



CAPÍTULO 5

LOS ACREEDORES CON GARANTÍA PERSONAL: DE LA FIANZA Y AVALISTA A LA GARANTÍA ADICIONAL DE UN PATRIMONIO

ABEL B. VEIGA COPO

*Profesor Ordinario de Derecho Mercantil.
Universidad Pontificia Comillas ICAI-ICADE*

SUMARIO: I. EL ROL DE LAS GARANTÍAS PERSONALES EN EL CONCURSO. II. EL CONCURSO DEL FIADOR SOLIDARIO. III. LOS ESCENARIOS DEL ARTÍCULO 263 TRLC. IV. RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO PRINCIPAL (IMPAGADO) EN EL CONCURSO DEL DEUDOR. 1. *La contaminación del crédito del garante al acudir en regreso.*

I. EL ROL DE LAS GARANTÍAS PERSONALES EN EL CONCURSO

No puede ignorarse que tanto el texto refundido de 2020 como antes la norma concursal de 2003 ha resaltado y enfatizado, sin duda, el papel de las garantías reales, y significativamente las garantías de base mobiliaria y financiera. Baste, hoy como ayer, analizar los privilegios sobre acreedores con crédito garantizados con prenda y pseudoasimiladas a ésta, así como los hipotecarios. Puede inferirse sin duda que el tratamiento que se ha dispensado a los acreedores con garantías personales ha sido, hasta cierto punto, residual y, si se nos permite, testimonial, pese a la enorme riqueza dogmática que despiertan figuras como la fianza y lo poliédrico de las situaciones a las que puede dar lugar en el concurso de acreedores, pensemos sin ir más lejos a ese fiador con contragarantía real pignoraticia.

Esto no ha impedido que, aún de modo indiciario, el legislador ha tratado siempre de acondicionar las peculiaridades pero también complejidades que surgen cuando el deudor concursado ha sido avalado, afianzado, patrocinado, etcétera, por el patrimonio de un tercero. Los supuestos son, por consiguiente múltiples, desde la fianza, el aval solidario, el aval cambiario, la solidaridad de varios coobligados, las garantías a primer requerimiento, incluso al solidaridad impropia, etc., así las cosas, ya en el



artículo 87.5 de la ley de 2003 se regulan aquellos casos de deudores solidarios, pero no atiende casos de fianza o aval *strictu sensu*, sino a aquellos créditos que gozan del beneficio de excusión frente a otro deudor principal, como no lo hace el hoy artículo 263.1 del TRLC. Incluso la propia normativa concursal aún en sede de convenio, se refiere en su artículo 399 en lo que podría ser un conato de enumeración de la tipología de lo que puede denominarse como deudores de refuerzo, pese a que el artículo en cuestión no tiene semejante función, a “los obligados solidarios con el concursado” y a “los fiadores o avalistas”. Garantes que modifican, modulan, cambian con sus acciones y pagos la lista de acreedores¹. Como también escudriñar y reconfigurar si todo acreedor incluido, cómo no, el acreedor fiador, irremisiblemente acaba condenado en el hoy artículo 302 del TRLC y ayer en el 97 de la ley concursal, pierde la garantía. Significativa la sentencia del Supremo de 8 de junio de 2020 donde se clasifica del crédito de un fiador en el concurso de acreedores del deudor principal, que inicialmente había sido reconocido como contingente, cuando con posterioridad a la declaración de concurso el acreedor principal ejecuta la fianza. Lo curioso del caso es que lejos de aplicar el todavía vigente art. 87.6 LC, ahora 263 del TRLC, el fiador había recabado del deudor principal una garantía hipotecaria adicional, que no queda perjudicada por la previsión contenida en estos artículos. En los hechos, el crédito de un fiador de la concursada se ha reconocido inicialmente como crédito contingente, no obstante, su clasificación no procede hasta que se llegue a ejecutar el afianzamiento y se subrogue en la posición del acreedor principal. Es entonces cuando habrá que clasificarlo, de acuerdo con las reglas legales. Con ello no se infringe el art. 97.1 LC, ahora 302 del TRLC, sino que nos hallamos ante un supuesto previsto, por una parte, en el art. 97.3.4.º LC y, por otra, en el art. 97.4.3.º LC.

II. EL CONCURSO DEL FIADOR SOLIDARIO

Supuesto distinto y desde otra óptica es el del concurso del fiador, que no del fiado, en los casos de créditos con garantía personal y fianza solidaria². La norma concursal no trata únicamente el supuesto del concurso del deudor garantizado, sino la incidencia, colusión y coincidencia o no de otros concursos, de otros deudores o codeudores, garantes, subsidiarios o solidarios³. El problema que se ha presentado, tanto doctrinal, como

(1) Así, véase la aportación de MADRAZO, “EL pago parcial efectuado tras la declaración de concurso por coobligado solidario, como causa de modificación de la lista de acreedores (AJM 3 Vigo, 28 de mayo de 2013)”, *ADCo*, 2014, n.º 31, pp. 477 y ss.

(2) Entre otros, BRENES CORTÉS, “Calificación del crédito contra el fiador solidario declarado en concurso”, *RCP*, 2012, n.º 16, pp. 185 y ss.

(3) Como bien señala MARTÍN ARESTI, “Garantías personales”, en *Enciclopedia de Derecho Concursal*, II, [BELTRÁN/GARCÍA-CRUCES (Dirs.)], Cizur Menor, 2012, pp. 1611 y ss., p. 1615 la LC contiene algunas normas, ubicadas en sede de reconocimiento y pago de créditos concursales (así, por ejemplo, el art. 87.5 LC, el art. 85.5 LC y el art. 161 LC), que no se refieren al supuesto típico del concurso del deudor garantizado, sino que toman

sobre todo, jurisprudencialmente, es la clasificación de los créditos que concurren cuando estamos ante una fianza solidaria y es el fiador, que no el deudor afianzado, quién concursa. ¿Cómo se clasifican los eventuales créditos?, ¿estamos ante un crédito contingente?, ¿ordinario?, ¿y si hay una contragarantía real, estaríamos ante un hipotético privilegio?, ¿qué papel o qué escenario representa realmente una fianza solidaria?, ¿está el garante, el fiador en idéntica posición jurídica que el deudor afianzado y qué supone el vínculo de solidaridad ante una situación concursal?

En suma, la cuestión que debaten doctrina y juzgados no es otra que la de clasificar correctamente el crédito que el acreedor principal ostenta frente a él, no tanto frente al deudor no concursado, habida cuenta que estamos ante una fianza solidaria, no subsidiaria. Una parte del debate se ha centrado en equiparar la eficacia y eventualidad crediticia a lo que es nerval en una fianza solidaria, en efecto, por el vínculo de solidaridad, el garante se situaría en una idéntica posición jurídica que la del deudor principal, por lo que continuando con la línea argumental, la clasificación del crédito del acreedor en caso de concurso del garante fiador sería la misma que hipotéticamente tendría en caso de concurso del deudor, crédito ordinario. La otra posición interpreta a sensu contrario, que no vencido el crédito frente al deudor principal, y solvente éste, el crédito que, en su caso se tendría frente al fiador solidario concursado sería contingente⁴.

Cabe preguntarse por el espacio que tiene, si es que realmente lo tiene, la fianza solidaria dentro de la regla de la subsidiariedad que un fiador asume respecto del deudor principal en caso de pago al acreedor. La subsidiariedad explica el beneficio de excusión, lo justifica e incluso lo racionaliza. En tanto en cuanto no incumpla el deudor, el garante no dirige su acción frente al fiador, por lo que su crédito es contingente. Mas cuando el fiador renuncia a la subsidiariedad y asume la obligación de modo solidario, —¿hasta qué punto no se convierte de *iure* en un auténtico codeudor frente al acreedor?—, no puede oponer el beneficio de excusión al acreedor que reclama ahora su crédito frente al garante. No es ajeno a este debate las diferencias sobre todo dogmáticas que durante mucho tiempo

como referencia otras situaciones cercanas: Es el caso del art. 87.5 LC que establece una regla especial de reconocimiento del crédito principal en el concurso del responsable subsidiario que goza de beneficio de excusión (ya esté obligado este responsable en virtud de una obligación de garantía o de otro título), y de los arts. 85.5 y 161 LC que regulan el supuesto, distinto, del concurso simultáneo de deudores solidarios en el que la situación de concurso no afecta sólo al deudor, sino también al garante solidario o a otros sujetos que, en virtud de otro título, estén obligados con el deudor concursado en régimen de solidaridad.

(4) Nos ofrece una clara perspectiva de esta controversia doctrinal BRENES CORTÉS, “Calificación del crédito contra el fiador solidario declarado en concurso”, cit., p. 187, que arranca en la dualidad establecida entre posiciones ortodoxas o civilistas frente a posiciones heterodoxas o concursalistas que esgrime la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 y Mercantil de Córdoba de 19 de abril de 2010, Sentencia donde amén de contraponer ambas posiciones contrapone la concursalista a la civilista entendiéndolo que las garantías adicionales ofrecidas por terceros no resultan afectadas por la declaración de concurso, con lo que el crédito frente al fiador tendría la misma naturaleza y cuantía que la del crédito frente al deudor principal.

la doctrina planteó entre fianza civil y fianza mercantil, solidaridad y mancomunada de las obligaciones garantizadas⁵.

Al margen de ser erróneo ese “o” pues fiador y avalista no son en puridad lo mismo, no están sin duda todos aquellos deudores que pueden definirse conforme al parámetro del refuerzo, de la adición de su propio patrimonio al del concursado. Pero es más, tanto el uno como el otro, fiador y avalista, son obligados solidariamente con el concursado, esto es, participan de la misma racionalidad y consecuencia que el resto de responsables u obligados solidarios, por lo que su mención específica ni es yuxtaposición ni alternatividad alguna. No ignoramos que puede haber fiadores contractuales que deben subsidiariamente, con beneficio de excusión, y que pese a no pronunciarse expresamente el meritado y quizás desdichado artículo sí han de caer bajo la misma égida. Solidaridad y subsidiariedad, ésta última con o sin beneficio de excusión juegan roles diferentes, y posiciones distintas sobre todo en un concurso de acreedores⁶.

III. LOS ESCENARIOS DEL ARTÍCULO 263 TRLC

El artículo 263.1 TRLC nos sitúa, de un lado, sin duda ante los supuestos de deudores solidarios, en lo que unos subordinan el pago al incumplimiento del otro a través de la excusión. Pero no necesariamente ante el caso de una fianza o un aval. Figuras que sí tienen cabida y regulación en el 263.2, que busca dar salida al fiador que cumple y que desea ver reconocido su crédito de regreso en el concurso del deudor principal. Por último en el artículo 264 se dará solución a aquellos supuestos en los que el avalista, fiador o deudor solidario han pagado una parte parcial del crédito y contra lo que a primera vista pudiere parecer, se atribuye al acreedor la cuota de regreso del deudor de refuerzo para obtener el íntegro pago. Argucia artificial que busca en el fondo el íntegro pago al acreedor principal. Son estos artículos de redacción compleja, que ahora en el texto refundido sí se han aligerado y simplificado en aras a evitar los enormes problemas interpretativos, algunos de los cuáles no exentos precisamente de intereses espuriamente interesados, que habían alcanzado desde la promulgación de la ley concursal de 2003⁷. Interpretaciones que,

(5) Una buena síntesis en ALVENTOSA DEL RÍO, *La fianza: ámbito de responsabilidad*, Granada, 1998, pp. 272 y ss.

(6) Nos recuerda MARTÍN ARESTI, “Garantías personales”, cit., p. 1616 como si la garantía es solidaria, el vencimiento de la obligación del deudor permite al acreedor dirigirse indistintamente contra el garante o contra el deudor sin necesidad de constatar el previo incumplimiento de este último (*vid.*, en tal sentido, entre otras, las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de abril de 1995 [cit.] [RJ 1995, 3254] y de 22 de julio de 2002 [RJ 2002, 7476]).

(7) En su estudio sobre las cartas de patrocinio, ESPIGARES HUETE, “La incertidumbre sobre las cartas de patrocinio en la práctica financiera”, *RDM*, 2010, n.º 275, pp. 127 y ss., pp. 191 a 194, el autor nos traslada el supuesto de la Sentencia del Supremo de 18 de marzo de 2009 que aboga por la conversión en obligación fideusoria en caso de concurso

recuérdese, finalmente, provocaron que el legislador se reinterpretase a sí mismo y reescribirse de nuevo el dictado del artículo parapetado en una de las tesis interpretativas tanto doctrinal como jurisprudencialmente que finalmente han sido mayoritarias. No en vano pocos artículos como el viejo artículo 87.6 fueron objeto de tanta rescritura e interpretación creativa e interesada en ese intento de cerrar la cuadratura del círculo subordinatorio pero atendiendo o teniendo en mente quién era y cuál los intereses protegidos de ese fiador.

Por tanto, el TRLC en dos artículos, el 263 y 264 tratará de dar solución a los enormes problemas que siempre han generado en el derecho de quiebras aquellos créditos que estaban asegurados mediante garantías personales y toda una plétora de casos que compartían un planteamiento similar, basado ante todo en las reglas de la solidaridad deudora y el refuerzo garantitorio que siempre supone la añadidura de un patrimonio adicional. El derecho derogado no había sido capaz de resolver, ni tan siquiera de despejar, las dudas que se cernían en el procedimiento de insolvencia entorno al crédito de regreso del codeudor; del mismo modo tampoco era clara ni la manera ni el fundamento de solicitar el reconocimiento paralelo y simultáneo en un mismo procedimiento de varios codeudores, así como tampoco era clara la situación que procedía para reconocer créditos en aquellos supuestos que se procedía a un pago parcial⁸.

Nadie puede negar que el garante, avalista, fiador, etc., ineludiblemente asume el cumplimiento de la obligación frente al acreedor, pero al mismo tiempo y frente al deudor le asiste un derecho a su indemnidad, indemnidad que supone la no asunción de la totalidad del riesgo de insolvencia del deudor o del incumplimiento total, parcial o defectuoso⁹. De lo contrario

de la patrocinada. El supuesto parte, amén de un aumento de capital de una sociedad que ahora no interesa al razonamiento, de un caso en que el emisor de la carta de patrocinio hubiera provisto de fondos a la filial para pagar a ese concreto acreedor e inmediatamente después fuese ésta declarada en concurso. Acierta el autor cuando señala que en esta situación sería imposible cualquier pago directo a los acreedores que forman la masa pasiva, dado que el acreedor no cobra de tales fondos con preferencia alguna, y, no obstante, podría darse el supuesto de quedar extinguida la deuda de la matriz con el beneficiario de la carta. No se olvide además que una carta de patrocinio se emite en interés del exclusivo del autor destinatario de la misma no en interés de otros acreedores, y tampoco en interés del patrocinado. El Supremo consideró que la carta de patrocinio era una fianza. Y aquí, simplemente patinó el Alto Tribunal. Una mutación arriesgada que significaría convertir en obligación directa el patrocinio. Asevera el autor como el patrocinante seguía estando obligado a responder, pues de estimarse una imposibilidad sobrevenida de cumplimiento, consecuencia de la declaración de concurso, en ningún caso se probó, que no le fuera imputable.

(8) Sí era, por el contrario pacífico en la doctrina italiana entender que el crédito del fiador del concursado, no excusado por el acreedor, debía ser admitido al pasivo por la pretensión de regreso como un crédito condicional. Así SATTI, *Diritto fallimentare*, Padova, 1974, p. 146; PAJARDI, *Manuale di diritto fallimentare*, 2.^a ed., cit., p. 483; PROVINCIALI, *Tratado de derecho de quiebra*, II, cit., p. 462 y ss.

(9) Sobre la fianza de deudas futuras así como la determinabilidad del objeto fideiusorio y la exigencia de una suma máxima de responsabilidad fideiusoria véase el reciente trabajo de INFANTE RUIZ, "La fianza general", *RdPat.*, 2010, n.º 24, pp. 29 y ss., pp. 32 y 33.

él pecharía exclusivamente con el impacto de la insolvencia tanto para el acreedor como para él mismo, garante subsidiario o garante *in solidum*, según los casos.

Y cuando hablamos de ese garante fiador, avalista, también avalista cambiario, la misma lógica debe abrazar y, por tanto, incluir, a aquellos socios de la sociedad que son administradores de la misma, como es el supuesto de los socios colectivos máxime si se tiene en cuenta la pretensión entre holística y oficiosa del supuesto de administradores legales que se regulan en el artículo 129 del Código de Comercio y por el que de no nombrarse administradores funcional y constitutivamente, todos *ex lege* tienen tal condición y, por tanto, se convierten en codeudores con la sociedad concursada, lo mismo sucede con el socio de la sociedad anónima o limitada unipersonal, o con el administrador de una sociedad de capital cuando además o amén de la condición de socio prestan fianza personal a la sociedad, cualesquiera que fuer la fianza. Pero ¿qué decir de lo que se pueden llamar como fianzas impropias?, incluso de las cartas de patrocinio que meramente contienen una promesa directa de contribuir a la dotación de fondos a la filial¹⁰.

Es más, ¿dónde hemos de situar por ejemplo aquellos créditos que legalmente se erigen como de refuerzo, no contractualmente, que no gozan del beneficio de excusión y, sin embargo están sujetos a la misma subsidiariedad que se predica de toda garantía personal? Pensemos en el propio crédito que puede nacer y entablarse por propia voluntad del juez concursal, nos explicamos, el artículo 128.2 de la norma concursal prevé en caso de insuficiencia patrimonial clara y ante la sospecha presumible de que el concurso pueda ser calificado de culpable, la obligación y responsabilidad subsidiaria de los administradores de la concursada.

Son garantes o deudores reforzatorios aquellos que nacen o se constituyen por contrato como obligados por la deuda de un tercero, siendo el incumplimiento de éste la causa de la que mana la obligación. Igualmente se subsumiría o participaría de esta conceptualización legal de obligados solidarios en el concurso, aquellos que sobrevenidamente asumen la deuda, y lo hacen de un modo cumulativo a la posición del concursado. También lo serían aquellos que se ven obligados solidariamente a raíz o por un vínculo extracontractual, como también lo serían los aseguradores

(10) Plantea estos y otros supuestos con gran rigor CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 376 y 377. Para este autor en la fianza impropia el garante de refuerzo de manera subsidiaria pero sin beneficio de excusión, debiendo en virtud de un título contractual que no propiamente la fianza, sino otra suerte de contrato que viene a crear una especie de obligación fideusoria. Así las cosas los promitentes del cumplimiento de un tercero garantizan al beneficiario de la promesa que el tercero cumplirá, respondiendo en su caso, pero subsidiariamente del incumplimiento. Por su parte en las cartas de patrocinio no las fuertes sino las que contengan una promesa directa de contribuir a la dotación de fondos a la filial, puedan o no ser consideradas en cada caso como una estipulación a favor de los acreedores de ésta, no deben participar de esta tipología, y ello —continúa el autor— aunque el acreedor de la filial fallida tuviera contra la matriz declarante una pretensión de cumplimiento, pues el destinatario de este cumplimiento sería al filial concursada.

de una responsabilidad civil o de una caución. En efecto, pensemos en el asegurado, sea tomador o no lo sea de un contrato de seguro y que causa un daño a un tercero, tercero perjudicado, víctima y que sin duda tiene acción directa en principio frente a la aseguradora, salvo por ejemplo que ésta probase una culpa exclusiva del mismo, o una concurrencia con lo que la hipotética indemnización no surge o no se debe en un caso y se mitiga en el otro.

Pues bien, es cierto que la deuda no nace de un mismo título, quien causa el daño es el asegurado no el asegurador, y sin embargo se produce una suerte de solidaridad pasiva entre ambos. En efecto, es el asegurador quien está obligado al pago ante la reclamación del tercero, incluso no tiene posibilidad de oponer excepciones a éste que sí podría oponer a su asegurado, dado que la víctima es inmune a las mismas. Y sólo si hubiese culpa o actuación dolosa o un mero impago de prima por ejemplo por parte del asegurado, será cuando la aseguradora pueda reembolsarse y regresar en el patrimonio de su asegurado¹¹.

Una indemnidad que se plasma, de un lado, en las acciones de regreso, acciones que en la regulación codificada se cifran en la de reembolso (art. 1838 CC) y subrogación (art. 1839 CC). Pero de poco o nada servirían si el ordenamiento no es capaz de brindarle herramientas idóneas y proporcionadas que aseguren su éxito (art. 1843 CC)¹².

Como bien se ha dicho, la razón de ser de estas acciones estriba en primer lugar en las peculiares relaciones que vinculan al garante con el deudor, como la acción contraria de mandato o la de gestión de negocios¹³. Qué decir a su vez del comisionista que asume el riesgo de cobro tal y como preconiza el propio artículo 272 del Código de Comercio, ¿tiene el comitente acción contra el tercero que contrató con el comisionista? Entendemos que la respuesta no puede ser otra más que la afirmativa.

Antes del concurso, y de un modo genérico puede afirmarse, que el fiador o garante no vale tanto por lo que es, aunque es él y su patrimonio de lo contrario no sería fiador, cuanto por lo que puede llegar a ser. Y ello con independencia de la situación atinente al pago o cumplimiento, pues el escenario se dualiza en función de si antes del concurso del deudor

(11) Sobre el tratamiento de este seguro nos remitimos, entre otros, a nuestro estudio VEIGA COPO, *Tratado de contrato de seguro*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2012, pp. 1485 y ss.

(12) El panorama es más complejo en el ámbito del pago de indemnizaciones en los contratos de seguro. Si bien en la ley del seguro de daños y partiendo que el asegurador asume una deuda propia, el artículo 42 se escuda en las acciones de subrogación y, en cambio el 68 en las de reembolso.

(13) Sobre este punto *vid.* PERDICES, *Fianza y concurso*, Cizur Menor, 2005, p. 26. Nos recuerda asimismo CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 229, como la ley sólo repara en la situación de concurso del deudor principal para agravar parcialmente la condición del garante, no para aliviarla en ningún modo. Y es que, baste una mera lectura que no relectura de lo que ya se conoce como efecto invernal en sede de paralización de ejecuciones para comprobar que la finalidad no es la de favorecer a los deudores de refuerzo a garantes, sino a la masa del concurso.

avalado o afianzado se produjo el incumplimiento y el garante o fiador ha pagado y ahora tiene que verse compelido a participar en un concurso de acreedores para reconocer su crédito, verlo clasificado, bien como ordinario, bien en la peor de las hipótesis como subordinado. Haya pagado o no haya pagado ante el incumplimiento del deudor concursado o no, el garante actúa y puede actuar por derecho propio e *in rem propriam* para preservar y tutelar sus pretensiones patrimoniales de cara al regreso. Así, concursado el deudor, el garante comunica su crédito de regreso, eso sí, eventual y contingentemente.

Pero puede también comunicar el crédito del acreedor principal y el suyo propio. Ordinario y contingente respectivamente conviven o pueden convivir en un escenario concursal y supeditado al pago o no del garante, pues recaído éste, la contingencia se hace certeza y realidad y cobra todo su protagonismo el crédito del fiador o garante en el concurso tras el pago realizado por éste al acreedor principal¹⁴. Mas también cabe que el acreedor, por las razones que fueren, no quiera comunicar su crédito al concurso, y éste, no conste de un modo indubitado¹⁵.

Lo normal, y hasta cierto punto también lo lógico, es que la dinamicidad de la garantía personal suela ser inmediata, bien porque en el contrato de garantía se haya pactado expresamente que la declaración del concurso es causa de su vencimiento anticipado o bien porque el fiador, el avalista o el garante personal quieren participar en el concurso como único remedio final para poder quedar indemnes de su pago frente al acreedor, de ahí

(14) Nos recuerda MARTÍN ARESTI, “Garantías personales”, cit., p. 1618 como de acuerdo con la regla establecida en el art. 87.3 LC y con la previsión del apartado 8 de la misma disposición (introducido este último por la Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal 22/2003) “el pago al acreedor permitiría la confirmación del crédito de regreso con el reconocimiento a su titular de todos los derechos concursales que correspondan a su cuantía y calificación. Ahora bien, ha de tenerse en cuenta que esta regla, que expresa *con carácter general* la consecuencia del cumplimiento de la contingencia para los créditos reconocidos con esa condición, sólo se aplicará cuando el crédito de regreso no concurra en el procedimiento con el crédito del acreedor garantizado (y sólo sucederá tal cosa si este crédito no figura como crédito concursal). Si el crédito del acreedor está reconocido en el concurso, la concurrencia de ambos créditos en el procedimiento se rige, en principio, por lo dispuesto en el art. 87.6 LC (*vid.*, en este sentido, la SAP de Pontevedra 4 de diciembre de 2008 [AC 2009, 191]) y por el art. 97.4 3.º LC, que remite a la aplicación de la mencionada disposición para el supuesto en que proceda la modificación del acreedor inicial como consecuencia del pago posterior del avalista, fiador o deudor solidario”.

(15) Acierta, MARTÍN ARESTI, “Garantías personales”, cit., p. 1617 cuando esgrime que junto al reconocimiento del crédito del acreedor en el concurso, cabe también que antes del pago se reconozca el crédito de regreso que (aunque con carácter condicional) ostenta el garante frente al deudor concursado. Y en ello en base a que es posible esta tutela al garantizar el caso de que el acreedor no inste el reconocimiento de su crédito en el concurso. Aunque la LC no recoge ninguna indicación expresa al respecto, la posibilidad de tal reconocimiento como crédito contingente deriva del art. 87.3 LC. La autora trae a colación en tal sentido, la SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 2008 (JUR 2010, 47923); contra sin embargo, BERMEJO, “Artículo 87”, *Comentario de la Ley Concursal* [A. ROJO/E. BELTRÁN, Dir.], I, cit. pp. 1570-1571, quien sólo considera admisible la participación del garante en un concurso donde figure reconocido el crédito garantizado a través de la sustitución del acreedor por efecto del pago.

que procedan voluntariamente al pago y busquen a toda costa participar en el procedimiento concursal, conscientes como son de las enormes dificultades de poder regresar una vez concluido el concurso.

A pesar de todo, el esquema no es complejo, en efecto, ante el concurso del deudor, el fiador se convierte en deudor del acreedor principal, pero al mismo tiempo y satisfecho éste total o parcialmente se convierte en acreedor del deudor principal ya concursado. Pero cuidado, el fiador todavía no es acreedor del deudor principal ahora concursado, podrá serlo pero todavía no lo es, por lo que ¿realmente el sentido o la intencionalidad que no ratio del artículo 263.2 es anticipar esta consecuencia?¹⁶

La garantía personal entra, en suma, en su fase dinámica de ejecución pero el acreedor ignora el devenir final de la misma, de ahí que insinúe su crédito en el concurso del deudor principal. Primero vela por sus intereses, luego decidirá lo que es mejor, si seguir en el proceso concursal, lo cual no parece lo óptimo o si actuar contra el garante personal. De no hacerlo perdería toda acción en el concurso frente al concursado, o haciéndolo tardíamente al no ser satisfecho en su integridad por el garante o el fiador a extramuros del concurso, pecharía con las consecuencias de ser un crédito comunicado tardíamente, amén de ser una actuación escasamente diligente por parte del acreedor que no supo anticiparse a todas y cualesquiera de las vicisitudes. Verificado su crédito en el concurso, indirectamente allana además el camino del fiador en el concurso del deudor, facilitando el eventual crédito de regreso sobre el deudor concursado, además de la otra opción que asiste al fiador, a saber, la acción de subrogación. En cierto sentido no es descabellado afirmar que el acreedor no sólo actúa en interés propio, también lo hace en interés del garante, aunque sin importarle demasiado las contingencias futuras que acaezcan con éste¹⁷.

(16) Recuérdese como por ejemplo la Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de diciembre de 2001 (RJ 2001, 9934) señala sin ir más lejos, tampoco menos cerca, como el fiador no es, en tanto que tal, acreedor del concursado, señalando como *hasta el momento del pago el fiador no es acreedor del deudor afianzado*. Concursado éste y ante el no cumplimiento total o parcial frente al acreedor, el fiador acaba convirtiéndose en deudor de éste, dado que el presupuesto de exigibilidad de su obligación de garantía se ha activado. Ocupa el lugar del deudor frente al acreedor principal. Pero frente a esta responsabilidad añadida que fue detonante sin duda para la concesión del crédito o estipulación de la obligación por parte del acreedor, éste no se queda al margen o a extramuros del concurso, todavía no carece de un interés en el concurso, pues no sabe si la garantía se hará efectiva o no, parcial o totalmente. Hasta el presente el monitoreo o los costes de agencia se centraban más en el patrimonio del deudor que en el del fiador, dado que éste era añadido. De ahí que el acreedor aun cuando busque una satisfacción extraconcursal a través de la exigencia de la garantía, no obstante, comunicará su crédito al concurso.

(17) No le falta razón a PERDICES, *Fianza y concurso*, cit., p. 27 cuando asevera el cambio de perspectiva que acaece en el concurso del deudor principal. En efecto, no es ya que haya dos patrimonios responsables, sino que existen dos sujetos acreedor y fiador, con derechos en el seno del concurso frente al deudor. El centro no gira ya en torno al acreedor con dos patrimonios de responsabilidad añadidos, sino que en el Derecho concursal la problemática de la fianza se va a construir en torno al deudor, con dos sujetos que pueden dirigirse contra él en virtud de una misma deuda y donde uno de ellos, el fiador, puede ser a la vez cesionario de la pretensión del otro, el acreedor principal, y titular de un derecho

Cuestión distinta es el alcance de reconocimiento de este crédito, no ya el del eventual de regreso del fiador o garante, pero ¿qué sucedería con la garantía fideiusoria si el crédito comunicado pro el acreedor es reconocido concursalmente por menor cuantía que la propia fianza del garante?, ¿qué debe en su caso realmente el fiador y qué se le puede exigir, sólo lo reconocido concursalmente, o lo que realmente debe extraconcursalmente y en relación a lo pactado o acordado entre las partes?, ¿qué insinúa a su vez este acreedor de refuerzo que en suma es el fiador o garante, lo reconocido a aquél, y que es lo que en su caso se le puede exigir, o el eventual crédito de regreso por la totalidad de lo que afianza al deudor concursado?¹⁸

En el apartado primero del artículo 263 el legislador regula el reconocimiento del crédito principal en el concurso de aquellos deudores (solidarios) que respondan de un modo subordinado (beneficio de excusión) al incumplimiento del deudor principal. No cabe duda que, ante un supuesto de concurso de un deudor subordinado, un codeudor, o incluso subsidiario –fiador–, el acreedor tratará de hacer valer su crédito, si bien todavía se ignora en este momento si el deudor principal, y por el momento solvente, cumplirá o no su obligación. Así las cosas el reconocimiento de un crédito que eventualmente puede ser exigido al deudor subsidiario sólo puede reconocerse como crédito sometido a condición suspensiva. El hecho contingente con carácter suspensivo está supeditado primero al cumplimiento o no del deudor principal y, segundo y sobre todo, al beneficio de excusión, por lo que primero han de buscarse bienes o activos suficientes en el patrimonio del deudor principal para cobrarse y en su defecto o carencia activar la fase dinámica de la garantía personal, por lo que el crédito se convierte en puro y simple. En suma, la característica común es que estamos ante deudores a los que no se puede compeler al pago hasta que no se le haya exigido el pago al deudor principal y éste no paga, agotando además la excusión de bienes del deudor.

El supuesto de hecho es claro, aquel crédito que no puede hacerse valer contra el concursado sin previa excusión de un obligado o deudor principal, crédito que en todo caso se reconoce como suspensivo en su admisión al pasivo. Estaríamos así ante el supuesto de un concurso de un fiador no solidario, ante el que el acreedor puede reclamar o esgrimir el *beneficium excussionis* en relación al deudor principal, si éste último todavía no ha

propio y autónomo de reembolso. Se trata en definitiva de un problema de concurrencia de acreedores.

(18) Parecido es el problema que se plantean QUATRARO/DIMUNDO, *La verifica dei crediti bancari e dei crediti derivanti da fideiussione*, cit., p. 195 y 196, aún sin entrar en el trasfondo que hacemos nosotros conforme a la ley concursal española y el complejo artículo 87. La obligación de garantía permanece íntegra por toda la suma garantizada, también si el acreedor ya ha sido admitido al pasivo del concurso del deudor, por importe inferior, sin olvidar que la providencia de admisión al pasivo no tiene eficacia de juzgado, sino solo eficacia preclusiva internamente al procedimiento concursal y, por consiguiente, después de la clausura del concurso, el acreedor puede hacer valer contra el deudor, y también contra el garante o fiador, su mayor crédito respecto del admitido realmente en el concurso.

cumplido, solicitando su reconocimiento en el concurso del primero como contingente¹⁹.

Indudablemente por que el fiador haya concursado el crédito o el débito según se mire no vence anticipadamente, y menos para el deudor principal, lo que no empece a que el acreedor se cure en salud y trate de comunicar y ver reconocido su crédito de un modo eventual en el concurso del fiador por si llegado el momento, el deudor principal no cumple²⁰. Crédito que se calificaría como suspensivo en el concurso del fiador quien debería pagar si la excusión de bienes en el patrimonio del principal obligado es infructuosa. Estaríamos ante una condición legal, o asimilada a ella, una *condicio iuris*, ya que es un evento que no se ha establecido por voluntad de las partes sino que dimana directamente de la ley²¹.

Si el obligado principal paga llegado el vencimiento del crédito, el crédito condicional decae en el concurso del fiador dado que el hecho condicionante, la previa excusión de bienes en el patrimonio del obligado principal, ha tenido éxito. En suma, sea la hipótesis del acreedor principal que obtiene la admisión al pasivo condicionadamente en caso de concurso de un fiador no solidario, sea en el concurso del deudor principal en el que el fiador para hacer valer su derecho a la indemnidad por vía de regreso en caso de concurso del deudor principal, la infructuosa excusión de bienes del deudor principal se convierte en una *condicio iuris*, esto es, en un acontecimiento futuro e incierto que condiciona la eficacia del crédito mismo²².

(19) Como bien señala PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, cit., p. 254 la ratio de esta asimilación a los créditos condicionales radica en el hecho de que no estando sujeto a condición en sentido propio estos créditos se encuentran en una situación análoga a la de aquellos créditos suspensivamente condicionados, en cuanto a su eficacia y subordinados a la verificación de un evento futuro e incierto, que no es otro que la ejecución forzada con éxito infructuoso por el acreedor de un obligado principal. No estando la deuda todavía vencida, el cumplimiento por parte del deudor principal es un hecho incierto y futuro.

(20) Véase desde la perspectiva del concurso del fiador solidario y no del deudor principal, la aportación reciente de BRENES CORTÉS, "Calificación del crédito contra el fiador solidario declarado en concurso", cit., pp. 185 y ss.

(21) La previa excusión de un obligado principal con resultado negativo, constituye una *condicio iuris* que suspende la eficacia del crédito en relación con el fiador no solidario concursado. Vid. sobre este y otros extremos PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, cit., p. 254.

(22) Así señala PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, cit., p. 257 de un modo categórico y concluyente, que no hay motivo para distinguir al fiador no solidario del aquél que es solidario, el cual no tiene el *beneficium escussionis*, como reza el artículo 1944.2 del Codice. Este último puede ser admitido al pasivo del concurso principal con reserva. De ahí que idénticas consideraciones, es decir, análoga tutela debe ser reconocida al fiador no solidario. En parecidos términos también BONFATTI, *La formazione dello stato passivo*, cit., p. 90, que asevera como según la opinión de algunos, el crédito del fiador no excuso no puede ser considerado como un crédito condicional, sino que debe ser calificado como crédito eventual: como tal, por consiguiente, idóneo para fundar una demanda de admisión al pasivo.

Piénsese igualmente en aquellos supuestos en los que el concurso de una sociedad personalista y la responsabilidad personal, subsidiaria e ilimitada que tiene ciertos socios, significativamente los socios colectivos. El acreedor no puede pretender el pago directo por parte de los socios sin la previa excusión del patrimonio del obligado principal, en este caso la sociedad. El socio está y es al mismo tiempo sujeto a reclamación precisamente en su condición de socio, activándose lo dispuesto en el artículo 128.2 TRLC. Como es sabido tanto el socio civil como el socio colectivo están obligados a cubrir las carencias patrimoniales de la sociedad, sin que por ello pierdan su eventual derecho de regreso frente a esa misma sociedad deudora y concursada. Pero han de hacerlo una vez que del patrimonio social no haya bienes libres suficientes para pagar a los acreedores²³.

Huelga decir que si la fianza se pactó sin el previo beneficio de la excusión de bienes en el patrimonio del deudor principal, la insinuación y reconocimiento del crédito del acreedor en el concurso del fiador no queda sometido a contingencia alguno, siendo por consiguiente un crédito puro y simple²⁴. Cabe en nuestro derecho tanto el rechazo convencional al beneficio de la excusión, por ejemplo en las fianzas solidarias en las que el fiador renuncia al mismo, como una suerte de rechazo pseudolegal regulado en el artículo 1831.4 del Código Civil cuando no existan bienes realizables en territorio español debiendo el acreedor demandar al deudor fuera del territorio nacional. Pero tampoco habrá excusión alguna por imposibilidad manifiesta en los supuestos de concurso simultáneo entre deudor y garante. Difícilmente éste está en condiciones de señalar bienes libres suficientes al acreedor.

Por su parte no puede ignorarse la previsión del artículo 258.1 del TRLC que prevé la posibilidad de concursos simultáneos de deudores solidarios, que, como ya hemos visto, podrá el acreedor comunicar su crédito a la administración concursal de cada uno de los concursos. Hipótesis ésta que procede igual en los ordenamientos alemán e italiano (parágrafo 43 *InsO* y artículo 61 de la *Legge Fallimentare*). En todo caso, el acreedor expresará en las insinuaciones o comunicaciones de créditos en cada concurso si ha comunicado o no su crédito o si lo va a hacer en el resto de concursos, presentando copia del escrito (artículo 258.1). El acreedor tratará de concurrir en cada concurso por el todo, si bien es lógico que únicamente cobrará de los distintos concursos hasta el límite del crédito²⁵. De otra parte el

(23) Como bien ha señalado PERDICES, *Fianza y concurso*, cit., p. 169 con ello se reproducen los problemas típicos de la fianza en los procedimientos concursales, si bien con las peculiaridades derivadas de la naturaleza de su obligación que impiden una remisión simple a las reglas generales sobre garantías personales.

(24) Comparte este criterio también BERMEJO, "Art. 87", *ComLC*, cit., p. 1569 quien asevera como esta solución se extiende a todos los supuestos de responsabilidad escalonada, el fiador que sólo garantice el pago de la parte no satisfecha del crédito, al garante o patrono de una carta de patrocinio, a los socios personalmente responsables de las deudas de la sociedad.

(25) Como bien señala CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 231 la comunicación por el todo en cada uno de los concursos no se reduce ni

deudor solidario que ha concursado y que haya pagado parcialmente al acreedor no podrá obtener el pago en los concursos de los codeudores en tanto aquél no haya sido resarcido íntegramente.

Si llegado el vencimiento de la obligación el deudor principal satisface íntegramente el crédito, éste desaparece de la lista de acreedores del concurso del garante o codeudor solidario. Por contra si el deudor principal realiza un pago parcial del crédito, el montante subsistente e insatisfecho por aquél se convierte en un crédito puro y simple en la masa pasiva del concurso del codeudor solidario. Resulta obvio que el crédito quedará reducido a la parte faltante o subsistente hasta el íntegro cumplimiento de la obligación. Será el acreedor quién ha de comunicar la satisfacción parcial operada, en aras de una correcta configuración de la lista de acreedores. De lo contrario la administración concursal podrá oponerse a las pretensiones fraudulentas de un acreedor que ya obtuvo satisfacción parcial. El riesgo de desinformación es muy elevado pero mayor es el riesgo todavía de que se produzca un cobro de lo indebido, por lo que la administración concursal exigirá la restitución de ese pago. Ser diligentes en los pagos, implica serlo a su vez en las comprobaciones.

Es cierto que salvando lo preceptuado por el artículo 438.2 del texto refundido de la norma concursal –a saber, la posibilidad de que la administración concursal pueda retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en los concursos del resto de codeudores solidarios–, no existirán demasiados medios para que la administración concursal pueda fiscalizar y llegar a saber si realmente el acreedor cobró fuera del concurso de un codeudor o garante solidario. Si un codeudor o garante *solvens in bonis* no comunicó al concurso del deudor principal u otro codeudor el pago hecho al acreedor perderá la acción de reembolso contra éste si se repite el pago del acreedor²⁶. Así las cosas, el mejor acicate para evitar cobros no debidos o en exceso es el hecho de que el codeudor *solvens in bonis* que pagó, comunique este pago a la administración concursal en aras de preservar el derecho de regreso y obtener su reconocimiento conforme al artículo 264 TRLC.

A su vez si uno de los codeudores que ha concursado simultáneamente con otros ha pagado previamente una parte del crédito, el acreedor no podrá insinuar ni tratar de ver reconocido la totalidad del crédito, sino la parte del mismo no pagado todavía lo que implica el descuento de lo percibido. No cabe duda que el acreedor principal tiene preferencia para el cobro íntegro de su crédito al que ostente el codeudor que ahora trata de regresar. El propio artículo 438.3 del TRLC vela por este derecho del acreedor al impedir el ejercicio concurrente del codeudor que regresa o

se minora ex post, como tal reconocimiento, aunque durante el concurso se haya realizado algún pago parcial.

(26) Cfr. CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 234 quien agudamente señala como habrá que recurrir en tal caso a los remedios ordinarios de la *condictio indebiti*, que deberá ejercitar aquel de los deudores solidarios (o sus administradores concursales) que últimamente haya pagado.

trata de reembolsarse²⁷. En todo caso, el pago del codeudor solvento ha de ser un pago que exceda de lo que por cuota interna correspondiera al deudor que paga, pues de lo contrario nada debe regresar al deudor concursado²⁸.

No confundamos los concursos simultáneos con la posibilidad de concursos sucesivos. En efecto, el concurso de un codeudor no tiene porqué arrastrar simultáneamente el concurso del resto de coobligados, por lo que el acreedor únicamente insinuará su crédito por la totalidad en el concurso del codeudor insolvente, y tratará de cobrar del resto de codeudores. La ulterior insolvencia de éstos, o concursos en cascada significará que el acreedor podrá comunicar su crédito incrementado en la cuantía que impliquen los intereses generados después de la declaración del concurso del primer codeudor. Ahora bien, si el concurso se extiende a la matriz y a la vez a la filial, es lógico que el acreedor comunique y trate de ver reconocidos sus créditos en ambos concursos, como si fuesen la matriz y la filial codeudores solidarios²⁹.

IV. RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO PRINCIPAL (IMPAGADO) EN EL CONCURSO DEL DEUDOR

Antes del TRLC no podía ignorarse la enorme problemática interpretativa que el hoy 263.2 generaba y generó el apartado sexto del artículo 87 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 fiador³⁰. Artículo enmendado y reformado y rescrito. La controversia, la duda y la exégesis más o menos

(27) Conforme CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 232 quien alega como para garantizarse el cobro por entero de este crédito subsistente podrá el acreedor hacer uso del derecho del art. 160, postergando el regreso del codeudor (solvens parcial preconcursal) hasta que aquél obtenga el cobro de la totalidad de lo que resta debido. Como de particularmente controvertido califica PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, cit., p. 257 la admisibilidad al pasivo con reserva (condicionadamente) en el concurso del deudor principal del crédito de regreso del fiador.

(28) En este sentido CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 237 dado que el regreso no está subordinado a un pago plenamente extintivo por parte del codeudor concursado solvens.

(29) Conforme CARRASCO PERERA, "Cartas de patrocinio y garantías independientes en el concurso", *RCP*, 2006, n.º 4, pp. 91 y ss., p. 106.

(30) Se plantea PENDÓN MELÉNDEZ, "Cuestiones en materia de fianza y concurso (con especial referencia al beneficio de excusión y el reconocimiento de créditos concursales garantizados con fianza)", en *Estudios sobre la Ley Concursal. Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, III, Madrid, 2005, pp. 3031 y ss., p. 3043 si el mandato del n.º 6 del artículo 87 es más restrictivo en su aplicación que el n.º 7 o si, por el contrario, la diferencia entre ambos preceptos no es relevante a la hora de acoger diferentes formas de garantías personales. Muy crítico con la regulación que el 87.6 dispensa para la fianza, PERDICES HUETOS, *Fianza y Concurso*, cit., p. 46 cuando asevera como la Ley concursal en materia de garantías personales ha introducido, en concreto, dos torpedos dirigidos a la línea de flotación de estas garantías son las reglas en materia de clasificación de créditos (a) (art. 87.6 LC) y, si bien con menores consecuencias, en materia de convenio (b) (art. 135 LC).

oportunista por parte de la doctrina y ciertos sectores financieros comenzó en su momento en la segunda parte de este artículo 87.6. A saber, en la interesada y sesgada interpretación de la frase “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”. Hoy el artículo 263.3 del TRLC es, sin duda más claro y concluyente amén de asertivo aseverando: “la administración concursal deberá reclasificar el crédito optando por la clasificación *de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al fiador*”. La clave en 2020 pasa por dos términos, reclasificar e “inferior grado”.

Mas eso sí, la reforma de 2009 sí introdujo un antecedente que sitúa la clave resolutive a partir de la confrontación doctrinal entre interpretaciones literalistas y correctoras, al aseverar “siempre que se produzca la subrogación por pago” a la que se añade la coetilla anterior. ¿Cabe únicamente la subrogación por pago, o el fiador puede ir por otra vía? Esa es la pauta que anuda la consecuencia jurídica, el hecho fáctico sin duda que, en función de las vías de reembolso por las que actúa el fiador marcarán el devenir y su posición en el concurso. Ahora en 2020, la dicción es categórica, art. 263.2 II: “una vez realizado el pago, con subrogación del fiador en la posición jurídica del acreedor afianzado (...)”.

Como puede comprobarse han sido definitivamente desterrados de la terminología de la ley concursal, en la nueva, la del texto refundido términos tales como “estos créditos” y “en todo caso”, los que a la postre emponzoñaban la solución y la consecuencia, literal o demagógicamente correctora, proponiéndose interpretaciones que sin ambages no hacen sino pervertir y utilizar a mera conveniencia el proceso y la lógica interpretativa y artificiosamente creando e impostando la solución más conveniente para los intereses en juego, oportunos y oportunistas³¹. La Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2011 (RJ 2012, 299) incidía en esta cuestión –consciente sin duda de la dualidad interpretativa que marcó el devenir del artículo 87.6– aseverando en su fundamento quinto cómo la redacción originaria del inciso segundo del artículo 87.6 “es confusa, y no

(31) Categórica la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de diciembre de 2011 cuando en su fundamento cuarto afirma “(...) desde el punto de vista de la interpretación gramatical no cabe extraer una conclusión definitiva porque los sintagmas ‘estos créditos’, ‘en todo caso’ y ‘clasificación por la que resulte menos gravosa para el concurso’ no son unívocos, y al respecto se pone de relieve que no cabe excluir que la referencia legal ‘a estos créditos’ sea solo a los que el acreedor ha sido sustituido por el fiador, ‘pues la norma acaba de aludir al supuesto de que el fiador, mediante el pago haya sustituido al titular del crédito (operando la subrogación legal, ex art. 1839 CC)’, en tanto que la locución adverbial ‘en todo caso’ queda matizada por el alcance que se haya atribuido al sintagma ‘estos créditos’”. Concluye la Sentencia este fundamento, tras analizar la otra tesis interpretativa, la literalista, esgrimiendo: “(...) resulta excesivo y carente de justificación, desbordando la finalidad de la norma, extender las consecuencias al acreedor principal, que no tiene relación contemplada por el legislador, y se le impone una ‘penalización’ injustificada por el mero hecho de haber dotado a su crédito de una garantía habitualmente observada en el tráfico, especialmente en el crédito empresarial, a lo que se añade una perturbación en el ‘mercado del crédito’ y aumento de sus costes de financiación”.

permite extraer una conclusión unívoca, y aun cuando es cierto que, desde el punto de vista de la interpretación gramatical podría deducirse una interpretación 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 que 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. Y no es preciso extenderse más sobre el tema porque el legislador ha optado por dar nueva redacción al precepto en el sentido de limitar el alcance de la norma controvertida al supuesto de que se produzca la subrogación por pago por el fiador, y aunque no cabe otorgar a la nueva norma un simple valor interpretativo o aclaratorio que permitiría darle carácter retroactivo, sin embargo es un elemento importante de valoración discursiva, que además permite unificar las situaciones anteriores pendientes con las nuevas que se produzcan a partir de la entrada en vigor del RD-Ley 3/2009, de 27 de marzo”.

Pero, ¿puede un acreedor del concursado no impeler al fiador en pago, incluso rechazar este pago, y conservar su status concursal originario sin que le afecte el hecho de una garantía adicional personal?, ¿acaso es menos gravoso para el concurso que quien puede satisfacerse al margen de él no lo haga con tal de no quedar contaminado por la subordinación del garante?

Y aunque la norma no especifique el momento del pago por el fiador o garante, éste ha de entenderse realizado una vez declarado el concurso. Otra postura no se puede comprender. Si el mismo antecede a la declaración del concurso, ni el acreedor sería tal al menos en su totalidad, pues cabría pensar en un pago cuando menos parcial, ni sería tampoco de aplicación el apartado sexto de este artículo sino el séptimo³². Es más la insinuación y el ulterior reconocimiento del crédito del acreedor o bien no operaría, o bien lo haría únicamente por la parte aún no percibida. Y pagando el fiador o garante ex ante del auto que declare el concurso, no sería éste el artículo 263 sino el siguiente el que debiera entrar en liza. Pero ¿pago a mero capricho del propio acreedor, o acaso obligado o insinuado por la administración concursal?

(32) Nos recuerda CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 239 que esta norma no es privativa de la fianza, ni tampoco del pago parcial postconcursal. El precepto es más genérico, por lo que, aunque un acreedor tenga un deudor de refuerzo, puede insinuar por el todo su crédito en el concurso del otro codeudor. Sea éste deudor principal afianzado o un codeudor solidario. Del mismo modo no importa que el fiador esté o no concursado, o si es solidario o no.

No cabe duda que, en el primer inciso del apartado sexto, el legislador prioriza el mejor derecho del acreedor en el concurso del deudor frente al eventual crédito o derecho de regreso del fiador o garante que ni siquiera ha pagado aún al primero. Crédito actual éste, contingente sometido a condición suspensiva el de aquél. La regla no puede ser más clara, a saber, en caso de concurso del deudor, el acreedor principal y el fiador no pueden concurrir al mismo simultáneamente si aquél no ha sido íntegramente satisfecho. Aunque esto no es sino la mera silueta del problema que esconde o genera, para algunos, tan despechado y criticado a la vez artículo. Pero el hecho de que los dos créditos no puedan coincidir temporalmente en el mismo proceso y por la misma condición o título, no implica que no puedan hacerlo, si la causa, el motivo y la eficacia temporal de los mismos es diferente.

1. LA CONTAMINACIÓN DEL CRÉDITO DEL GARANTE AL ACUDIR EN REGRESO

Muchas y todas ellas contradictorias amén de absurdas y reduccionistas habían sido las lecturas que a propósito del ya viejo artículo 87.6 se han ido esgrimiendo y publicando en estos años. A ello se unió sin duda la reforma, recte, la re-interpretatio que así mismo el legislador hizo en la reforma de 2009 y que acabó mitigando toda la plétora de artículos y estudios, propuestas e interpretaciones dispares que la primigenia redacción de 2003 suscitó y despertó en doctrina y prácticos, sobre todo, entidades financieras. Es más, algunas afirmaciones lejos de la mera ocurrencia, también de la sagacidad precoz y contumaz, sólo puede conducir al disparate. En efecto, aun a pesar de la nueva dicción, se ha venido afirmando reiteradamente por ejemplo que un acreedor con preferencia especial, o general, se convertirá en acreedor ordinario si el crédito de regreso del garante es ordinario, es un absurdo, como también lo es quien vitupera irreflexivamente que un fiador con contragarantía a su favor, esto es, proveerse de una garantía real para asegurar el cobro o pago de reembolso, perderá la preferencia especial contaminado por la condición subjetiva del acreedor, esto es, si el mismo es o era un acreedor subordinado es una temeridad.

Antes de avanzar en todo el laberíntico puzzle que sin querer ha creado este desdichado artículo al que no se deja en paz en ningún momento, conviene precisar: primero, el crédito de un acreedor originario no sufre merma ni contaminación alguna por que el deudor fallido goce de una fianza o un garante. Lo que supone que el eventual crédito de regreso del fiador, que sí puede ser subordinado, en modo alguno alcanza ni toca la entidad y la calificación que le corresponda al crédito del acreedor.

Cuestión distinta es que, *per se* este mismo crédito sea ya de por sí subordinado. Esto supone de otra parte, y en segundo lugar, que en modo alguno el eventual regreso del fiador que sí paga al acreedor, asume la posición crediticia y concursal de éste, por lo que si el acreedor era privilegiado no

lo será el garante o codeudor o mero deudor de refuerzo. Si éste entra dentro del elenco de los subordinados alcanzando el crédito del fiador, con independencia de que el acreedor por éste satisfecho tuviere la condición de privilegiado o incluso de ordinario.

Lo que sí ha debido hacerse desde el primer momento es plantear adecuadamente las dos vías de regreso que todo fiador atesora una vez que paga al acreedor, subrogatoria y de reembolso. Dos mecanismos convergentes y paralelos pero que no se entrecruzan y que dibujan concursalmente también la posición jurídica que debe tener el fiador. Acierta la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de marzo de 2012 cuando señala que no puede calificarse como crédito contra la masa el nacido de los pagos realizados por el fiador de la concursada a los acreedores de esta tras la declaración de concurso. La reciprocidad 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 del fiador. Tampoco el crédito derivado de las comisiones pactadas a cargo de la deudora principal, concursada, es recíproco de la obligación asumida por el fiador de pagar o cumplir por ella, ya que la relación de fianza propiamente existe entre fiador y acreedor, que son las dos partes del contrato de garantía. En su fundamento segundo y tercero la Sentencia esgrime:

“(...) Alega la recurrente, al explicar su impugnación, que se cumplían todos los requisitos exigidos por esos artículos para calificar su derecho como crédito contra la masa. Afirma que el contrato de fianza había originado una relación recíproca, al haber quedado la afianzada obligada a pagarle una comisión a cambio de su afianzamiento, que estaba en vigor cuando fue declarado el concurso. Y añade que su crédito al reembolso había nacido, con el pago, después de dicha declaración. [Y en fundamento tercero asevera:] La reciprocidad, convertida en determinante del ámbito de aplicación de los artículos 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”.

Es obvio que si el fiador reclama por vía de regreso una pretensión patrimonial, es porque así le tutela el ordenamiento, y lo hace por que previamente ha pagado al acreedor principal que nada tiene ya que hacer en el concurso. Ahora bien, el que tenga derecho a ese reembolso frente a su garantizado o afianzado concursado, no puede suponer el prevalerse de la misma posición jurídica que arropaba al acreedor principal, y al decir prevaler significa modificar su condición subjetiva, pues para el concurso lo relevante no es el crédito sino la condición personal del acreedor, que ahora probablemente será o va a ser la de persona especialmente relacionada con el deudor, dado que difícilmente otro y al decir otro nos referimos a personas físicas, concederá fianza ante la subordinación que supone este crédito *ope legis*. Y si el camino elegido por un fiador hacia su total indemnidad no es la vía del reembolso sino la de la subrogación en la

posición jurídica del acreedor, lo hace y éste se lo permite, porque ha recibido satisfacción completa constante el concurso. La novación que opera implica ex ante, el pago al acreedor. Por ello, la insinuación de ambos créditos, el actual del acreedor principal y el eventualmente condicionado del fiador no son similares, tampoco chocan entre ellos, simplemente cierran la cuadratura de un círculo que evite la infructuosa satisfacción tanto del acreedor como del fiador aunque sea por regreso.

Ahora bien, no parca en palabras es la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 15.^a, de 29 de junio de 2006 (una de las primeras que llegan ya en apelación) cuando señala: “la finalidad de la norma es evitar que al amparo de vías oblicuas, pese a estar previstas por leyes sustantivas, pueda eludirse la aplicación de las normas concursales sobre clasificación de créditos y, en particular, evitar que el fiador que es persona especialmente relacionada con el deudor pueda eludir la calificación de su crédito como subordinado (que es la que le correspondería por aplicación del régimen concursal, en función de la titularidad subjetiva del crédito) al invocar la subrogación en el derecho del acreedor principal, por efecto del art. 1839 del CC, complementado con el 1212”. Hasta aquí, o por mejor decir, hasta este párrafo la Sentencia acierta, pues no en vano, es decir, tratar de eludir las normas de subordinación son la *ratio* que inspira, persigue y abraza este tan desdichado artículo. Una *ratio* que no puede estar pensada únicamente para el fiador en tanto persona especialmente relacionada con el deudor, y garante no sólo familiar, sino también, socio mayoritario, administrador, socio responsable personalmente de las deudas, etc., con lo que no sólo estamos apuntando o pensando en los fiadores profesionales del entorno o sector financiero, pues para eso ya está o entra en juego el artículo 309.2 en relación con el siguiente de la norma concursal.

Resulta claro que el fiador que paga queda subrogado en los derechos del acreedor contra el deudor y, actuando en regreso, no hace valer un crédito nuevo surgido después del concurso, sino el mismo crédito del acreedor insatisfecho, anterior al proceso concursal. La subrogación comporta, en cierta medida, únicamente una modificación subjetiva de la relación obligatoria, pero en modo alguno implica la creación de una relación nueva³³. Pero, ¿por qué no puede incluso el acreedor que precisamente ha financiado al concursado en función de la solvencia que el garante suponía, exonerar a éste de toda responsabilidad?, insistimos en el interrogante hecho párrafos arriba, ¿indefectiblemente queda compelido u obligado el acreedor principal a exigir la responsabilidad del garante o puede optar en cambio por la vía concursal y la posición o status concursal que dimane de su crédito y posición?³⁴ Adviértase además que la cuadratura del círculo

(33) Así PISANI MASSAMORMILE, “Il regresso del fideiudore nel fallimento del debitore principale”, *Dir. e giur.*, 1984, p. 357. También PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo nelle procedure concorsuali*, cit., p. 259.

(34) Advierte al respecto GARCÍA-CRUCES, “La clasificación de los créditos en los que un tercero disfrute de fianza prestada ‘por una persona especialmente relacionada

aún es más restrictiva para el fiador. En efecto, si hubiere un acreedor principal de los que se pudiese calificar como subordinado en función de su especial relación con el fallido, bien puede cobrar del garante antes del concurso, incluso constante el concurso y de hecho lo hará sin interdicciones de ningún tipo, pues el fiador debe y paga a aquél, pero de hacerlo, de pagar al acreedor directamente, el fiador arrastrará la calificación subordinada que el principal tenía en el concurso.

Ya se cuidará mucho el fiador en saber a quién paga y qué consecuencias puede tener tal hecho, como también advertirá el verdadero y restrictivo juego que tiene de *facto* toda o cualesquiera garantías personales en caso de concurso. Y es que los supuestos son tan amplios como unívoca es la solución, difícilmente la fianza, el garante, por unos motivos u otros, eludirá la subordinación. No importa la condición ordinaria, incluso privilegiada del acreedor principal, el garante es subordinado. No obstante surge ese interrogante no bien resuelto por la doctrina ni por la práctica jurisprudencial, a saber, si un fiador paga o consigna antes del concurso, a un acreedor privilegiado, incluso ordinario, puede insinuarse toda vez declarado el concurso como acreedor privilegiado por vía de subrogación?, ¿cabe la subrogación?, ¿acaso se convierte él mismo en un acreedor privilegiado *ope subrogationis*?, ¿qué sucede con las posibles garantías reales o personales de las que puede haberse provisto el fiador garante y qué juego tiene con el caprichoso y beligerante dictado del artículo 302 del texto refundido la norma concursal que sigue abogando igual que su anterior 97 por la cancelación de la garantía?³⁵

La participación del fiador en el concurso salvo la hipótesis de la condicionalidad suspensiva, se supedita en todo caso a la subrogación en el crédito del acreedor principal una vez que éste ha sido satisfecho³⁶. Ahora

con el concursado”, *RDBB*, 2008, n.º 109, pp. 7-29, p. 27 como esta forma de proceder aun siendo novedosa en nuestro país, no lo es tanto en otros ordenamientos en los que viene a imponerse al acreedor principal la carga de exigir previamente al fiador el pago de lo adeudado cuando el deudor es declarado en concurso, bien por así exigírselo una norma parágrafo 32.a) II GmbHG en relación con cierto tipo de préstamos garantizados, bien por el criterio jurisprudencial que se ha formado (doctrina Marshalling). El autor aboga en definitiva por una aplicación de la norma respetuosa con la literalidad y finalidad de la misma.

(35) Parecido interrogante se han hecho también en la doctrina italiana, *vid.* entre otros QUATRARO/DIMUNDO, *La verifica dei crediti bancari e dei crediti derivanti da fideiussione*, cit., p. 201, cuando se plantea el hecho de que el fiador que ha pagado la deuda del deudor concursado que a su vez está garantizado con hipoteca, se subroga en los derechos que ostentaba el acreedor hipotecario contra el deudor, si bien el problema no es otro que de dirimir si esa subrogación suponía también la titularidad del derecho de garantía real. En armonía con el artículo 45 de la Legge Fallimentare, la solución no puede ser otra que la subrogación del fiador en la garantía real “a condizione che l’annotazione della surroga sia stata eseguita prima dell’esecuzione del fallimento del debitore”. Resulta claro que, en caso contrario, el fiador únicamente podrá obtener la admisión como escriturario del propio crédito.

(36) Conforme BERMEJO, “Art. 87”, *ComLC*, cit., p. 1570 quien asevera como de este modo se consagra de manera implícita, la prohibición de doble reconocimiento en el concurso: el eventual crédito de regreso del garante y el crédito principal no pueden concurrir, pues son pretensiones financieramente idénticas que sólo pueden realizarse

bien, es admisible también su participación con la previa renuncia a participar en el concurso por parte del acreedor principal.

Nada impide que las partes puedan pactar en un contrato de fianza la participación preferente del crédito del fiador en un procedimiento de insolvencia del deudor principal en detrimento de la participación del acreedor. Lo que nunca sucederá es una participación simultánea de acreedor y fiador en el concurso³⁷. Ni que decir tiene que ante la imposibilidad de concurrencia por parte del acreedor principal en el procedimiento concursal, tampoco obtendrá reconocimiento la pretensión del crédito de regreso. Si no cabe la subrogación, el fiador no tiene ningún derecho a participar en la insolvencia. No es admisible que el garante obtenga un mejor derecho en el concurso que el acreedor garantizado.

Si la hipótesis normal es la de aquel crédito garantizado con fianza, sólo cuando el crédito primigenio obtenga su íntegra satisfacción se producirá la subrogación del acreedor de reembolso o de regreso en el concurso del deudor principal, lo que supone, una vez pagado y liquidado el acreedor principal, la alteración de la lista de acreedores contenida en el informe evacuado por la administración concursal. Así las cosas el fiador o garante que satisfizo las pretensiones patrimoniales de aquél le sustituye ahora en el concurso. El crédito se trastoca, ya no es el principal, sino el del garante o fiador por el crédito pagado³⁸. No cabe duda pese a que no todos lo ven así, que la sustitución de un acreedor por otro en el concurso, es decir, la postura bivalente o bifronte del fiador que es deudor del acreedor principal y que con el pago se convierte en acreedor principal del deudor concursado, opera a través de la subrogación.

Como señaló la Sentencia de 14 de julio de 2005 del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Sevilla, (Fundamento Tercero):

“(...) 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

alternativamente. En análogo sentido PENDÓN MELÉNDEZ, “Cuestiones en materia de fianza y concurso”, cit., p. 3044.

(37) Señala BERMEJO, “Art. 87”, *ComLC*, cit., p. 1574 como fiador y acreedor principal podrán acordar si se produce el concurso el orden de concurrencia al mismo, siendo dicho pacto invocable en los mismos términos frente a la administración concursal. Además, el fiador podrá comprar su derecho al acreedor principal anticipándole el pago de las cantidades adeudadas.

(38) Como bien señala PENDÓN MELÉNDEZ, “Cuestiones en materia de fianza y concurso”, cit., p. 3044 se trata en este caso, en definitiva, del derecho de reembolso o de regreso, cuyas vicisitudes (descripción exigida por la Ley) son conocidas por la administración concursal, por la comunicación que le hiciera el acreedor del concursado.

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, y tal y como se recoge en esta sentencia, si tal inciso no existiera, se daría la paradoja de que personas, concretamente las denominadas en el art. 92.5.º 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. No se olvide en todo caso, como la subrogación por pago es una forma más de adquirir un crédito de tercero, esta vez a título singular e intervivos. Conforme al mismo, estos créditos (los que ostentan los fiadores que se subroguen 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. 280 del TRLC, o tratarse del acreedor que hubiere solicitado la declaración de concurso, como es el caso de autos). 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.

Conviene recordar cómo en su momento estuvimos ante una descalabro literal de la dicción del artículo 87.6, que en materia de créditos garantizados disfrutaban de la fianza de un tercero³⁹. Y los supuestos como los planteamientos son múltiples. El esquema no es pacífico ni tan sencillo como pensar en un simple crédito en el que el acreedor principal goza además de la garantía personal de un tercero. Compliquémoslo con algo tan frecuente como que un crédito que sea privilegiado especial, garantizado bien con hipoteca o con prenda, pero que además cuenta con una garantía personal adicional consistente en la fianza o aval de alguno de los administradores o incluso socios principales de la entidad deudora ¿acaso subordinamos el crédito al ser los administradores fiadores?

La cualidad e identidad de ese tercero determinará no solo las vicisitudes de la garantía y las relaciones entre garante y deudor, sino que marcará e incluso estigmatizará el crédito del acreedor principal así como su suerte en el procedimiento concursal. Pero ¿cuándo debe estigmatizar acaso ese crédito?, ¿en todo caso o sólo si opera la subrogación, dado que no es el fiador acreedor del concursado sino hasta el momento del pago?, ¿y si no hay pago por parte del fiador, se va a subordinar impenitente y en todo caso el crédito del acreedor?

Así, parece que, uno de los sentidos de la norma no es otro que el de si un acreedor tercero y, por tanto, no especialmente relacionado con el deudor con quien tiene un crédito que precisamente ha sido avalado o afianzado por una persona especialmente relacionada con dicho deudor, semejante crédito tendrá la condición de crédito subordinado dado que existe un crédito concursal a favor de la persona especialmente relacionada con el deudor. Mas ¿es esto justo, es realmente lo que quiere la norma o por mejor decir un timorato legislador? Si nos quedamos en una postura maximalista, lo que no significa no criticar también la otra postura antitética a esta, significa que, el crédito del avalista, por tanto, se contagia o contagia de la misma calificación que el que tuviere el avalado. Más hecha la ley, hecho el subterfugio cuando no fraude, pues qué decir de una sociedad matriz y su sociedad filial, quien sorteando la literalidad y radical prohibición de la norma suelen solicitar aval de entidad de crédito garantizado con una prenda de valores, de modo que el fiador o avalista regresa en el concurso como acreedor con causa de preferencia especial. ¿Se extendería igualmente la subordinación a este fiador, a priori inmune a toda subordinación subjetiva, o por el contrario vamos más allá de lo que aparentemente quiso decir el legislador?⁴⁰

(39) Es obligada la remisión a ROJO, “La calificación de créditos con garantía personal”, cit., pp. donde lleva a cabo un riguroso y crítico estudio de la semántica de este complejo artículo. También la Sentencia del Juzgado de Primera Instancia n.º 9 y Mercantil de Córdoba de 28 de junio de 2005, *ADCo*, 2006, n.º 8, pp. 391 y ss., especialmente p. 393 y 394.

(40) Apunta precisamente este caso *PERDICES HUETOS*, *Fianza y concurso*, cit., p. 92 quien contundente asevera como admitir en tal caso el reembolso del fiador ordinario que avala a un subordinado sería, a nuestro juicio, una forma fácil de defraudar las reglas de subordinación subjetiva.

Ahora bien, si un socio del deudor o administrador hasta hace un año del concursado y en consecuencia especialmente relacionado con él, tuviere un crédito contra éste, crédito que está afianzado por un tercero que satisface con su garantía aquél crédito, tendrá un crédito ordinario, nunca privilegiado, en el concurso, con independencia de que a la hora de formarse la lista de acreedores dicho crédito fuese calificado inicialmente como subordinado.

Pensemos también en el supuesto de acreedor ordinario que aceptó el aval o fianza de la sociedad matriz de la sociedad prestataria, sólo por este hecho vería calificado su crédito comunicado al concurso como subordinado. Del mismo modo, si la sociedad matriz hubiese realizado el préstamo a su filial pero garantizándose ante el evento del concurso de la filial mediante el recurso a un fiador ordinario o privilegiado, indudablemente comunicaría su crédito como subordinado y el fiador debería hacer otro tanto, no obstante la calificación abstracta de su crédito como ordinario o privilegiado⁴¹. El legislador ha querido ir en este artículo más allá de la propia lógica de las garantías personales. Su suspicacia, su sospecha y el miedo a la connivencia fraudulenta le han vendado los ojos, ignorando el funcionamiento y la lógica que hay tras una operación de afianzamiento personal.

En efecto, no se concibe un garante o un fiador sin que mantenga una relación estrecha, directa y cercana con la persona del garantizado. Sólo los vínculos de familiaridad, afinidad, los lazos personales, profesionales pero también empresariales permitirán entrar en el círculo del deudor, conocer o aspirar a conocer su patrimonio económico financiero, sus comportamientos, conductas e intenciones. Un padre, un hijo, una sociedad cabeza de grupo u otras sociedades del mismo con participación en la deudora se erigen como fiadores o garantes naturales. Fuera de este esquema pocos o nadie están dispuestos a prestar fianza o garantía personal. Los desincentivos son cada más grandes y perjudiciales.

La fianza asimismo, como bien se ha reseñado en nuestra doctrina, sobre todo en las pequeñas y medianas sociedades de capital, refuerza el compromiso personal del dirigente confortando la posición del acreedor en la relación de agencia y asimismo, disminuye el riesgo de que los activos afianzados sean desviados de su función por el dirigente⁴². Mas todos

(41) Plantea CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 249 el supuesto de que siendo subordinado el crédito principal, y ordinario o privilegiado el crédito de reembolso (esto es: el acreedor es un *insider* del deudor y el fiador no) y se pregunta, ¿se contamina este fiador del carácter subordinado? Indudablemente, no se contamina. Como bien señala la contaminación no puede fundarse en que el garante se subrogó preconcursoalmente en el crédito del acreedor *insider*, con todas sus condiciones. La subrogación no puede nunca convertirse en un instrumento que se utilice para empeorar la condición del crédito de reembolso que al fiador le corresponde por derecho propio.

(42) Más detenidamente INFANTE RUIZ, *Las garantías personales y su causa*, Madrid, 2004, pp. 77-78 con cita de D. DANET, "Le dirigeant et l'omnibus", *RTDCom*, 47 (2) 1994, pp. 173 y ss.; *vid. además* y con anterioridad LLEBOT MAJO, *Las garantías en los procedimientos concursales*, Madrid, 2000, p. 70.

sabemos cuál ha sido la opción del legislador, no la lógica del mercado y las garantías personales, sino la de la sanción, el relegamiento concursal a través de la sanción de la subordinación. Y más que la sanción en sí misma, con este artículo se ha pretendido que el que va a ser subordinado no eluda su responsabilidad, no desande el camino que realmente le corresponde.

Y tal filosofía, que en sí es aséptica, insustancial, ni buena ni mal, busca recolocar a cada uno en la posición que realmente le corresponde, pues en buena medida si un acreedor principal con un deudor concursado está a la vez garantizado por un aval, una fianza o incluso por codeudores solidarios y solventes, siempre tiene la posibilidad de una íntegra satisfacción extraconcursal. Le basta con instar y ejecutar su garantía personal. Lo que suceda luego con este fiador, avalista, etc., es otra cuestión. De ahí que el neologismo “menos gravosa para el concurso” como se recoge en el segundo inciso del citado artículo, parte de un presupuesto claro, a saber, indudablemente un acreedor subordinado es menos gravoso, *recte*, oneroso por el concurso, pues incrementa la posibilidad de satisfacción de los acreedores contra la masa, privilegiados y ordinarios. Lo que a contrario, es sin duda, más gravosa para quién realmente lo sufre, que no es otro que el subordinado⁴³.

Sin embargo, la situación cambia como es lógico si el fiador hubiese pagado *antes* de la apertura del concurso⁴⁴. El dictado pero también el sentido del TRLC es la del pago postconcursal del fiador, careciendo de sentido el pago anterior a los efectos de este artículo, dado que en este caso el acreedor satisfecho por el fiador difícilmente va a insinuar su crédito. Carece de base causal. Será el fiador quien acuda a la vía de regreso a través del artículo 1838 del Código Civil, ejercitando la acción de reembolso, mas en este caso no le afecta ya la posición jurídica del acreedor ya satisfecho, sino su propia relación con el deudor. Ostenta y posee una posición jurídica propia, precisamente la que dimana de la causa de su contrato de garantía. No es menos cierto que ya en la ley derogada, el artículo 87.6.º era proclive a los supuestos de subrogación, mientras que el apartado 7.º del mismo artículo velaba más por la vía del regreso, dado que está pensando en aquel fiador que hubiere satisfecho parte de la deuda con anterioridad al concurso. En este caso el fiador comunicará su crédito de regreso actual, claro está, sin intervención alguna del acreedor ya satisfecho, sea éste como reembolso *ex art.* 1838 CC, sea como acción personal que supone el efecto extintivo del pago de la obligación principal, sea como subrogación *ex art.* 1839 CC, es decir, como nuevo titular del crédito que no sucumbe como consecuencia de su pago⁴⁵.

(43) Indirectamente GARRIDO, “La graduación de créditos”, *La reforma de la legislación concursal*, (ROJO [dir.]), Madrid, 2003, pp. 225 y ss., p. 242.

(44) *vid.* MARTÍNEZ ROSADO, “Comentario a la Sentencia n.º 35, de 22 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid, relativa a la clasificación de los créditos que gozan de fianza de tercero”, *RDCP*, 2005, n.º 3, pp. 253 y ss., p. 255.

(45) Sobre esta dualidad de actuaciones es interesante la Sentencia del Juzgado de la Mercantil n.º 1 de Bilbao de 24 de febrero de 2006, *ADCo*, 2006, n.º 9, pp. 420-424,

Esta es además la posición sensata y lógica que claramente viene a tener la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de La Coruña de 11 de octubre de 2006 (*ADCo*, 2008, n.º 13, pp. 473 y ss.), pero que en definitiva, no es lo que propone, prejuzga e impone la propia norma concursal, cuando a la postre señala: “(...) sólo la interpretación que propugna el mantenimiento de la calificación correspondiente al crédito principal en tanto no sea sustituido en todo o en parte, por el fiador, resulta coherente con el sistema y la propia finalidad del precepto, sin imponer desproporcionados e injustificados sacrificios en daño de la seguridad jurídica en general y de la seguridad del crédito bancario y de entidades financieras en particular. No cabe ocultar, sin embargo, que la postura doctrinal que en esta Sentencia se mantiene presenta también dificultades procesales, puesto que puede obligar a (re) calificar un crédito en un momento procesal en que ya haya sido emitido el informe definitivo y superada la fase común del concurso y, eventualmente a ordenar la cancelación de garantías reales también en un momento procesal distinto del establecido en el artículo 97.2 (hoy 302 TRLC). En todo caso, la vía del incidente concursal general (art. 192) se mantendrá abierta para posibilitar que el fiador que ha pagado al acreedor principal pueda impugnar judicialmente cualquier decisión de la administración concursal que considere limitativa de sus derechos (...)”. No puede negarse la sagacidad y además el rigor de tal planteamiento, compártase o no. Pero, ¿realmente es viable esta solución?, ¿se va a recalificar ese crédito cuando el garante paga al acreedor una vez pasada y aprobada la lista definitiva de acreedores?, ¿puede hablarse de una pretendida intangibilidad, o lo que es lo mismo, no modificabilidad de la lista o inventario como consecuencia de la falta de impugnación?⁴⁶

dónde enfatiza que el crédito del fiador del concursado que pueda verse obligado a pagar por éste es un crédito concursal. El crédito derivado de la acción de reembolso no puede integrarse en ninguno de los supuestos de créditos contra la masa legalmente previstos y el crédito por subrogación se integra, como el del acreedor principal, en la masa pasiva. La Sentencia plantea un supuesto de una sociedad demandante que avala a la concursada en un préstamo y ante el impago ha de responder, extraconcursalmente, ante la entidad financiera, por lo que tal circunstancia tiene su reflejo y relevancia en el concurso. 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 discusión sobre la consideración de créditos concursales de los vencidos con anterioridad, pero sí se discute por las partes lo que sucede con los posteriores. El crédito del avalista de contingente acaba convirtiéndose en un crédito real, exigible y líquido.

(46) En este punto y sobre el problema de la inmodificabilidad de la lista de acreedores y las situaciones de pago posterior del fiador respecto del informe de la administración concursal se pronuncia GARCÍA-CRUCES, “La clasificación de los créditos en los que un tercero disfrute de fianza prestada ‘por una persona especialmente relacionada con el concursado’”, *RDBB*, 2008, n.º 109, pp. 7-29, p. 23, quien tras plantear cierta línea jurisprudencial que parece que abre esa posibilidad a una modificabilidad si extraconcursalmente el garante trata de hacer valer su derecho y evitar la degradación que impone el artículo 87.6 afirma en la p. 24: “La razón es obvia, pues si no se clasificara a éste en el sentido indicado (crédito subordinado), el crédito por subrogación que asistiría al fiador persona especialmente relacionada con el concursado no podría llegar a ser subordinado sino, antes bien, disfrutaría de la clasificación que se hubiere atribuido al crédito del acreedor principal”.

Y es que la polémica viene de la mano por aclarar si el fiador tiene una única acción o dos, es decir, la de reembolso como preconiza el artículo 1838 del Código Civil, y la de subrogación regulada en el artículo siguiente⁴⁷. No olvidemos por lo demás, que el derecho de regreso y la subrogación responden a parámetros y estructuras jurídicas distintas. En efecto, el derecho de regreso es un derecho de crédito, pero un derecho nuevo, que para el *solvens* nace por el hecho o sobre la base de haber realizado el pago, no siendo la continuación del crédito originario; contrariamente, en la subrogación el subrogante ocupa o adquiere idéntico derecho del que era titular el acreedor, sucediéndole en la misma posición jurídica, esto es, en los mismos derechos y también en el mismo alcance de obligaciones y deberes, por lo que se le pueden oponer aquellas excepciones que tuviere el precedente.

No en vano la vieja dicción del artículo 87.7 se refiere a aquella solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho, como la totalidad del que, por reembolso o cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque éste no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda. La cuestión toma otro cariz si el pago se hace antes de la comunicación de los créditos pero una vez declarado ya el concurso, por lo que la solución no debería diferir de la que se brinda cuando el pago se produce una vez fijada la lista de acreedores.

Es claro que el ordenamiento jurídico no ha permanecido inerte ante la situación de un fiador una vez que realiza el pago. En efecto, dejarle al socaire de un eventual proceso concursal en el que el deudor posiblemente nunca resarza en su integridad a todos sus acreedores, tampoco a los de refuerzo que añaden su propio patrimonio personal, significaría relegar al garante a una situación de empobrecimiento patrimonial injustificado e indefensión manifiesta. O lo que es lo mismo hacerle pechar en su integridad con el riesgo de la insolvencia, dado que él tendría que pagar, y de hecho, paga al acreedor garantizado. Los medios han sido, pues, los dos ya esgrimidos, a saber, el derecho propio de reembolso del fiador y el

(47) Polémica ésta que no sólo se produce en nuestro ordenamiento, así, en la doctrina italiana también se ha llegado a dirimir la controversia, situando la diferencia entre subrogación y regreso, en los efectos. Así GIUSTI, *La fideiussione e il mandato di credito*, en *Trattato di Diritto Privato* (CICU-MESSINEO (a cura di)), Milano, 1998, p. 322, señala como el fiador por el hecho de haber realizado un pago que se resuelve en interés del deudor principal, adquiere el derecho de *avere rimborsata* la suma pagada. La primera diferencia con la subrogación es evidente, a saber, mientras que el derecho de regreso comprende además del capital, el reembolso de las cantidades o sumas soportadas por el fiador, al subrogado, en cambio tal derecho le es radicalmente ajeno o extraño, como también lo era al precedente acreedor. De otra parte, el regreso en la fianza comprende los intereses sobre la suma pagada desde el día del pago en medida no inferior al tipo legal, por el contrario en la subrogación los intereses corresponden o no según lo dispuesto en el título jurídico inicial. En suma, mientras que el subrogado adquiere el crédito y los eventuales intereses, al fiador corresponden en regreso los intereses también sobre la suma pagada a título de interés.

derecho de subrogación en todos los derechos que el acreedor principal tenía contra el deudor. Unos medios o remedios que han de atemperarse necesariamente ante los postulados de la norma concursal. En función de cada caso concreto entrará en juego la acción de regreso o la acción de subrogación, o si se prefiere, ésta es la opción por la que en última instancia se ha inclinado el legislador concursal⁴⁸.

Mas siempre hemos de hacernos una pregunta ¿la norma concursal precluye alguno de estos dos remedios, o por el contrario, son autónomos e independientes? La pregunta es interesada como es obvio, pues, si siempre cabe la acción de reembolso, una vez satisfecho el acreedor principal, acreedor que puede y va a estar especialmente relacionado, significará precisamente que el fiador –en aras de eludir esa contaminación– ha comunicado su acción de reembolso de un modo contingente y ordinario (suspensivamente) tratando de eludir la vía de la subrogación del acreedor. Es obvio que si el especialmente relacionado con el deudor fuese el fiador, harto probable, y no el acreedor, siempre trataría aquél de no comunicar el crédito de reembolso, pagar al acreedor y subrogarse en su posición jurídica ordinaria cuando no privilegiada. El legislador busca deliberadamente que el fiador a la sazón, persona especialmente relacionada con el deudor, no eluda la subordinación de su regreso por la vía de la subrogación en el crédito del acreedor principal en vez de elegir su camino de reembolso en base a un derecho propio. Imaginemos además que este acreedor satisfecho por el garante personal, fiador o avalista, etc., goza además de una causa de preferencia especial que dimana de una garantía real que a mayores garantizaba el mismo crédito. ¿Acaso no tratará el fiador de prevalerse de la posición privilegiada del acreedor pagando y subrogándose en su posición?, ¿no sería éste un fácil medio de eludir la subordinación?

Así las cosas, si el acreedor, incluso acreedor especialmente relacionado con el deudor, hubiese recibido el pago del fiador ordinario antes de la apertura del procedimiento concursal, sería un acreedor ordinario, no subordinado, por lo que tampoco extiende esta hipotética contaminación al garante que ahora actúa en regreso. Como es lógico, el concurso no puede extender las consecuencias de la calificación a actos previos al mismo y debe sólo contar con los créditos existentes a su apertura. Cuestión distinta serían los créditos contingentes y los sometidos a condición suspensiva. No obstante y a modo preventivo siempre quedarán las correspondientes acciones de la administración concursal para la impugnación de los actos anteriores perjudiciales.

Como es fácilmente deducible, la norma –pensada para el supuesto estrella que no es otro que el de la fianza–, pese a su silencio y a cierto descalabro léxico-legislativo, se limita al supuesto de que el fiador haya pagado después de declararse el concurso y, además, y más importante, que si este

(48) Nos recuerda PENDÓN MELÉNDEZ, “Cuestiones en materia de fianza y concurso”, cit., p. 3049 como la subrogación atribuye al fiador los derechos del crédito atribuidos al acreedor que ha recibido el pago, los intereses y los accesorios, con todas las garantías de que dispusiera el crédito, sus privilegios, preferencias y facultades.

fiador que paga es persona especialmente relacionada con el deudor no pague tratando de eludir la norma, pues en cierto sentido pagaría para subrogarse en la posición del acreedor que no estaría contaminado por la subordinación⁴⁹. Pero qué pasaría por ejemplo si el fiador comunicó temporáneamente su derecho y no así el acreedor principal a quién única y exclusivamente es imputable su no actuación sea ésta consciente o no. ¿A quién perjudicará la comunicación tardía del crédito? En este caso, no hay razón para sancionar al fiador por un hecho ajeno a su esfera y dependiente únicamente del acreedor⁵⁰. Ahora bien, lo lógico y una concatenada secuencia de los hechos indicaría que a la hora de procurar el reconocimiento del crédito el acreedor principal hiciese constar en la comunicación así como en la redacción definitiva de la lista de acreedores una vez expirado el plazo de oposición, el ser titular de un crédito que goza de garantía personal, la fianza.

A nuestro juicio y de cara a evitar posibles connivencias defraudatorias pero también manifiestas injusticias, como sería la paradoja de que un acreedor garantizado puede verse más perjudicado que un acreedor no garantizado, la solución idónea pasaría por aplicar este artículo a aquellos que tengan la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor, es decir, los fiadores, avalistas o deudores solidarios de los acreedores que tengan esa condición, así como los acreedores que hayan recibido fianza, aval o garantía equivalente de persona especialmente relacionada con el deudor. Antes de aceptar una garantía personal, un aval o un coobligado solidario, el acreedor titular del crédito debe realizar una minuciosa labor de exégesis para saber la condición cualitativa del avalista, fiador o codeudor solidario, lo que puede ser hartamente complicado además de imposible de cara al futuro, pues puede comprobarse la situación pasada y hasta presente pero nada más⁵¹.

(49) Como bien señala CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 238, en caso contrario no se explicaría que el acreedor común vea reconocido su crédito por entero. Muy críticas se muestran BETANCOR SÁNCHEZ / ESTUPIÑÁN CÁCERES, “A propósito del artículo 87.6 de la Ley Concursal”, *RCP*, 2005, n.º 3, pp. 179 y ss., p. 183 cuando analizan el alcance de la frase “la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador” señalan que se sacrifica así el interés del acreedor afianzado sin justificación ni razonabilidad alguna. En cierto sentido se le hace de peor condición que a aquel acreedor que por el contrario no goza de fianza alguna.

(50) Plantea PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso*, cit., p. 84, el supuesto inverso, a saber, en el caso de comunicaciones tardías, cuando es el propio fiador el que comunica tardíamente su derecho de reembolso, no tiene sentido que el crédito del acreedor principal se recalifique como subordinado.

(51) Así las cosas, no han de extrañarnos las palabras de CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 241 cuando señala ante la posibilidad de que el acreedor acabe contaminado por la condición de *insider* del fiador que es preferible que éste acabe renunciando en el contrato de fianza a todo derecho de regreso que tenga contra el deudor principal, impidiendo de este modo que se insinúe como acreedor en el concurso de éste. Pero, hemos de preguntarnos entonces, a dónde conduce esta situación, pues qué fiador es capaz de renunciar al regreso y a cambio de qué. ¿Acaso un acreedor a la hora de hacer valer su posición creditiva en el concurso no está obligado a declarar todas y cada una de las garantías que tratan de blindar su crédito?

Pues ¿qué entidad de crédito va a partir de la Ley Concursal aceptar una fianza para garantizar el crédito si el fiador sospechosamente es persona especialmente relacionada con el deudor o puede serlo? Si esto es así, no tardarán las entidades bancarias en buscar soluciones que solventen tamaño problema, como rechazar fiadores sobre los que recaiga la sospecha de subordinación al estar especialmente relacionados con el deudor, y exigirles en cambio que figuren como deudores o codeudores solidarios, bien por la totalidad, bien fraccionariamente hasta completar la cuantía del crédito, en cuyo caso ya no serían solidarios sino independientes⁵². En este caso no habría fianza, sino coobligados solidarios en un supuesto, e independientes en el otro al pago de la misma principal para todos.

El resto de hipótesis ni se agravan ni se perjudican, pero tampoco son más onerosas, o como gusta al legislador –gravosas–. Hoy el 263.2 II TRLC opta por una acepción más neutra, a saber: “clasificación de inferior grado”. Artículo que pese a su compleja exégesis no quiere sancionar ni punir, sino evitar subterfugios legales que traten de eludir y menoscabar una sanción, es decir, que quien sabe que va a calificarse su crédito como subordinado, y esta clasificación opera de un modo automático, no trate de escapar de esta situación para lo que tratará de subrogarse *ipso iure* en una mejor posición, cuál es la del acreedor titular del crédito que ahora lo ve satisfecho. El legislador ha tratado de anticiparse al más que presumible andar, cuando no desandar, de los fiadores que son responsables garantorios por los vericuetos y entresijos que las normas dejan insondablemente.

El problema es que, si hay subrogación en la posición jurídica del acreedor, acreedor que incluso puede ser preferente especial, también la hay –subrogación, entiéndase bien– en todos los accesorios, privilegios y prebendas que tenga el derecho del acreedor, pero no sucede así si lo que se produce es un reembolso o regreso. Y la reforma de 2009 auspiciada por los detractores de la norma en su sentido originario y literal que no finalista según los intereses, ha llevado a la subordinación el supuesto del regreso⁵³. No perdamos de vista que no se califica objetivamente a un crédito, sino

(52) En parecidos términos BETANCOR SÁNCHEZ / ESTUPIÑÁN CÁCERES, “A propósito del artículo 87.6 de la Ley Concursal”, cit., p. 184.

(53) Evocativo cuando menos el prematuro texto o artículo de CADARSO/LILLO, “Créditos afianzados y concurso: se despeja el panorama”, en *Expansión*, 22 de noviembre de 2005, decimos de prematuro en el sentido de que la norma concursal empezaba a dar sus primeros compases, no se nos entienda mal, pero que en el citado artículo de carácter divulgativo en prensa económica y especializada, hacían especial énfasis en la interpretación correctora al hilo de algunas Sentencias como la del Juzgado de lo Mercantil n.º 1 de Madrid de 13 de septiembre de 2005, que respalda al igual que otras Sentencias empezaron a hacerlo, la interpretación que conduce a la calificación de dichos créditos como subordinados únicamente cuando el fiador se haya subrogado en la posición jurídica del acreedor principal en virtud del pago. La ironía se plasma muy bien en el último párrafo del artículo cuando escriben: “La estimación de las demandas de impugnación planteadas por las entidades financieras en el incidente concursal recientemente resuelto por el Juzgado de lo Mercantil número uno de Madrid consolida un criterio judicial cuya reiteración contribuye a desvanecer los peores presagios que, según algunos, se cernían sobre el futuro de la fianza

subjetiva y cualitativamente al titular de ese crédito⁵⁴. El crédito se relega, se posterga y subordina por la subjetividad de su titular, porque es persona especialmente relacionada con el deudor, y por este mero hecho, el legislador ya ha sacado ex ante, sus consecuencias, sin admitir dudas, sin admitir justificaciones.

Cuando este artículo señala que en la calificación de los créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y fiador, simplemente trata de hacer un brindis a la subordinación, siempre subjetiva y no objetiva, pues ciertamente esta calificación resulta desde un punto de vista tanto creditual como económico la menos gravosa para el concurso. Esto explica esa simbiosis calificatoria unitaria para ambos, acreedor y fiador, configurada sobre la base de la menos gravosa para el concurso, y ésta no es otra que la subordinada, entre las que les correspondan, y ello tanto para la comunicación del crédito del acreedor principal como para la comunicación del crédito contingente del fiador. Es decir, que la calificación que deriva de la norma concursal debe ser válida e igual para ambos créditos, el actual del acreedor y el contingente de su fiador o garante, y ambos estarán sujetos a ella con independencia de que ambos comuniquen sus créditos o lo haga uno sólo de ellos.

Parece que el espíritu y finalidad de la norma es evitar que por el mecanismo de la sustitución del acreedor por el fiador, éste pueda ver mejorada su calificación, aprovechándose de la que correspondería al acreedor, y sin que tampoco pueda perjudicar al concurso (es decir, al resto de los acreedores) el hecho de la sustitución cuando el crédito del fiador merece una mejor calificación que la del acreedor, como sucedería si éste es subordinado. De ese modo, si el fiador es ordinario y el acreedor es subordinado, el regreso del fiador será subordinado; si el fiador es subordinado y el acreedor es ordinario, el regreso del fiador también será subordinado.

Sin duda, este resultado puede parecer y de hecho es, excesivo; primero, por perjudicar injustamente al fiador ordinario del acreedor subordinado; segundo, por ser innecesario subordinar el crédito del acreedor ordinario para garantizar el regreso subordinado del fiador con esa condición. Pero esta solución es la que impone, en definitiva, el tenor literal

como garantía. Es cierto que aún no se han pronunciado instancias de superior grado, y no está dicha la última palabra. De momento, sin embargo, *'los muertos que vos matáis' (...)*".

(54) Acertadamente y desde una interpretación finalista del artículo 87.6 MARTÍNEZ ROSADO, "Comentario a la Sentencia n.º 35, de 22 de marzo de 2005, del Juzgado de lo Mercantil n.º 5 de Madrid", cit., p. 260 señala que antes del pago hecho por el fiador, el crédito de éste tiene (tendría), a lo más carácter contingente, por lo que carece de sentido que de manera implícita y teniendo en cuenta la prohibición de doble reconocimiento en el concurso, se deba calificar el crédito actual con la calificación que corresponda a un eventual crédito contingente. Resulta –añade el autor– más coherente calificar aquél con arreglo a lo dispuesto en los arts. 89 y ss. LC y, en su caso, modificar dicha calificación una vez que el fiador realice el pago.

del artículo 263 concursal⁵⁵. Lo que sí es cierto, es que no se comprende demasiado bien que el acreedor por el mero hecho de reforzar el crédito con la fianza u otra garantía del tipo que fuere, pueda resultar perjudicado de un modo automático y cuasi subjetivo, sobre todo en la situación realmente común de fianza otorgada por personas especialmente relacionadas con el deudor, siendo los fiadores también insolventes, sin poder cobrar el crédito garantizado en el concurso por no alcanzar la masa activa para pagar a los créditos subordinados⁵⁶. No obstante no ha de despreciarse la posibilidad indiscutible del acreedor de liberar en cualquier momento a los fiadores en aplicación de los artículos 1190 y 1850 del CC, lo que evitaría la calificación menos gravosa para el concurso por comparación con la del fiador, salvo que la liberación pudiera considerarse un acto en fraude de ley (art. 6.4 del CC).

Asimismo no ha de olvidarse que nuestro Código Civil contiene una ambigua, y a la luz de la Ley Concursal, parece que inaplicable, norma que tutela, o al menos eso lo parece, al fiador ante la insolvencia del deudor principal. Nos estamos refiriendo a la enigmática norma de relevación que se introduce en el artículo 1843.2 del Código Civil. En efecto, tal artículo señala que el fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal..., 2.º en caso de quiebra, concurso o insolvencia.... en todos estos casos, la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor. Significa entonces este artículo, ¿que puede el fiador ser relevado de su obligación?, o por el contrario ¿significa que puede el fiador, persona especialmente relacionada con el deudor, y consiguientemente subordinado, solicitar garantía y ser privilegiado en el crédito contingente de regreso?, ¿acaso la Ley concursal veta la posibilidad de que el fiador exija una contragarantía al deudor y le inmune en cierto sentido del riesgo real de insolvencia?, ¿no anticipa el riesgo de este modo y no duda incluso de la solvibilidad futura o presente del deudor? No cabe duda que la acción de relevación, gran desconocida en nuestro ordenamiento y en nuestra práctica, causa un cierto desasosiego, pues ¿atenta contra la seguridad que mana de una garantía personal pudiendo el fiador desaparecer ante el riesgo de insolvencia?, ¿de qué

(55) Para PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso*, cit., p. 82, este misterioso párrafo segundo obedece, y así lo intentaremos demostrar, a una intuición del legislador: que *el concurso no peche con una carga –la satisfacción del interés del acreedor ordinario garantizado– que se puede satisfacer fuera del mismo*

(56) Son muchas las voces que piden una reforma urgente de este artículo, pero quizás quien con más contundencia lo ha pedido son BETANCOR SÁNCHEZ/ESTUPIÑÁN CACERES, “A propósito del artículo 87.6”, cit., p. 185 cuando señalan que la literalidad del precepto nos ha colocado en un descalabro interpretativo, ya que la estricta literalidad conduce a un absurdo y está en franca contradicción con el espíritu del legislador, por lo que se impone con urgencia una nueva redacción de este precepto que case bien con su espíritu, no implique un sin sentido y no desnaturalice la fianza como contrato de garantía personal. Proponen un segundo inciso del tenor siguiente: “En la clasificación de estos créditos, *sólo en caso de pago por el fiador*, se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan a éste o al acreedor”.

serviría entonces la garantía personal? Y al mismo tiempo ¿qué sentido tendría entonces el artículo 87.6 hoy 263 de la norma concursal dado que todo garante pediría su relevación?⁵⁷

No cabe duda y pese a la desazón que un última instancia causa esta figura, el fiador no puede obviar su responsabilidad, ni solidaria ni subsidiariamente, aunque sí puede asegurar y, en cierto sentido, mejorar su posición en el concurso, exigiendo una garantía al deudor principal o por mejor decir, una contragarantía, y, reconocerle esa participación natural y necesaria en el concurso de cara a hacer efectiva su indemnidad. Lo malo, lo pernicioso no es que este artículo 1843 sea a la luz del concurso más o menos inútil, sino que su posición de subordinación haga irrelevante el mismo, ¿pues acaso un fiador con una contragarantía pero que es persona especialmente con el deudor y por ende subordinado, no pierde la garantía?, ¿y si es un garante persona física, se exceptiona la aplicabilidad del artículo 302 de la norma concursal sobre cancelación de garantías?, ¿podría abierto el concurso autorizar la administración concursal prestar la contragarantía solicitada por el fiador? Obviamente la lógica hace improbable que la administración que interviene al deudor concurso otorgue su beneplácito a semejante pretensión, pretensión que minora el activo necesario y escasa para tratar de dar satisfacción al resto de acreedores, pues el fiador cuando consintió afianzar sabía ex ante el riesgo probable que asumía⁵⁸.

En definitiva la mejor interpretación que podemos hacer es la de aplicarlo meramente, *a priori*, cuando el fiador paga al acreedor, y lo hace, ante todo, para subrogarse, que no regresar, en su posición y status tratando de eludir las rígidas garras de la subordinación, buscando un aparente refugio en la intocable y casi inmune posición que tenga el acreedor principal, ya satisfecho, en el proceso concursal pero que vio reconocido su crédito en el mismo. Sólo así comprenderíamos algo mejor lo que realmente quiso decir el legislador si es que realmente quiso decir algo, o lo que es lo mismo, que lo que ha salido por la puerta que no trate ahora de entrar por la ventana, algo a lo que somos demasiado dados cuando no prolíficos en el ruedo ibérico.

(57) Los vaivenes doctrinales respecto a esta acción de relevación así como su efectividad nula ha sido la tónica dominante entre los autores que se han ocupado del tema. Una síntesis puede verse en PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso*, cit., pp. 63-66. así señala como a todo lo que ha llegado la doctrina es a admitir que sobre la base de esas acciones del art. 1843 CC se puede reconocer al fiador el derecho a insinuar su crédito de reembolso como condicional en el concurso. Eso no obstante no resulta satisfactorio, no sólo porque la posibilidad de comunicar el crédito de reembolso del fiador se desprende no ya del artículo 1843 CC sino del propio art. 1838 CC, sino porque parece mala técnica interpretativa la que sostiene que el legislador de 1889 estableció en el artículo 1843 una regla inútil a sabiendas y a la vista de la regulación concursal de 1829 y 1885.

(58) Entre nuestros autores se han ocupado de estos temas entre otros, BELLIDO ASPAS, "Acciones de relevación y cobertura de la fianza en los supuestos de quiebra, concurso e insolvencia del deudor garantizado", *Derechos personales de garantía: aval, fianza, crédito y caución, cláusula penal*, (CARRASCO PERERA (Dir.)), CDJ, 1995, pp. 383 y ss.

Y la *vis atractiva* de este artículo ha de extenderse aunque no lo diga ni lo regule en sí, también al supuesto de aquel fiador que paga a un acreedor principal que es persona especialmente relacionada con el deudor. Adviértase bien, es el acreedor y no el fiador quien sufre la subordinación, la persona que es o está especialmente relacionada con el deudor no es el garante, es el propio acreedor principal. ¿Ha de sufrir el fiador en este caso la subordinación de su crédito al ser el acreedor principal un acreedor subordinado?, ¿ha de sufrir tamaña clasificación incluso aun cuando el acreedor no ha insinuado su crédito en el concurso al haber sido satisfecho y sí en cambio el fiador como crédito de reembolso contingente?, ¿puede incluso como ya insinuábamos *supra*, el fiador profesional, una entidad financiera, obligar en el contrato a que todo eventual acreedor principal renuncie en caso de concurso a dirigirse contra el deudor concursado, comprometiéndose a no instar el reconocimiento concursal de su crédito en el procedimiento concursal?

Adviértase que en caso de un acreedor especialmente relacionado con el deudor, la no insinuación en el concurso, y por ende, el no reconocimiento incluso automático del mismo, deja expedita la posibilidad para que el fiador, que paga extraconcurso al acreedor, digamos *insider*, pueda insinuar su crédito sin que el mismo sufra el contagio calificatorio que sin duda tendría si la operativa fuere distinta. Al haber un pago fuera del concurso, antes de declararse el mismo normalmente, al menos la automática dicción del artículo 302 y su condición “menos gravosa” no tendría cabida en la insinuación del garante que eludiría la contaminación subordinada inferida a un acreedor que per se iba a ser calificado como subordinado⁵⁹.

Así las cosas, quién avaló o afianzó a un acreedor subordinado directa o indirectamente va a ocupar su misma posición jurídica en el procedimiento concursal, y lo hace, primero porque es la situación menos gravosa, onerosa, para el concurso, y, segundo y, fundamentalmente, porque el TRLC que subordina las cesiones de crédito supone una válvula de cierre a toda elusión por la vía del pago de tercero de la subordinación. En efecto, el cesionario asume la misma cualidad concursal y jurídica que el cedente, por lo que su crédito, aun cuando

(59) En parecidos términos CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 241. No es pequeño ni cierto concursualmente el riesgo que asume un banco o entidad financiera que garantiza o avala créditos que el deudor fallido tenga contra personas especialmente relacionadas con él, pues la entidad, con independencia de que ésta se hubiere a su vez garantizado con garantías reales los eventuales créditos de reembolso, el reembolso dentro del concurso se haría en calidad y concepto de subordinado. Se postula como solución medianamente idónea que la contragarantía sea a su vez de tipo personal, pues en este caso siempre el fiador tendrá la posibilidad de actuar contra el garante de regreso, evitando perder la posición beneficiosa de su crédito en el concurso del deudor principal. Advierte este autor con enorme sagacidad y sentido, como en estos casos será preferible no pedir garantías personales de insiders, o reclamar que sean las deudas de estos insiders, como garantes, las que estén cubiertas de garantías reales, y no las deudas principales de los deudores principales.

nada dice el artículo 263.2 quedaría igualmente contaminado por la subordinación⁶⁰.

Un tema no menor y que ya ha sido tratado por la doctrina es la de determinar la participación del fiador o garante en el procedimiento concursal⁶¹. En el concurso no cabe duda que el crédito del acreedor principal es preferente al del garante o fiador. Ahora bien, ¿y si en el contrato de fianza se pactó el reconocimiento preferente del crédito del fiador en caso de concurso?, ¿es oponible a todo potencial acreedor y máxime si éste ha sido satisfecho por el fiador?, pero ¿qué sucede si éste no ha sido satisfecho en su integridad, podrán los administradores concursales negar la pretensión contractual del fiador en detrimento del acreedor, o lo que es lo mismo que un crédito condicionalmente suspensivo prime sobre uno actual? Es cierto que cabe la subordinación convencional o relegación de un crédito fuera del concurso, pero ¿semejante pacto es oponible a un acreedor y éste va a aceptarlo ex ante? De lo que no cabe duda es que el fiador ante el riesgo de quedar relegado en el concurso a una situación de subordinación total siempre puede renunciar a tomar parte en el procedimiento y arriesgarse a esperar la conclusión del concurso para, en su caso, tratar de ejercitar su derecho de reembolso contra el deudor⁶².

Puede, finalmente, plantearse un supuesto extraño pero no por ello inusual en la práctica bancaria. Entidad de crédito que concede préstamo y asegura éste tanto con garantía real hipotecaria como con varias garantías personales, fianzas. Fianzas que suele otorgar u otorgaban hasta la Ley Concursal y este artículo, verdadero torpedo en la línea de flotación de unas leoninas condiciones que no se cansaban de exigir sobregarantías, amén de obligar a contratar complementos de servicios bancarios en el préstamo, a familiares directos del prestatario. En estos casos nos encontramos con un acreedor que es a la vez privilegiado y subordinado, ¿cómo se colige tamaña situación si a su vez el artículo 302 de la Ley Concursal prevé la pérdida en este caso de las garantías reales al ser el acreedor calificado como subordinado por gozar de una garantía personal?

Con el artículo 302 en la mano el acreedor principal perdería las garantías reales, también personales, que hasta ese preciso instante disfrutaba.

(60) Sobre esta causa de subordinación nos remitimos entre otros a nuestros trabajos, VEIGA COPO, "Los créditos subordinados en la Ley Concursal", *RDBB*, 2006, n.º 102, pp. 9 y ss., pp. 56-57; *ídem*, *Los privilegios concursales*, 2.ª ed., cit., pp. 340-341. Audaz en este punto PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso*, cit., p. 92 y 93. Acertadamente señala como el calificar como subordinado este crédito del fiador ex art. 87.6 no es tampoco valorativamente contradictorio. Lo mismo le sucede en virtud de esa misma norma al acreedor principal ordinario que sufre la consecuencia de la subrogación como consecuencia de la existencia de un avalista subordinado.

(61) Como bien se ha señalado estamos ante un problema contractual, no concursal, *vid.*, BERMEJO, "Art. 87", *ComLC*, cit., p. 1573.

(62) En idéntico sentido BERMEJO, "Art. 87", *ComLC*, cit., p. 1574, que además ve factible la posibilidad de que el fiador pueda comprar su derecho al acreedor principal anticipándole el pago de las cantidades adeudadas, siempre que el acreedor esté dispuesto a recibir el pago del crédito valorado a la fecha de la declaración del concurso.

Un hecho colateral pero esencial para otorgar financiación se trastoca ahora en perjudicial para acreedores siempre ávidos de las mejores garantías. La lógica es clara, a saber, evitar que el fiador subordinado, se subroque en la posición privilegiada o preeminente que ostentaría el acreedor principal de no ser por la pérdida de la garantía real.

Ambas garantías aún sin pretenderlo inicialmente se comunican y, en cierto sentido, se perjudican. La solución más eficaz tanto para el acreedor que le interesa desde luego participar en el concurso como para el fiador sería la renuncia a la garantía personal. De hecho el fiador quedaría liberado y el acreedor sabedor de la solidez y robustecimiento de su garantía real, que en todo caso y aunque se paralice suspensivamente la ejecución de la misma, siempre tiene asegurado el cobro íntegro de su crédito, que no quiere ver perjudicado de no renunciar a la garantía personal. Mas ¿es tolerable la renuncia a la garantía personal?⁶³, ¿y si lo es, cuándo ha de procederse a la misma?

Es cierto que si el acreedor calificado en la lista provisional de acreedores como persona especialmente relacionada con el deudor y no enervare mediante al impugnación de la lista semejante condición, el juez dictará auto declarando extinguidas las garantías “de cualquier clase constituidas a favor de los créditos de que aquél fuera titular, ordenando, en su caso, la restitución posesoria y la cancelación de los asientos en los registros correspondientes”. No señala el legislador el tipo de garantías, sean personales sean reales, sino que engloba todas con ese genérico de “cualquier clase”. No creemos y nos adherimos también a esa corriente de opinión que está en contra de dar preeminencia al dictado imperativo y quizás desproporcionado del artículo 302 al menos cuando de garantes de refuerzo y fianzas se refiere. Así las cosas, no se anula garantía alguna, simplemente han de dejarse aplicar los dictados normativos. En este caso, el fiador que no es insider o persona especialmente relacionada con el deudor, y que paga a un acreedor que sí es calificado con subordinado, no pierde esa garantía ni su eventual crédito de regreso, simplemente éste será en todo caso disminuido o relegado a la condición que inicialmente no le correspondía, la de crédito subordinado. Ya se cuidarán muy mucho las entidades financieras de prestar garantías personales a sus filiales o sociedades participadas del grupo bancario o financiero, o incluso, de prestar y garantizar con sociedades integrantes de un grupo, pues los eventuales créditos de reembolso frente a la matriz concursada o la filial concursada sin duda serán subordinados.

Así las cosas, predomina el interés personal del acreedor principal y sobre garantizado, no el colectivo concursal. Será el acreedor quien calcule

(63) La admiten pacíficamente entre otros, CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 241; PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso*, cit., p. 88. Incluso la escasa pero fundamental jurisprudencia que emana de los Juzgados de lo Mercantil lo tolera, sirva como botón de muestra la ya citada y que no ha pasado desapercibida, la importante Sentencia de 22 de marzo de 2005 del n.º 5 de Madrid, que apuesta y sugiere la renuncia sin ver en ello atisbo alguno de fraude.

y analice si le conviene o no renunciar a la fianza o garantía personal evitando un detrimento en su privilegiada posición en el concurso merced a la garantía real. Incluso *mutatis mutandis* sería tolerable que un ordinario renunciase a un aval o fianza que le subordinaría en el concurso, si bien, no nos llamemos a engaño, tampoco mejoraría mucho su posición, pues de subordinado a ordinario la alegría como el mejoramiento tienen un trayecto demasiado corto. Antes ya han pasado por el concurso los depre-dadores mayores.

En cuanto a la renuncia a la garantía parece que la misma es indiferente si tiene lugar antes del concurso como en la fase de insinuación de los créditos. Lo que no hará el acreedor es comunicar ambas garantías al concurso y luego retractarse de la personal. Si bien como tal renuncia siempre cabe ésta. Ex ante o ex post de la comunicación del crédito pero antes de que la lista de acreedores sea definitiva.