa deuda.

TERCERO: El núcleo de la cuestión entendemos que pasa por esclarecer el alcance del inciso segundo de la norma, y más concretamente determinar el instante en que surte su operatividad, esto es, si la tarea de calificación del crédito en tales términos ha de tener lugar ex ante o ex post al pago que pueda realizar el fiador. Para ello habremos de tener presente que al fiador que paga por el deudor nuestro Código Civil le reconoce efectivamente a su favor tanto la acción de reembolso en su art. 1838 como la de subrogación en el art. 1839, contempladas además por la jurisprudencia como dos acciones perfectamente diferenciadas (SSTS 4 julio 1953, 22 noviembre 1967, 29 mayo 1984, 13 marzo 1987, 13 febrero 1988). Trasladado este esquema al ámbito concursal encontramos que en la situación anterior al pago el fiador vería limitadas sus posibilidades de insinuación en la masa a la del crédito de reembolso del que sería titular en su caso, crédito que podría ser comunicado y reconocido con el carácter de contingente (art. 87-3 L.C.) mientras que su calificación, dada su naturaleza de crédito autónomo, habrá de correr la suerte de su titular, viéndose en consecuencia legalmente postergado si dicho titular fuera persona especialmente relacionada con el deudor (art. 92-5º y 93 L.C.). Por el contrario las circunstancias que atañen a la acción subrogatoria son distintas dado que por el pago realizado por el fiador surge la subrogación por ministerio del art. 1839 C.Civil, siendo así que, como dice a este respecto la STS 13 febrero 1988, ello no es sino la mera sustitución de la persona del cedente por la del cesionario, en que en razón del crédito en el que se subroga es su sucesor, teniendo lugar en tal caso una "transferencia" de créditos como reza el art. 1212 C.Civil y no una "creación o nacimiento" de un crédito nuevo como ocurre en el caso del derecho a ser indemnizado del art. 1838 C.Civil, pues en la subrogación el crédito que se transmite es el mismo en toda su integridad, extensión y contenido, sin que sufra la más mínima alteración salvo en la exclusiva del cambio de personas, pudiendo el cesionario subrogado, como nuevo acreedor, exigir su cumplimiento en los propios términos en los que les hubiere podido ejercer su anterior acreedor del que es su sucesor. Pues bien, es a esta posibilidad de subrogación del fiador en la posición del acreedor a la que se refiere expresamente el inciso primero del art. 87-6 L.C. al hablar de "y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en el caso de pago por el fiador" y es precisamente aquí donde surge el riesgo de que las reglas de subordinación puedan verse burladas por el fiador que mediante tal mecanismo trata de ocupar la posición del acreedor principal. Para conjurar este peligro viene el inciso segundo de la norma a disponer un mandato aplicable únicamente en la eventualidad de que dicho pago haya tenido lugar, al prever que "en la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador", debiendo en tal caso interpretar que la opción de que habla la norma no viene referida a los créditos (pues se trata de un solo crédito que se mantiene inalterado como ya se ha visto) sino a la calificación que hubiera de corresponder a sus titulares en uno y otro caso. En conclusión, el inciso segundo del art. 87-6 L.C. solo operará ex post al pago llevado a cabo eventualmente por el fiador, como así se interpreta de su relación con el inciso primero. Una interpretación contraria conduciría al dislate, entre otros muchos, de hacer de peor condición al acreedor que observa la diligencia de garantizar su pago mediante un aval personal, por más que se trate de persona relacionada con el deudor,

que al acreedor que desatiende esa garantía y deja su derecho desprotegido. Por otra parte no se atisba en el texto de la Ley Concursal dato o elemento alguno que permita afirmar su intención de incentivar al acreedor para que reclame al margen del concurso su derecho frente al avalista. Más aún, una interpretación contraria llevada a sus últimos resultados llevaría a tan drásticas consecuencias como la de privar de hecho al acreedor afianzado de su derecho en el concurso (efecto expropiatorio como se le ha llamado por algún autor) lo que no parece que pueda ser afirmado razonablemente. En definitiva, la administración concursal deberá reconocer y calificar el derecho del acreedor principal conforme le corresponda en aplicación de la clase de crédito de que se trate y del privilegio que legalmente pueda tener reconocido (arts. 89 a 92 L.C.) y únicamente en el caso de que el fiador lleve a cabo el pago al deudor concursado y así lo comunique oportunamente a la administración concursal será cuando entre en juego la aplicación del repetido inciso segundo del art. 87-6 L.C, conclusión que por otra parte se ve reforzada si tenemos presente que la norma cuestionada se ubica sistemáticamente en sede de "Comunicación y reconocimiento de créditos" (Sección 2ª, Capítulo III, Título IV de la Ley) y no en sede de "Clasificación de los créditos" (Sección 3ª) como sería lógico en el caso de tratarse de una regla de subordinación legal aplicable con la extensión que pretende la parte impugnante, todo lo cual conduce a la desestimación de la demanda incidental formulada» » D. Javier Anton Guijarro.