

**Sentencia del Juzgado de lo Mercantil Nº 1 de Bilbao, de fecha veinticuatro de febrero de dos mil seis**, resuelve sobre la calificación del crédito de Sociedad de Garantía Recíproca fiadora de la concursada, como crédito contingente con privilegio especial (garantía hipotecaria) sin cuantía propia, en ningún caso contra la masa: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO. Declarada en situación de concurso a Tecmin Técnicas de Inyección, SA mediante auto, se designó administración concursal y se personaron distintos acreedores. SEGUNDO. Emitido informe por la administración concursal, se incluyó en la lista de acreedores el crédito de 4.892,50 euros, de los que 4.166,67 se calificó como crédito con privilegio especial y 725,83 euros como subordinado, y 65.501,88 litigioso, a favor de Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, SGR. TERCERO. La Procuradora de los Tribunales..., en nombre y representación de la Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, SGR presentó demanda incidental para que se reconociera el crédito en cuantía de 68.172,20 euros, como crédito sometido a condición suspensiva y en consecuencia calificable como contingente con privilegio especial, de los que se ha confirmado por cumplimiento de la contingencia 9.533,72 euros más 303,18 euros, manteniéndose con carácter de contingente 58.333,70 euros. CUARTO. Mediante providencia de primero de diciembre se admitió la pretensión, dando traslado a la administración concursal que figuraba como demandada. QUINTO. Dentro de dicho plazo legal la administración concursal y la concursada comparecen y se oponen, considerando que la calificación que realizó en su informe estaba correctamente realizada, aunque modificando la calificación del crédito subordinado, que admite como crédito con privilegio especial, que la lista debe efectuarse a fecha de la solicitud del concurso y no de su declaración, y que en definitiva procede la desestimación de la demanda. SEXTO. Ante la oposición se citó a las partes en providencia de veintinueve de diciembre a la vista a celebrar el veintitrés de febrero, en la que han ratificado sus respectivas pretensiones, practicándose exclusivamente prueba documental, tras lo cual cada una de las partes ha concluido por su orden respecto a los fundamentos de hecho y derecho de sus respectivas pretensiones.

**HECHOS PROBADOS. PRIMERO.** Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, SGR ha suscrito con Tecmin Técnicas de Inyección, SA una póliza de cobertura de aval, en virtud del cual la primera responde frente al Banco Guipuzcoano, SA, que ha suscrito un contrato de préstamo con la segunda, en caso de no abonar las cuotas del préstamo. **SEGUNDO.** Como garantía del cumplimiento de tales obligaciones se ha constituido hipoteca. **TERCERO.** Como consecuencia del impago al Banco Guipuzcoano, SA la sociedad Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, SGR le ha satisfecho hasta la fecha 9.838,90 euros.

**FUNDAMENTOS DE DERECHO. PRIMERO.** Fundamento de los hechos probados. El art. 217 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil, aplicable por la previsión de la Disposición Final 5ª de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que establece que la norma adjetiva tendrá carácter de derecho procesal supletorio respecto de la regulación concursal, dispone las reglas sobre la carga de la prueba. A la conclusión de hechos probados, recogida en el último antecedente de hecho, se ha llegado, conforme a los arts. 209.3 y 218 de la LECiv, tras analizar conjuntamente el resultado de la prueba practicada. No ha negado la demandada los hechos aducido por el promotor del incidente, aunque discrepa de la calificación jurídica que merezca el crédito. Pero reconoce la existencia del aval, garantía hipotecaria y pagos. Lo demás se deduce del resto de la prueba practicada, valorada conjunta y críticamente.

SEGUNDO... Tampoco es preocupante la denuncia que se plantea respecto al cambio de las listas. La de acreedores puede modificarse, pues la propia Ley lo reconoce con la posibilidad de un incidente como el presente, previsto en el art. 96 LC, con la elaboración de los «textos definitivos» a los que se refiere el 96.4, con la eventualidad de aparición tardía de nuevos créditos que merezcan la calificación de subordinados, con la actividad inspectora de la administración pública a la que se refiere el art. 92.1º LC. En definitiva, que haya cambios en la lista, porque vencimientos sucesivos de una obligación del deudor por pago de tercero, como es el caso, pueden suponer que se incremente el crédito reconocido a un acreedor y disminuya el de otro, no puede considerarse extravagante.

TERCERO. Sobre la calificación como crédito contra la masa. Como la sociedad demandante avala a la concursada en el préstamo que tiene suscrito con el Banco Guipuzcoano, SA y ante el impago ha de responder, extraconcursalmente, ante la entidad financiera, obvio es que esa circunstancia debe tener relevancia en el concurso. La administración concursal ha calificado una parte del crédito de Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, SGR como crédito con privilegio especial del art. 90.1.1º LC, en tanto que garantizado con hipoteca. Ha admitido, igualmente, que el crédito que calificó como subordinado en realidad merece la misma calificación anterior, por lo que ahí no hay cuestión.

El debate se centra en lo que ocurre con los vencimientos de un préstamo que se contrajo antes de la declaración de concurso, que se dejan de atender antes del concurso y después de ser declarado. No hay debate sobre la consideración de créditos concursales de los vencidos con anterioridad, pero sí discuten las partes lo que sucede con los posteriores, pues si la concursada no los abona, la sociedad de garantía recíproca hoy demandante debe hacerlo al banco, y en consecuencia dispone de un crédito frente a la concursada.

El fiador que paga por el deudor dispone de dos acciones para resarcirse. El art. 1838 del Código Civil permite una acción de reembolso que comprende el principal, intereses, gastos y daños y perjuicios, y el art. 1839 la acción de subrogación que le coloca en el lugar, y con las garantías, del acreedor al que ha satisfecho. En el primer caso si el pago del fiador se produce con posterioridad al concurso nace una obligación nueva. El fiador que pretende el reembolso dispone del crédito desde el momento en que abona, y al ser éste ulterior a la declaración de concurso, se sostiene por el demandante que, eventualmente, tendría la consideración de crédito contra la masa.

El concepto de crédito contra la masa lo establece el art. 84.2 LC, que desgrana hasta once supuesto que merecen tal calificación. Todos ellos tienen en común que se refieren a gastos u obligaciones que surgen con posterioridad a la declaración de concurso (1º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º, 8º, 9º y 10º) o que, siendo anteriores se devenguen con posterioridad y sean precisos para que el propio concurso se trámite (2º). Es decir, los créditos concursales provocan el concurso, mientras que los créditos contra la masa son provocados por éste.

El crédito del fiador que paga por el deudor concursado a su acreedor y que pretende el reembolso, y no la subrogación, sólo podría incluirse en la previsión 5ª del art. 84.2, es decir, créditos generados por el ejercicio de la actividad profesional o empresarial del deudor tras la declaración de concurso. Sin embargo aunque el devengo

de vencimientos del préstamo se produzca después de la declaración de concurso, no puede considerarse como un gasto generado para el ejercicio de la actividad empresarial, porque no nace como consecuencia de la misma, o para asegurar su continuidad, sino como concreción de una obligación adquirida con anterioridad a la declaración de concurso. Tampoco sería de aplicación el art. 84.2.6º LC, ya que el préstamo no tiene obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en vigor tras la declaración de concurso. El Banco que hizo el préstamo no tiene obligación pendiente, aunque el concursado sí que haya de reintegrar, por medio de los respectivos plazos, la cantidad prestada y sus intereses. En este caso nos hallamos ante uno de los supuestos que describe el art. 61.1 LC, es decir, una de las partes ha cumplido íntegramente sus obligaciones, en este caso la entidad crediticia, y la otra tiene pendiente el cumplimiento.

En consecuencia, si el fiador pretende el reembolso de las cantidades abonadas al fiador, su crédito no puede calificarse de crédito contra la masa, porque no se puede incluir en ninguno de los supuestos del art. 84.2, de interpretación restrictiva porque suponen un privilegio. Si lo que pretende el fiador es subrogarse en la posición del acreedor primitivo, que es la otra opción que facilita el art. 1839 CC y el contrato suscrito entre la sociedad de garantía recíproca y la concursada, el crédito merecerá la calificación que tendría el del acreedor al que se abona. Sería de aplicación en consecuencia el citado art. 61.1 LC, lo que significa que el crédito se incluirá en la masa pasiva del concurso, y en tanto que no es un crédito contra la masa, tendrá naturaleza concursal. En efecto, el art. 84.2 no exige que el crédito concursal tenga que concretarse, forzosamente, con posterioridad a la declaración de concurso. La norma lo que dice es que «Constituyen la masa pasiva de los créditos contra el deudor común que conforme a esta Ley no tengan la consideración de créditos contra la masa». Si el crédito, como se ha dicho, no es frente a la masa, si la obligación se adquiere antes de la declaración de concurso, aunque como es propio del préstamo se aplacen el reintegro en varios vencimientos, puede justificarse un tratamiento unitario de todo él, y como ha hecho la administración concursal calificar el crédito del banco como crédito concursal por la totalidad de lo que se adeuda, aunque todas las obligaciones no estén vencidas.

CUARTO. Sobre la calificación del crédito del fiador. Aclarado tal punto, las demás que venzan y se satisfagan por el impugnante, hasta la totalidad del préstamo, tienen carácter de crédito contingente, pues está sometido a condición suspensiva de las previstas en el art. 87.3 LC. La entidad Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, SGR sólo responde si no lo hace la concursada, que de obtenerse un convenio puede ver como se alza la situación de concurso y habrá de atender sus obligaciones. Pero si no se abona, la contingencia se concreta, y dejará de tener tal condición para pasar a ocupar el lugar que se ha reconocido en la lista de acreedores al banco prestamista. Esta circunstancia, que la administración concursal y la concursada discuten, no supone repetir en la lista dos créditos, como se aduce. Hay uno, existente, que se reconoce al Banco Guipuzcoano, SA por el préstamo concedido. Hay otro, contingente, para el caso de que los sucesivos vencimientos del préstamo no se atiendan. Cuando la sociedad de garantía recíproca, en su condición avalista, atiende el préstamo fuera del concurso, se subroga en la posición del acreedor satisfecho y se convierte en acreedora de la concursada. El crédito contingente deja de serlo, y lo hace en la cuantía de cada uno de los pagos que verifique.

Cierto es que con ello de algún modo se complica la claridad de la lista. Precisamente por ello el art. 87.3 dice que tales créditos se reconocerán «sin cuantía propia», pero con la calificación que corresponda. En este caso, en consecuencia, el crédito de la sociedad tiene que tener el carácter de contingente, el privilegio que le da la garantía hipotecaria, es decir, el especial del art. 90.1.1º, y su cuantía, se irá determinando a medida que abone al prestamista, si es que no lo hace la concursada cuando se apruebe el convenio, en su caso. Como, además, ya se está en condiciones de admitir que el crédito contingente ha dejado de serlo y adquiere certeza respecto de las cuantías efectivamente satisfechas por el promotor del incidente, la demanda debe ser estimada e incluirse los créditos en la lista en la forma que se solicita, sin perjuicio de ulteriores modificaciones que ante el abono al banco puedan producirse, en tanto sean acreditadas suficientemente a la administración concursal, que al tiempo deberá ir disminuyendo la que corresponde al banco, ya que ha percibido el pago no del concursado, sino del avalista, y por lo tanto nada podrá reclamar por ese concepto a la deudora concursada.

Por último, sólo resta añadir que no puede estimarse la demanda en el modo que se pretende. Precisamente por ser el crédito, como pretende el demandante, contingente, tiene que declararse «sin cuantía propia», al objeto de conjurar el riesgo, denunciado por la administración concursal, de que se duplique en ese concepto la masa pasiva. En consecuencia, el crédito del actor se reconocerá «sin cuantía propia», aunque la cantidad avalada es de 68.172, 20 euros, de las que ya se han satisfecho vencimientos por valor de 9.838, 90 euros, como se indicaba en los hechos probados, lo que obligará a la administración concursal a incluir ese crédito con privilegio especial del art. 90.1.1º LC (RCL 2003, 1748), disminuyendo al tiempo, por el pago realizado, el del Banco Guipuzcoano, SA, en cuya posición se subroga el solicitante.

QUINTO. Costas. No hay méritos para su imposición conforme al art. 196.2 de la LC, por remisión al art. 394 LECiv), ya que no se han estimado íntegramente las peticiones de las partes.

FALLO: 1. Estimar en parte la impugnación de la Procuradora..., en nombre y representación de la Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, SGR; 2. Incluir el crédito de la Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, SGR como crédito contingente con privilegio especial sin cuantía propia; 3. Incluir el crédito de la Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social, SGR en cantidad de 9.533,72 euros más 303,18 euros, con la calificación de crédito con privilegio especial del art. 90.1.1º LC; 4. Condenar a cada parte a satisfacer las costas causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, por mitad» D. Edmundo Rodríguez Achutegui.