

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N° 1 de Sevilla, de fecha 14 de julio de 2005, que cita la referida Sentencia de Oviedo, entre otras, considera que la tesis que ha dado en denominarse "literalista" descontextualiza el párrafo, en que se prevé 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", y que el hecho de que el crédito goce de garantía personal no supone limitación alguna, ni cuantitativa ni cualitativa, a su reconocimiento, cuando el apartado 6 del art. 87 de la Ley concursal prevé expresamente la posibilidad de que el fiador, caso de pagar al acreedor, sustituya a éste en el concurso, y es en relación a esta previsión de subrogación, que entra en juego el inciso objeto de la controversia: «FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.- La cuestión fundamental controvertida en este incidente es la calificación que debe darse al crédito de la entidad crediticia impugnante. Mientras que ésta, en su demanda incidental, entiende que el carácter de crédito garantizado personalmente por una persona especialmente relacionada con la concursada no puede alterar la calificación del crédito, la administración concursal entiende que, conforme al art. 87.6 en relación al 92.5 y 93.2.2º de la Ley Concursal, esta garantía personal trae consigo la calificación del crédito como subordinado.

SEGUNDO.- La cuestión objeto de la controversia no es pacífica en la doctrina. En los comentarios a la Ley Concursal y los artículos doctrinales publicados hasta el momento los autores mantienen posturas no coincidentes. Mientras que unos entienden que pese a que las consecuencias del art. 87.6 de la Ley Concursal son muy duras, la "literalidad" del precepto no permite otra interpretación que la que trae consigo la degradación a la categoría de subordinado del crédito del que es titular el acreedor principal, si el mismo fuera ordinario o privilegiado, cuando está garantizado personalmente por una persona especialmente relacionada con el deudor ("dura lex, sed lex"), otros autores entienden que una interpretación del precepto basada en diversos criterios (fundamentalmente el sistemático y el finalista) permite afirmar que tal degradación sólo se produce cuando el garante paga al acreedor y se subroga en su posición en el concurso. Las pocas sentencias dictadas hasta el momento (por todas, varias del Juzgado Mercantil nº 5 de Madrid, la del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Barcelona de 22 de abril de 2005, la del Juzgado de lo Mercantil de Oviedo de 8 de junio de 2005) se inclinan por la segunda de las tesis expuestas.

TERCERO.- Entiendo que la tesis que ha dado en denominarse "literalista" descontextualiza el párrafo en que se prevé 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". No estamos ante un precepto aislado, ubicado en sede de calificación o clasificación de créditos concursales. Dicho precepto es la última parte de un apartado, el apartado 6 del art. 87. Dicho apartado prevé 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". A su vez, el artículo 87 de la Ley Concursal, al que corresponde tal apartado 6, se titula "supuestos especiales de reconocimiento", y en el mismo se regulan varios "supuestos especiales", como su propio nombre indica, de reconocimiento de créditos concursales en los que concurren determinadas circunstancias: condiciones resolutorias o suspensivas, existencia de litigio sobre su existencia o cuantía, créditos que no pueden ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal, etc. A su vez, el art. 87 se ubica en una sección dedicada a regular "la comunicación y reconocimiento de créditos". El apartado 6 del art. 87 de la Ley

Concursal establece, en primer lugar, que los créditos en los que el acreedor disfrute de la fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna. El hecho, pues, de que el crédito goce de garantía personal no supone limitación alguna, ni cuantitativa ni cualitativa, a su reconocimiento, al contrario de lo que ocurre con otros créditos regulados en el art. 87, como por ejemplo los créditos litigiosos o los sometidos a condición suspensiva, cuyo reconocimiento sufre severas limitaciones tanto cuantitativas como cualitativas (art. 87.3). En segundo lugar, dicho apartado 6 del art. 87 de la Ley Concursal prevé expresamente la posibilidad de que el fiador, caso de pagar al acreedor, sustituya a éste en el concurso. Es en relación a esta previsión de subrogación, entiendo, que entra en juego el inciso objeto de la controversia. Efectivamente, si tal inciso no existiera, se daría la paradoja de que personas, concretamente las denominadas en el art. 92.5º de la Ley Concursal como "personas especialmente relacionadas con el deudor", definidas en el art. 93 de la Ley Concursal, respecto de las que la Ley Concursal, en base a un criterio de política legislativa inspirado en una cierta desconfianza sobre su cualidad de acreedor y sobre su participación en la causación de la situación de insolvencia, ha previsto una "degradación" de su cualidad de acreedor, otorgando a los créditos de que son titulares la calificación de subordinados, con la seria limitación de derechos "políticos" (v.g., voto en la junta de la fase de convenio) y económicos (v.g., cómputo del plazo de espera a partir del transcurso del plazo computado respecto de los acreedores ordinarios, cobro en último lugar en caso de liquidación) que tal calificación conlleva, eludirían estas consecuencias negativas mediante la subrogación en el lugar del acreedor al que han hecho pago del crédito en virtud de la fianza prestada, a la vista de la naturaleza de la institución de la subrogación (fundamentalmente, arts. 1212 y 1839 del Código Civil), conforme a la cual el fiador que paga y se subroga en el lugar del acreedor principal lo hace en la situación que éste tenía, es decir, con todos los derechos inherentes al crédito de este acreedor principal. De tal modo que si el crédito de éste fuera un crédito privilegiado, el fiador se convertiría en acreedor privilegiado, si lo fuera ordinario, en acreedor ordinario, si el crédito gozara de otras garantías, el fiador solvens gozaría de esas otras garantías, etc. Para evitar esta situación, el legislador introduce, a continuación de la previsión de subrogación del fiador solvens en el lugar del acreedor principal, el inciso en cuestión. Conforme al mismo, estos créditos (los que ostentan los fiadores que se subrogan por pago al acreedor), en todo caso, serán calificados del modo menos gravoso para el concurso entre los que correspondan al acreedor y al fiador. Por ello, si el fiador es una persona especialmente relacionada con el concursado, el crédito que ostenta por subrogación será calificado como subordinado "en todo caso", es decir, ya fuera el crédito del acreedor principal un crédito ordinario, o fuera privilegiado (por ejemplo, por ser el acreedor un trabajador y estar en el supuesto del art. 91.1 de la Ley Concursal, o tratarse del acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso, como es el caso de autos, art. 91.6 de la Ley Concursal). Y también, por aplicación de la expresión "en todo caso", la calificación del crédito del fiador subrogado del modo menos gravoso para el concurso se producirá cuando se esté en la situación inversa, esto es, cuando fuera el crédito principal subordinado por ser el acreedor una persona especialmente relacionada con el concursado, y sin embargo carecer de tal cualidad el fiador. No se trata tanto de sacar conclusiones tajantes de la ubicación del precepto en un determinado capítulo y sección de la Ley Concursal (puesto que es cierto que en esta ley, como en la mayoría, no existe un orden y una sistematización perfectas y hay preceptos "desubicados"), sino de hacer una interpretación sistemática de la previsión legislativa, poniéndola en relación con las demás con las que tiene relación, y sacando las conclusiones que se entienden acordes

con tal sistema, y que por otra parte no fuerzan, entiendo, la literalidad de la ley. Aunque en la demanda incidental se invocan otros argumentos interpretativos, entiendo que el expuesto en la sentencia es el determinante para adoptar la decisión pertinente. Dado que no se trata en esta sede de elaborar un artículo doctrinal, sino de dictar una sentencia que resuelva la cuestión controvertida con arreglo a Derecho, no es preciso abundar en otras cuestiones.

CUARTO.- En cuanto a las razones esgrimidas por la Administración Concursal, relativas a una posible confabulación entre la entidad crediticia y el fiador persona especialmente relacionada con el concursado, como determinantes de tal previsión legal, entiendo que la solución a tal posible problema, que se producirá sobre todo en relación al convenio del concurso, no se encuentra en la ley en una degradación automática de los créditos afianzados por personas especialmente relacionadas que resultaría del art. 87.6 de la Ley Concursal, sino en la regulación de las causas de oposición al convenio, concretamente en el art. 128.1.IV de la Ley Concursal, bien porque la subrogación realmente operada haya sido ocultada para conseguir el derecho de voto o de adhesión por persona interpuesta (la entidad crediticia ya reembolsada que actuaría como "hombre de paja" del fiador solvens), bien incluso porque si tal reembolso no ha sido hecho efectivo pero hay una confabulación para posponerlo hasta que se vote el convenio y de este modo conseguir un convenio favorable a los intereses del fiador solvens que no tendría derecho de voto de haberse hecho ya la subrogación, pueda aplicarse la figura de las "maniobras que afecten a la paridad de trato entre los acreedores ordinarios".

QUINTO.- La impugnante hace una petición subsidiaria, condicionada al resultado de un anterior incidente de impugnación de una compensación realizada por tal entidad, que ha sido desestimado, por lo que la petición a tener en cuenta es la formulada con carácter principal. Ahora bien, por razones de congruencia, no puede darse a la impugnante más de lo solicitado, pese a que la Administración concursal entienda que la cantidad compensada ha de imputarse a intereses y no a principal. En consecuencia, ha de estimarse la petición formulada en primer lugar por la parte impugnante, en los términos en que ha sido formulada, si bien con la precisión de que el privilegio general relativo a la primera partida ha de ser ubicado en el apartado correspondiente del art. 91 de la Ley Concursal, dadas las consecuencias derivadas de tal ubicación (art. 156 de la Ley Concursal)» D. Rafael Sarazá Jimena