

Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vitoria-Gasteiz, de fecha de 28 noviembre de 2005, al parecer, sostiene que la Sociedad de Garantía Recíproca, como fiadora, ostentará crédito concursal, por lo pagado al garantizado a la fecha de declaración de concurso, y crédito contra la masa por lo satisfecho después de declarado el concurso, sin que ostente crédito condicional alguno: «ANTECEDENTES DE HECHO. PRIMERO. En el presente procedimiento de concurso voluntario de la deudora Inovac Rima, SL y Corporación Popular de Juguetes Rima, SL, se formuló el 11 de mayo de 2005 demanda de incidente concursal por Miguel Ángel A. L., representada por la Procuradora..., contra la Administración Concursal, en reclamación de que dictara sentencia que estimase la calificación de los créditos de la demandante como dotados de privilegio general por todo su importe.

SEGUNDO. En providencia de 26 de mayo de 2005 se registró la demanda incidental, dirimiendo la sustanciación a que transcurriera el plazo para la presentación de impugnaciones, las que fueron presentadas, de Caja Vital Kutxa, representada por la Procuradora..., el 19 de mayo; de Oinarrri, S.G.R., con mandatario procesal Sr. B., el 20 de mayo; y de Caja de Ahorros del Mediterráneo, apoderando a la Procuradora...; todas las cuales se proveyeron incoándose los correspondientes autos en pieza separada, sucesivamente numerados.

TERCERO. En auto de 22 de septiembre de 2005, admitidas las cinco demandas incidentales, se acordó su acumulación a la primera, emplazándose a las partes personadas en el procedimiento, a fin de que en el plazo común de diez días contestaran a las distintas demandas, habiendo contestado el día 7 de octubre de 2005 la Administración Concursal, dirigida por su miembro Letrado..., en solicitud de que se estimara una calificación conforme a las precisiones que manifestaba, la cual se admitió en providencia de 20 de octubre de 2005, convocándose la vista de juicio verbal.

CUARTO. Producido el desistimiento de la Caja Vital Kutxa el 7 de noviembre de 2005, proveyéndose traslado previo a resolver en providencia del día 15 ulterior, la vista se celebró el día 24 de noviembre de 2005, cuando asistieron las representaciones de Miguel Ángel A. L., Oinarrri S.G.R., y Caja de Ahorros del Mediterráneo, así como los tres Administradores Concursales, dirigidos por su miembro Letrado, y el Procurador de la concursada Sr..., pero sin asistencia letrada, e informando por su orden, practicándose la única prueba propuesta, documental, de unión a los autos de los documentos presentados con los escritos expositivos de los actores, y de algunos otros que acompañó la defensa del Sr. A., de lo que se levantó acta sucinta y consta en soporte técnico audiovisual, quedó el incidente concursal visto para sentencia, resultando los siguientes:

HECHOS PROBADOS. SÉPTIMO. Oinarrri S.G.R. solicitó el reconocimiento de créditos, al 23 de febrero de 2005, frente a la deudora Inovac Rima, SL por importe total de 521.247,57 euros, 33.239,85 euros debido a pago de la garantía, dotado de privilegio especial hipotecario, y 488.007,72 euros, como crédito contingente para nacer como privilegiado especial hipotecario. Con cuenta al 17 de mayo de 2005, solicita en su demanda incidental Oinarrri crédito por importe de 64.365,78 euros debido a pago de la garantía, dotado de privilegio especial hipotecario, y de 461.461,41 euros, como crédito contingente para nacer como privilegiado especial hipotecario (526.007,19 euros).

OCTAVO. La lista de acreedores del Informe de la Administración Concursal incluyó crédito que solicitó reconocimiento Oinarrri por cuantía de 33.239,85 euros, clasificándolo como privilegiado especial hipotecario, y excluido por 488.007,72

euros, por tratarse de préstamos reconocidos a las entidades financieras Banco de Vasconia, Banco Atlántico, y Caja Vital Kutxa.

FUNDAMENTOS DE DERECHO. QUINTO. En punto a la reclamación de Oinarri, existe una controversia procesal previa, puesto que la defensa de dicha sociedad, cuando la Administración concursal arguye la clasificación como crédito ordinario del crédito disputado por aplicación del art. 87.6 LECO, lo cual no fue resistencia recogida en el escrito de contestación a la demanda.

Oinarri, en una pretensión ya examinada en otro procedimiento concursal por el Juzgador, sostiene que su crédito completo derivado de póliza de cobertura de aval, que en realidad es contraaval del aval de unos préstamos bancarios, en documento intervenido y con garantía hipotecaria, ha nacido desde su firma y antes de la declaración de concurso, y por los pagos de la garantías a los prestamistas es crédito especialmente privilegiado hipotecario, y por la deuda pendiente a que tendrá que hacer frente es crédito contingente, por sujeto a condición suspensiva, que nacerá como privilegiado especialmente por la hipoteca.

La Administración concursal, en su contestación, llama la atención sobre que el suplico de la demanda incidental no se compadece al pedir reconocimiento de 626.007,19 euros en total, asume que el crédito pendiente de abono en garantía futuro es condicional con privilegio especial, y no excluido, pero no admite que se incrementen las cifras, ya que los pagos documentados son posteriores a la declaración del concurso. En el acto del juicio, varía el planteamiento, y reputa que, los pagos en garantía son ordinarios, y el crédito contingente nacerá como ordinario, ya que los préstamos de las entidades financieras carecían de garantía hipotecaria. Protesta la defensa de Oinarri que pueda admitirse la nueva configuración de la contestación a la demanda, pero se opina que cabe acogerla y resolverla perfectamente, por cuanto la pretensión es la que marca el objeto de todo proceso, y en el caso, la de reformar una determinada clasificación de créditos como excluidos de la lista de acreedores. La contestación escrita para una vista de juicio verbal supone, de un lado, intangibilidad de los hechos opuestos esenciales (cfr.: art. 405.2 LECiv), de otro, la precisión de no introducir sorpresivas excepciones formales que vedan la sentencia en cuanto al fondo, al margen de los poderes de oficio del Juez (cfr.: art. 405.3 LECiv), y en fin, una congruencia entre las alegaciones orales y lo pedido como resistencia a las pretensiones. Los argumentos de Derecho, la elección de aplicar una norma u otra, no altera la base fáctica, ni transgrede el principio de defensa, ya que si se excluyó un crédito, nada incongruente existe en reconocerlo, pero como ordinario, en contra de otra tesis barajada, como privilegiado especial o contingente. La desestimación parcial es lo que se instó en la contestación a la impugnación de Oinarri, y ello puede examinarse con una u otra aplicación normativa, según el «iura novit curia». De suyo, la demanda ya se precave de la militancia del art. 87.6 LECO.

En cuanto a la interpretación de este art. 87.6 LECO existe un sector doctrinal que se inclina por un literalismo que, aun criticando el exceso del legislador, considera que la norma sacrifica el interés del acreedor afianzado o del fiador alternativamente, debiendo efectuarse la calificación menos gravosa para el concurso entre las que corresponda a uno o a otro, sin más. Otro grupo, más numeroso, de autores, descarta el absurdo dimanante, y reputa que la degradación opcional sólo es aplicable cuando el crédito ha pasado a titularidad del garante o codeudor, esto es, el crédito directo del acreedor no se contamina con la condición del crédito de reembolso del fiador, salvo una adquisición total o parcial del crédito vía subrogatoria por pago postconcursal. Pero el precepto de art. 87.6 LECO contempla dos situaciones de hecho distintas, la

del acreedor principal que disfruta de fianza de tercero, que en nuestro asunto serían los créditos de los bancos o cajas avalados, que se han reconocido por su importe sin limitación alguna; y otra que es la de interés aquí, por la consideración de esa «...sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador».

Y a este segundo respecto, como indica la demanda de Oinarri, la jurisprudencia es consistente de antiguo (SSTS de 11 de junio de 1984 y 13 de febrero de 1988), en que el pago atribuye al fiador dos acciones distintas:

a) La acción de reembolso, regulada en el art. 1838 CC , que surge de forma originaria, de modo que el derecho de crédito del fiador, que reclama su resarcimiento, nace en el momento que efectúa el pago para reclamar la totalidad de lo pagado y demás conceptos previstos en dicho precepto.

b) La acción de subrogación, prevenida por art. 1839 CC, que tiene carácter derivativo, y que implica colocarse en la posición del primitivo acreedor asumiendo su posición jurídica, de manera que, investido de las consecuencias que derivan de tal posición, actúa contra el deudor principal (cfr.: art. 1.212 CC).

Pues bien, la regla novedosa de graduación que propicia el precepto analizado prevé implícitamente el pago posterior a la apertura del procedimiento concursal, pues en otro caso no tendría sentido hablar de sustitución de un acreedor por el fiador que paga, y, además, prevé dicho efecto, es decir, el de la acción de subrogación (con pago total, o sustitución en la parte abonada). No se contempla, por consiguiente, ni el pago anterior a la declaración de concurso, en que el garante quede único acreedor concursal, ni el crédito de reembolso, que aquí Oinarri ha insinuado como contingente, antes del pago «ex» art. 87.3 LECO, por lo que no resulta de aplicación, en este caso, de la regla de la calificación menos gravosa para el concurso (en realidad, el art. 87.6 LECO se explica como norma enderezada a que no se produzcan las típicas consecuencias de la subrogación, y el fiador ostente en el concurso una posición más favorable que la que merece su crédito en atención a su relación con el deudor, sin dirigirse a perjudicar gratuitamente al acreedor por el mero hecho de reforzar el crédito con la fianza u otra garantía).

El crédito de Oinarri no se produce por el pago de las devoluciones de los préstamos a la concursada, sino por el cumplimiento de ese otro contrato de contraaval o cobertura de aval garantizado con hipoteca, y del mismo resulta, y se ejerce, una acción indemnizatoria prevista, con otros variados derechos, en tal contrato, y no una subrogación.

Si la regla de opcional calificación por lo más cómodo para el concurso no es de empleo de cara a los pagos en garantía de Oinarri, el Juzgador tampoco deja de entender que, si antes del pago por el fiador su crédito no ha nacido, tenga la calificación de contingente, supeditado al pago, como sometido a condición suspensiva. Determinados créditos son exigibles desde la firma del contrato de contraaval o cobertura de aval, y tienen el privilegio especial de art. 90.1.1º LECO por la hipoteca, y otros son hipotéticos, y no condicionales.

La obligación autónoma del contrato de cobertura de aval para Oinarri es responder ante el acreedor del afianzado a su primer requerimiento, pero sólo cuando ese avalista responda, nace su crédito de reembolso «ex» art. 1838 CC, también autónomo, y sin vocación subrogatoria. Y es por ello que se interpreta que el principal del préstamo pendiente de devolución al prestamista no es un crédito condicionado a cada pago de cuota de devolución, sino un crédito que nace con cada pago hasta la suma total garantizada. Y consecuentemente, los pagos posteriores son créditos contra la masa de art. 84.2.6º LECO, en tanto que derivados de contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento y en vigor tras la declaración de concurso.

Asunto distinto es que se hubiera intentado resolver el contraaval, con fundamento en las cláusulas décima y undécima de la póliza, antes de la declaración de concurso.

La Administración Concursal mantiene una cantidad como crédito concursal actual con privilegio especial, que debe ratificarse, sin degradación a ordinario, y la diferencia con la cantidad certificada, como pagos al 17 de mayo de 2005, es el crédito contra la masa, pendiente de pago, único que conforme art. 94.4 LECO, ha de relacionarse, por separado, junto con la lista de acreedores del Informe. Los créditos contra la masa no se gradúan, sino que, a su vencimiento, deben ser pagados (art. 154.2 LECO), y por ello nada debe especificarse aquí, salvo advertir que la hipoteca en garantía de unos créditos contra la masa no puede verse afectada por las operaciones de determinación de las masas del concurso, ya que no hay que confundir preferencia por privilegio, y prioridad por rango registral.

FALLO: 4º Se estiman parcialmente las pretensiones de Oinarri Sociedad de Garantía para la Economía Social S.G.R., representada por el Procurador de los Tribunales..., declarando crédito concursal de dicha sociedad dotado de privilegio especial de art. 90.1.1º Ley Concursal, en cuantía de 33.239,85 euros, y crédito contra la masa pendiente de pago hasta el 17 de mayo de 2005, con garantía hipotecaria, en cuantía de 31.125,93 euros» D. Edorta Josu Etxarandio Herrera.