

# Comentarios y reseñas de jurisprudencia

## Comentarios de jurisprudencia

### El crédito del fiador derivado de pagos de deudas de una sociedad concursada (comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 61/2020, de 3 de febrero de 2020)

**Luis Ángel SÁNCHEZ PACHÓN**

*Profesor Titular de Derecho Mercantil. Universidad de Valladolid*

El sistema de reconocimiento, calificación y postergación en el procedimiento concursal de créditos afianzados ha sido una cuestión discutida en la doctrina científica y en la de los Tribunales españoles. La redacción originaria del artículo 87.6 de la Ley Concursal, que postergaba cualquier crédito afianzado, fue muy polémica. La reforma del 2009 resolvió el principal debate, pero el sistema de postergación sigue generando conflictos. La Sentencia que comentamos confirma la subordinación concursal del crédito de los fiadores, ex-socios significativos de la sociedad concursada, que pagaron al acreedor principal. Analizamos, críticamente, las argumentaciones del Tribunal Supremo, destacamos el espíritu y finalidad del sistema normativo que regula la postergación de los créditos concursales afianzados y resaltamos, también, alguna propuesta alternativa para dar solución a los distintos conflictos de intereses que se presentan en estos casos.

Concurso de acreedores; créditos concursales; clasificación de créditos; subordinación de créditos; crédito afianzado.

The system of recognition, qualification and postponement, in the bankruptcy procedure, of secured credits has been a question discussed in scientific doctrine and in that of the Spanish Courts. The original wording of article 87.6 of the Bankruptcy Law, which postponed any secured credit, was highly controversial. The 2009 reform resolved the main debate, but the postponement system continues to generate conflicts. The Judgment that we comment confirms the subordination, in the bankruptcy procedure, of the credit of the guarantors, ex-significant partners of the bankrupt company, who paid the main creditor. We critically analyze the Supreme Court's arguments, highlight the spirit and purpose of the regulatory system that regulates the postponement of secured bankruptcy claims, and also highlight some alternative proposal to solve the different conflicts of interest that arise in these cases.

Bankruptcy procedure; bankruptcy credit, bankruptcy credit ratings, subordination of credits; credit bonded by third.

## I. Antecedentes

El Sr. Humberto, nombre anonimizado que utiliza aquí el Tribunal Supremo, socio con el 47% de las participaciones de Albergue Naval Sestao S. L., (en adelante Albergue Naval) afianzó, junto con su esposa, también con nombre anonimizado de Fátima, el préstamo hipotecario concedido por el Banco de Santander a la sociedad Albergue Naval. De la misma manera, el matrimonio, siempre en régimen de gananciales, afianzó en 2009 otro préstamo concedido a la mercantil por la Caja Laboral Cooperativa de Crédito. En junio de 2013, como consecuencia de una reducción a cero del capital social de Albergue Naval, Humberto —y se supone que también su esposa, aunque esto resultaría irrelevante a los efectos del caso dada su condición de cónyuge— perdieron la condición de socios. El 27 mayo de 2014 se declaró el concurso de acreedores de Albergue Naval. Dos días después, el 29 de mayo, ante el incumplimiento de Albergue Naval, Humberto y Fátima pagan el préstamo de Caja Laboral y unos meses después el del Banco Santander.

Formulada la lista de acreedores por la Administración concursal de Albergue Naval, es impugnada por el matrimonio mediante demanda incidental ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao. Por lo que ahora nos interesa, el matrimonio pretende que se le reconozcan los siguientes créditos: un crédito concursal, el más cuantioso con un importe de más de 2 millones de Euros, con privilegio especial, derivado de la subrogación por pago en el crédito de Banco de Santander y, subsidiariamente, que se clasifique como ordinario; un crédito concursal ordinario por importe de más de 300.000 € y otro subordinado por el importe de los intereses, derivados ambos de la subrogación por el pago del crédito de Caja Laboral; y, además, otros créditos de los esposos derivados de una amortización anticipada de un crédito hipotecario y de préstamos o aportaciones realizadas a la entidad concursada, así como los derivados de intereses y comisiones abonados a Caja Laboral que se pide se consideren como subordinados. Además, respecto de los créditos de otros acreedores, el matrimonio demanda que sean recogidos en la lista de acreedores del informe de la Administración concursal con la calificación de contingentes, sin cuantía y por la calificación que pudiera corresponder o, subsidiariamente, como subordinados.

La Administración concursal de Albergue Naval, así como la representación de uno de estos otros acreedores, como coadyuvante, contestaron a la demanda pidiendo su desestimación y, en consecuencia, la confirmación de la lista de acreedores presentada por la Administración concursal, además, lógicamente, de la condena en costas al matrimonio demandante.

El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao dictó sentencia, con fecha de 9 de julio de 2015 (1), en la que estimó parcialmente la demanda incidental interpuesta por el matrimonio y, en consecuencia, mandó que la Administración concursal rectificara la lista de acreedores e incluyera al matrimonio con el crédito mayor, como crédito privilegiado especial, derivado de la subrogación por el pago realizado por el esposo en su condición de fiador al banco de Santander y, como crédito ordinario, el principal del préstamo derivado, también, de la subrogación en el pago realizado a Caja Laboral y, como subordinado, el derivado de la subrogación en el pago realizado a esta entidad por los intereses. Considerando, además, que no había lugar a incluir en la lista de acreedores los créditos de otros acreedores insinuados.

La Sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la Administración concursal de Albergue Naval y por uno de esos otros acreedores. La Sección 4ª de la Audiencia Provincial de Bizkaia, en Sentencia de 2 de noviembre de 2016 (2) y Auto de aclaración de 20 de enero de 2017, revoca la Sentencia apelada, anulando, sin otros pronunciamiento y por lo que a efectos del posterior recurso interesa, la pretensión de modificación de la clasificación del crédito de don

Humberto y de doña Fátima derivada de la subrogación en el crédito al Banco de Santander.

La representación procesal del matrimonio interpuso recurso extraordinario por infracción procesal (que fue inadmitido por la Audiencia) y recurso de casación por un único motivo: infracción de los artículos 1838 y 1839 Código civil, en su aplicación al concepto del momento de nacimiento del derecho de crédito recogido en el artículo 93.2.1 de la Ley Concursal. Argumentando que se había infringido «el art. 1838 CC, que reconoce al avalista (sic) la acción indemnizatoria o de regreso y que de haberse estimado adecuadamente, junto con la consolidada jurisprudencia (...), hubiera implicado la desestimación del recurso de apelación al no poder apreciarse la concurrencia en el acreedor de la condición de persona especialmente vinculada al concursado por no concurrir al momento del nacimiento del derecho de crédito la especial vinculación descrita en el art. 93 de la Ley Concursal».

El recurso termina siendo desestimado en esta Sentencia del Tribunal Supremo que comentamos, fundamentalmente, con los razonamientos que resumimos en el siguiente apartado.

## II. Doctrina

Al pago realizado por los fiadores le es de aplicación la regla contenida en el inciso segundo del artículo 87.6 LC. Este precepto, después de regular que «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador», añade: «Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador» (3). Por lo que es necesario —viene a decir el Tribunal Supremo— «determinar la clasificación que merecería el crédito de los fiadores, tras hacer pago del crédito del banco afianzado, pues aquella que sea más beneficiosa para el concursado (sic) es la que determinará la clasificación de este crédito». Y para ello —se añade— «debemos atender a si a los efectos de clasificar este crédito de los fiadores, resulta de aplicación la regla del art. 93.2.1º LC. Esto es, si merecen la consideración de personas especialmente relacionadas con el deudor, en función de cuándo se entiende que nació el crédito».

En efecto, para poder comparar entre los créditos que correspondan al acreedor y los que correspondan al fiador y así poder calificar —como quiere el artículo 87.6 LC— el menos gravoso para el concurso, resulta decisivo saber el momento del nacimiento del crédito del fiador, toda vez que, a efectos de clasificación, es necesario comprobar la relación con el deudor, según lo dispuesto por el artículo 93.2, 1ª, al objeto de concluir si los fiadores merecen o no la consideración de personas especialmente relacionadas con la concursada, a los efectos de la correspondiente clasificación que, como crédito subordinado prevista en el artículo 92.5, pueda corresponder.

El artículo 93.2 1ª, dispone lo siguiente:

*2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:*

*1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, en el momento del nacimiento del derecho de crédito, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales, se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el apartado anterior (4),*

*El Tribunal Supremo viene a concluir que, a efectos concursales, «no cabe dar distinto tratamiento concursal al crédito del fiador frente al deudor afianzado, en función de si es ejercitada una u otra acción [la de reembolso o la subrogatoria], cuando se reclama el importe de la deuda satisfecha y los intereses». Por lo que el crédito del fiador ha de entenderse que nació en el momento de la prestación de la fianza y no en el momento del*

*pago de la misma: «...el crédito cuya clasificación es objeto de impugnación nació con el afianzamiento y no más tarde con el pago del crédito afianzado...». Por tanto será a ese momento al que habrá que estar para determinar la especial vinculación del titular del crédito con el concursado; porque «Aunque el fiador asuma la condición de acreedor frente a la sociedad deudora principal, respecto de lo pagado al acreedor principal como consecuencia de la fianza, a los efectos previstos en el art. 87.6 LC no cabe hablar del nacimiento de una nueva deuda social, sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que ahora sean los fiadores quienes estén legitimados para reclamarla. Cuando menos por lo que respecta al importe de la deuda satisfecha y sus intereses».*

Sin embargo el Tribunal Supremo, y aunque ya no pueda formar parte de su doctrina por no constituir *ratio decidendi* del asunto, inmediatamente añade: «Cuestión distinta podría ser en lo que respecta al eventual crédito de indemnización de daños y perjuicios, al que legitima también la acción de reembolso, que en este caso no consta se haya ejercitado». Con ello el Tribunal apunta a que pueda ser distinto el momento del nacimiento del derecho de indemnización de daños y perjuicios cuando se ejercita la acción de reembolso a que también legitima el artículo 1838 CC. Si bien esto se daría —según da a entender el Tribunal— únicamente cuando la acción de reembolso reclamada por indemnización fuera por conceptos distintos a los ordinales 1º y 2º del artículo 1838 CC.

Recoge el Tribunal así el pronunciamiento de la STS 20/2020 de 16 de enero, en la que también fue ponente el Magistrado Ignacio Sancho Gargallo. En ese caso, que aunque reconociendo el alto Tribunal que no es idéntico se dice que guarda cierta relación de analogía, se viene a concluir que: «El derecho del fiador a reclamar de la sociedad deudora lo pagado no es propiamente una nueva deuda social, sino una modificación subjetiva de la obligación originaria, un cambio de acreedor. Esto que resulta muy claro en el caso de la acción subrogatoria del art. 1839 CC, también lo sería cuando en la acción de reembolso se reclama la deuda satisfecha por el fiador y los intereses (ordinales 1º y 2º del art. 1838 CC)».

### **III. Reconocimiento y calificación del crédito del fiador tras el pago de la deuda afianzada: el artículo 87.6 LC (Art. 263.2 del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal)**

#### **1. Reconocimiento y calificación en el concurso de los créditos afianzados: La postergación del crédito derivado del pago del fiador**

Como anticipábamos en la nota número 3, el texto del artículo 87.6 LC, aplicable al caso para el reconocimiento y calificación (e indirecta clasificación) del crédito afianzado, proviene de la reforma operada en ese precepto por el RD-ley 3/2009, de 27 de marzo. La reforma, como vendría a decir también Ignacio Sancho Gargallo en la STS de 23 de mayo de 2018, servía para salir al paso de la polémica generada por la primitiva redacción, dejando ahora claro que la regla de clasificación que contiene opera cuando se produzca la subrogación por pago del fiador. A partir de ahora se disiparía la duda de que será «en estos casos, no antes, cuando la administración concursal puede optar por la clasificación del crédito que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador».

La reforma de 2009 buscaba superar la división de posturas jurisprudenciales —y, como se ha advertido, doctrinales (5) — acerca de la interpretación que había de darse al reconocimiento de los créditos en los que el acreedor disfruta de fianza de tercero. Se habló entonces de la tesis «literalista» frente a la tesis «correctora» (6) . Al respecto, como reflejo de esa polémica, bastará citar la interpretación mantenida en el impecable trabajo del Profesor Ángel Rojo (7) y la propuesta de la interpretación sostenida por el profesor Manuel Olivencia (8) .

La redacción originaria del precepto —que, ciertamente, no era muy afortunada (9) — su análisis gramatical, sintáctico y semántico (en particular la utilización de las palabras «en todo caso») pero, también, el análisis de sus antecedentes, su sistemática, e, incluso, las razones

teleológicas del precepto, permitían al profesor Ángel Rojo decir que la norma de calificación se aplicaría a todos los casos, es decir, a los casos en los que esa subrogación ya ha tenido lugar y, también, a los casos en los que todavía no se ha producido la subrogación (10). Sin embargo, la interpretación «correctora» del precepto proponía entender que la norma afecta sólo a aquellos créditos en que se haya producido la sustitución del titular por pago del fiador (11).

La reforma operada por el RD-ley 3/2009, con independencia de la valoración que pueda merecer, permitió superar esa polémica (12), pero no con ello se acaban todas las dudas exegéticas que plantea el artículo 87.6 LC. Queda la duda de si el precepto contempla en la postergación de créditos afianzados en el concurso únicamente las garantías personales o si abarca, también, la garantía reales de tercero (la llamada impropia fianza real) (13). Y queda también por resolver la duda —que es la que se presenta en nuestro caso— de si el precepto alcanza al crédito del fiador derivado del derecho de reembolso que le concede el artículo 1838 CC. La nueva redacción que ahora presenta el equivalente artículo 263.2 del TRLC, con un enunciado más preciso, y que estará en vigor a partir del 1 de septiembre de 2020, tampoco permite resolver estas incertidumbres que se generan en supuestos como el que se aborda en el caso que comentamos.

El artículo 87.6 LC, colocado entre los supuestos especiales de reconocimiento, y destinado a los Administradores concursales a quienes les encomienda la clasificación de los créditos en el concurso, recoge así, en su primer inciso, el modo de reconocimiento de los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de un tercero, que habrá de ser «por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador». La primera parte, como se ha dicho, resulta lógica y evidente, pues la fianza no implica modificación alguna de la cuantía debida por el deudor; por lo que, en general, se ha sostenido que su enunciado es correcto y perfectamente congruente con el significado de la fianza (14). La segunda parte del inciso: «*y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador*», parece que supone que el fiador no tendrá derecho al reconocimiento de un crédito en el concurso hasta que pague. No obstante hay que advertir que en la doctrina científica parece admitirse el reconocimiento separado del crédito por reembolso con carácter de contingente (15). Con todo, en nuestro caso, esto último no tuvo lugar, toda vez que los fiadores pagaron los créditos cuando se lo requirieron los acreedores principales, en concreto a los dos días y, por lo que concierne al crédito objeto de litigio en casación, a los dos meses largos de la declaración del concurso de la deudora.

Tampoco en nuestro caso se ha cuestionado el carácter concursal del crédito de los fiadores que abonaron la deuda al acreedor ante el incumplimiento de sociedad concursada. Con todo, en la literatura científica, se suele concluir que el hecho de que el contrato de fianza sea un contrato celebrado entre el fiador y el acreedor titular del crédito afianzado, y no un contrato celebrado entre el fiador y el deudor principal, impide que a la relación entre el fiador y el deudor principal declarado en concurso se pueda considerar aplicable el régimen previsto en la Ley Concursal para los contratos con obligaciones recíprocas en los que el concursado sea parte (arts. 61 y ss. LC, equivalentes al 157 y ss. del nuevo Texto Refundido), y en particular que el crédito del fiador contra el deudor declarado en concurso pueda tener la consideración de «crédito contra la masa» por no resultar de prestaciones a cargo del concursado en un contrato con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso (art. 84.2.6 LC; equivalente al 242. 9º del nuevo Texto Refundido) (16).

El segundo inciso del artículo 87.6 LC se refiere a cómo ha de clasificarse el crédito: «Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador» (17) (con mayor rigor y precisión el nuevo Texto Refundido dice: ... *la administración concursal deberá reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al fiador*). Por ello, como dice también la Sentencia que comentamos, y para proceder a esa clasificación —o «reclasificación», se podría ahora añadir— habrá que saber qué clasificación merece el crédito de los fiadores tras haber realizado el pago al acreedor afianzado; ya que la que sea más beneficiosa para el concurso (para el «concursado» dice —creemos erróneamente— las

Sentencia que comentamos), la que sea *de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al fiador*, dirá ahora el nuevo Texto Refundido, es la que determinará la clasificación de ese crédito. Y para saber qué clasificación merece el crédito del fiador habrá que tener en cuenta —en nuestro caso— las reglas del artículo 93.2 LC, que indica las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica y que hará que el crédito pueda clasificarse de subordinado conforme al artículo 92.5º LC. En esta labor indagadora de la especial relación con el concursado, sin duda, resultará decisivo concretar —como se dice en la Sentencia— el momento del nacimiento del derecho del fiador que abonó la deuda. Lo que no se justifica bien o se entiende peor en la Sentencia que comentamos —y de ello nos ocuparemos en el apartado siguiente— es cómo se llega a la fijación de ese momento.

Tras esa indagación, para la calificación del crédito habrá que optar, como dice el precepto, *por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador*. La redacción no ha dejado de cuestionar a la doctrina qué ha de entenderse por calificación menos gravosa para el concurso (18) , pero, en general se puede entender que será la que conllevara la clasificación de menor rango (y esa es la redacción que se ha recogido en el nuevo Texto Refundido), pues la postergación del crédito (normalmente clasificado como subordinado por ser el fiador persona especialmente vinculada al deudor) permite emplear una mayor cantidad de masa activa en la satisfacción de los créditos contra la masa y en el pago de los créditos concursales privilegiados y ordinarios (19) .

Pero para la adecuada interpretación de la norma hace falta algo más y no podemos prescindir de «la realidad social» del tiempo en que ha de ser aplicada y debemos atender «fundamentalmente al espíritu y finalidad» de la misma (artículo 3.1 CC). No cabe duda que el supuesto de hecho contemplado en el artículo 87.6 de LC es muy frecuente en la práctica. Como ya apuntaba el profesor Ángel Rojo, en la mayoría de los concursos que se tramitan en España existen algunos acreedores que cuentan con garantías personales. Pero, además, por lo general, esas garantías personales son prestadas por «personas especialmente relacionadas con el deudor» (art. 93 LC, actuales 282-284 TRLC). Así, en el caso de concurso de sociedad mercantil, no es raro que algunos créditos hayan sido garantizados por socios significativos (20) . Y esa genérica utilización, con frecuencia abusiva o, incluso, fraudulenta, puede explicar la finalidad de la postergación del crédito que regula el artículo 87.6 LC.

En efecto, a la hora de concretar el espíritu y finalidad del precepto, tanto las corrientes, en su momento, «literalistas» como las que propugnan una interpretación «correctora», han venido coincidiendo, de una u otra forma, en que la intención del legislador, la finalidad de norma, es la de evitar «contubernios», «juegos» o «maniobras» para eludir el sistema legalmente previsto de clasificación de créditos. En la corriente «literalista», se pudo decir que con la norma «No se pretende «castigar», no se pretende «perjudicar» al acreedor; se pretende, pura y simplemente, impedir que todo aquel que goce de una garantía personal prestada por persona especialmente relacionada con el deudor pueda «jugar» con las posibilidades que le ofrece —potencial o realmente— la fianza. Si no existiera una norma como la que ahora se examina, muchas serían las «maniobras» que, con daño del interés del concurso, podrían poner en marcha el acreedor afianzado y el fiador relacionado con el deudor. La clasificación «menos gravosa» es la técnica jurídica utilizada para impedir esos «juegos» o «maniobras», evitando así que se desplacen sobre los acreedores ordinarios los efectos de una calificación que no contemple la existencia de garantía» (21) . Para los partidarios de la interpretación correctora, con la norma se trata de «evitar que a través del mecanismo de la subrogación por pago del fiador se defraude la calificación de subordinado que corresponda a éste o al acreedor pagado» (22) .

Aceptado desde la reforma de 2009 que únicamente cuando haya habido subrogación por pago del fiador procederá la clasificación menos gravosa que corresponda a acreedor o fiador, habrá que concluir que la pretensión del legislador es evitar que el fiador, que tiene una especial vinculación con el concursado y paga, subrogándose en el crédito del acreedor garantizado o principal, pueda eludir la clasificación que correspondería *per se* a su crédito, y se someta a la que resulte más beneficiosa para el concurso, de entre las que corresponderían al acreedor garantizado o al propio

fiador (23) .

Esta idea o razonamiento es el que parece inspirar la resolución, en la Sentencia de la Audiencia de Bilbao de 2 de noviembre de 2016., que termina confirmando el Tribunal Supremo, en el caso que comentamos: «Y es que de considerarse que la vinculación debe determinarse en el momento en el que el fiador realiza el pago total o parcial de la obligación primitiva, el socio titular de una porción significativa de participaciones que afianzó la obligación por el interés en la operación por su condición de accionista o participe en porcentaje significativo del capital social, *podría eludir la calificación subordinación* del crédito subrogado por pago deshaciéndose de las participaciones o acciones de la sociedad, que por su condición de socio o participe sabe sin ningún valor antes de pagar o cumplir la obligación afianzada»...«En aplicación de tal criterio, el crédito de —los ahora innominados— D. Donato y D.<sup>a</sup> María Esther debe clasificarse como subordinado, pues en el momento de otorgamiento de la fianza por la que quedaron obligados al pago de la obligación en las condiciones que determina el contrato, tenían la condición de personas especialmente vinculadas con la deudora: D. Donato por su condición de socio titular del 47% de las participaciones sociales de la mercantil y D.<sup>a</sup> María Esther por su condición de cónyuge del socio».

En definitiva, el miedo a la elusión de las normas de subordinación de créditos por personas especialmente vinculadas con el concursado, la prevención de supuestos fraudes, está en el espíritu de la norma y termina constituyendo su finalidad. Lo que ocurre es que el legislador de esta manera termina evidenciado que cuando en el supuesto enjuiciable al que se enfrenta el intérprete no se constaten esas finalidades ni intenciones elusivas o fraudulentas la aplicación de la norma haga que pueda considerarse —parafraseando al profesor Ángel Rojo (24) — «dura» o «extremadamente dura». Así, probablemente, lo haya considerado en nuestro caso el matrimonio que ha visto cómo el crédito generado por el pago como fiadores a las entidades financieras ha quedado relegado porque cuando asumieron esa fianza eran socios significativos de la sociedad concursada. Poco parece importar a la Audiencia y al Tribunal Supremo, que confirma su criterio, que los fiadores ya no sean socios; poco parece importar las razones que hubieran podido llevar a los fiadores a su desvinculación de la sociedad; poco parece importar que los fiadores hayan dejado ser socios de la sociedad concursada no ahora sino desde hace tiempo —pasa casi un año hasta el pago de un crédito y un año largo hasta el pago del otro, objeto de controversia en la Sentencia—. Todo ello hace preguntarnos. ¿El socio fiador perennemente va a tener que soportar una postergación, aunque deje de ser socio?. ¿Cuánto tiempo debería transcurrir para dejar de soportar la postergación? ¿Siempre tendrán que soportar esa postergación?. La realidad nos revela que no vale ni significa lo mismo el tiempo que se está como socio o administrador en unas sociedades —de relevancia, como en nuestro caso, aunque tuviera la forma de SRL— o en otras de menor entidad y consideración. No cabe duda que, en función de las características de la entidad —y, en definitiva, en cada caso— el tiempo de permanencia en ellas tiene diferente valor y diferente trascendencia (25) .

## 2. Derechos del fiador a efectos concursales tras el pago de la deuda afianzada. Acciones subrogatoria e indemnizatoria

Como hemos apuntado, a los efectos de clasificar el crédito de los fiadores en nuestro caso, será necesario comprobar si resulta de aplicación lo dispuesto en el artículo 93.2 1º LC, que indica las personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica. Para ello es esencial, como señala el Tribunal Supremo, determinar «cuándo se entiende que nació el crédito», pues, conforme indica ese mismo apartado del artículo, serán personas especialmente relacionadas, «los socios que... en el momento del nacimiento del derecho al crédito» sean titulares del número de participaciones que el precepto indica (26) .

En nuestro caso, la parte recurrente argumentaba que el crédito reclamado por los fiadores nació con el pago de la deuda afianzada, legitimando por ello el derecho al reembolso conforme al ejercicio de la acción que contempla el artículo 1838 CC, y sin acudir a la acción subrogatoria que recoge el artículo 1839 CC. El Tribunal Supremo, como anticipamos, rechaza esa conclusión afirmando que, a efectos concursales, «no cabe dar distinto tratamiento concursal al crédito del

fiador frente al deudor afianzado, en función de si es ejercitada una u otra acción, cuando se reclama el importe de la deuda satisfecha y los intereses».

En su argumentación el Tribunal invoca la STS 761//2015, de 30 de diciembre. En esta, en efecto, se recoge que el fiador que paga la obligación garantizada dispone de dos acciones para hacer efectiva la vía de regreso frente al deudor principal: un derecho de reembolso (art. 1838 CC) y una facultad de subrogarse en los derechos del acreedor (art. 1839 CC) (27) . El Código Civil —se dice— «reconoce al fiador que paga una doble facultad, derivada de su condición de acreedor del deudor principal que adquiere al pagar la deuda garantizada, con una misma finalidad (que el cumplimiento de la obligación de fianza no le suponga un quebranto patrimonial) pero de contenido diverso, entre las que el fiador puede elegir (28) (...) tanto la acción de reembolso o regreso como la acción subrogatoria son mecanismos previstos por el ordenamiento jurídico para la efectividad de un principio básico de la regulación de las garantías otorgadas por terceros, como es que el tercero que paga, y se convierte por ello en acreedor del deudor principal, no sufra, en lo posible, un quebranto patrimonial y pueda resarcirse con cargo al deudor principal, que no pagó» (29) .

De aquí deduce el TS —en nuestra opinión injustificadamente— que «Aunque el fiador asuma la condición de acreedor frente a la sociedad deudora principal, respecto de lo pagado al acreedor principal como consecuencia de la fianza, a los efectos previstos en el art. 87.6 LC no cabe hablar del nacimiento de una nueva deuda social, sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que ahora sean los fiadores quienes estén legitimados para reclamarla. Cuando menos por lo que respecta al importe de la deuda satisfecha y sus intereses. Cuestión distinta podría ser en lo que respecta al eventual crédito de indemnización de daños y perjuicios, al que legitima también la acción de reembolso, que en este caso no consta se haya ejercitado» (FD Segundo 4) (30) . En definitiva, para el Tribunal, el momento relevante sería aquel el que se afianzó el crédito y no más tarde en el momento del pago del crédito afianzado.

El razonamiento y conclusiones del Tribunal envueltas en este formalismo un tanto artificioso no dejan de inquietar. Puede comprenderse que, ejercitando el fiador la acción subrogatoria (1839 CC) se esté reclamando un crédito que nació, en nuestro caso, en el momento en que el fiador era socio significativo de la sociedad y, por ello, procedería su consideración de subordinado; pero ejercitando el fiador la acción de indemnización, a la que legitima el artículo 1838 CC, es difícil de entender, desde la teoría general, que este derecho del fiador —que es un derecho de indemnización— «nazca» en el momento de constitución del contrato de fianza. El propio Tribunal tiene que reconocer, al menos, que el crédito de indemnización por daños y perjuicios distintos a la deuda satisfecha y sus intereses (ordinales 1º y 2º del art. 1838 CC), es decir, el crédito de indemnización por los daños que se legitima en los ordinales 3º y 4º de ese mismo artículo, nacen —y así se tendrán que considerar— después del pago del crédito afianzado. Por otra parte, nada indica en la Ley Concursal que haya de darse igual tratamiento concursal al crédito del fiador frente al deudor afianzado cuando se ejercitan acciones distintas (subrogatoria o indemnizatoria).

En apoyo de estas argumentaciones, convendrá, también, recordar cómo en la doctrina científica, sobre todo a la hora de justificar la interpretación que sostiene por qué el fiador que paga no pierde el carácter privilegiado si su crédito cuenta como contragarantía con una garantía real (siempre por supuesto que el fiador no sea una persona especialmente relacionada con el concursado, en los términos del art. 93 LC), se argumenta, y queremos subrayarlo— que «mediante el reembolso **se ejercita una acción propia y distinta de las que pertenecían al acreedor principal**, por lo que no hay motivo para desvestirla de las garantías anejas, y en lo tocante a la subrogación, el hecho de que por la misma se transmitan al subrogado los derechos y acciones que tenía el acreedor principal por virtud del préstamo no implica que pierda las que por derecho propio le asisten (...) No existiendo vínculos de subordinación entre las partes del contrato de fianza no hay razón para perjudicar a quien se ha preocupado de reforzar su derecho de regreso con una garantía real» (31) .

En nuestra opinión, nada en la ley nos indica que el elemento determinante, a los efectos

previstos en el artículo 87.6 LC, tenga que ser el de la constitución de la relación obligatoria de la fianza y no el momento del nacimiento del derecho al reembolso del fiador que paga al acreedor principal. Nada indica que, a los efectos de lo previsto en el artículo 93.2. 1º, el «momento del nacimiento del derecho de crédito» del fiador que paga tenga que ser el momento en que se constituyó la relación jurídica por la que se afianzaba el crédito. De haber sabido que aquel iba a ser el parecer del alto Tribunal a Humberto y Fátima, ex—socios de la sociedad a la que, en su día afianzaron los préstamos concertados con entidades financieras, les hubiera ido mejor si, desatendiendo el contrato de fianza, hubieran decidido, como si de un tercero ajeno se tratase, pagar a los bancos las deudas de la sociedad, pudiendo después reclamar lo pagado a la sociedad, en el ejercicio de la acción de reembolso que legitima el artículo 1158 CC o, incluso, subrogándose en los derechos del acreedor si el pago se hubiera realizado conociéndolo la sociedad deudora (artículo 1159 CC).

La interpretación de todo el sistema de regulación de la clasificación en el concurso de los créditos afianzados requiere, como es obvio, atender, también y «fundamentalmente», al espíritu y finalidad de las normas que lo regulan. Y de ese espíritu y finalidad no parece que haya que concluir que «el momento del nacimiento del derecho de crédito» (artículo 93.2. 1º LC) de fiador que paga al acreedor principal deba ser distinto al del pago del crédito afianzado (artículos 1838 y 1839 CC).

### 3. La postergación del crédito del fiador-socio derivado del pago realizado a la sociedad concursada. El artículo 93.2 1º LC (art. 283.1 del nuevo Texto Refundido de la Ley Concursal)

Hemos visto el significado y alcance que, entendemos, hay que dar a la postergación del crédito del fiador que se recoge en el artículo 87.6. Cuando el profesor Ángel Rojo analizaba el fenómeno de la subordinación legal para explicar *la ratio* del artículo 87.6 LC, en su redacción originaria, afirmaba que con esa categoría se introducía una «excepción negativa» al principio de igualdad de trato de los acreedores: «Se trata de un «mecanismo», de un «instrumento», de una «técnica» legislativa que «se dirige a la protección de los acreedores ordinarios». Del mismo modo que, para hacer efectiva la protección de los acreedores ordinarios, la Ley ha procedido a una sustancial «poda» de los privilegios, con la misma finalidad ha procedido a la creación de la categoría de los acreedores subordinados, estableciendo así el «orden de probabilidad» de cobro en caso de insuficiencia de la masa activa (...) Al establecer la categoría de los créditos subordinados, el legislador no ha realizado «un especial juicio de reproche» (32) . Así, teniendo en cuenta los supuestos diferentes que potencialmente se engloban en el precepto, la *ratio* de esa norma, que en su redacción originaria imponía al intérprete optar, *en todo caso*, por la calificación menos gravosa entre las que correspondiera al acreedor que disfrute de fianza de tercero y la que correspondiera al fiador, la hallaba en la de asegurar la eficacia de normas legales en materia de subordinación de créditos. Procediéndose a una «anticipación de la subrogación» a los *meros efectos* de la calificación, debiendo optar el intérprete por aquella de las dos calificaciones posibles (la del crédito del acreedor y la del crédito del fiador) que sea «menos gravosa» (33) .

En definitiva, lo que busca la norma—y parecerá más claro tras la reforma de 2009— es impedir que todo aquel que goce de una garantía personal prestada por persona especialmente relacionada con el deudor pueda «jugar» con las posibilidades que le ofrece —potencial o realmente— la fianza. Lo que se quiere es que no se eluda, de una u otra forma, las consecuencias anejas a la subordinación legal. Pero, más aun, si las razones de esa subordinación hay que buscarlas más allá de la mera jerarquización de los créditos en orden a su satisfacción; si la Ley lo que no quiere que los créditos subordinados determinen la «voluntad colectiva» de los acreedores; si lo que la Ley no quiere es que los créditos subordinados contribuyan a la formación de la voluntad de la colectividad crediticia (la Ley priva a los acreedores subordinados de derecho de voto y de derecho de adhesión (art. 122.1 LC, equivalente al art. 352.1 del nuevo Texto Refundido) ); si, en definitiva, es el «control» del concurso de acreedores lo que está en juego (34) , en nuestra opinión, podrá colegirse la conveniencia de una interpretación normativa restrictiva en el ámbito de los créditos subordinados, cuya clasificación pueda ser dudosa —o no esté comprendida en la literalidad de la

ley—, cuando los intereses de los titulares de esos créditos sean neutros o en nada puedan perjudicar aquella «voluntad colectiva» de los acreedores.

En esta misma línea argumental, a la hora de buscar criterios que permitan concluir las personas (en particular, por lo que a nosotros interesa, las personas socios) que puedan tener la consideración de especialmente relacionadas con el concursado a los efectos de la subordinación de créditos (art. 93.2 1º LC), quizá puede ser ilustrativo seguir el debate en torno a la redacción originaria de ese artículo (35) .

Como se recordará, la redacción originaria de la Ley Concursal no fijaba el momento en el que debían concurrir los requisitos que determinan la calificación de persona especialmente relacionada con el concursado ex artículo 93.2.1º LC. Y, ciertamente, no fue esta una cuestión pacífica dando lugar a diferentes criterios doctrinales y jurisprudenciales. Para un sector doctrinal el momento relevante al que debía atenderse en orden a verificar la condición de socio ex artículo 93.2.1º LC era el período de los dos años anteriores a la declaración del concurso (sobre la base del mismo plazo que recoge el 93.3 LC) (36) ; otros consideraban que el momento determinante debería ser el de la declaración del concurso; otros —y sería el sector doctrinal quizá más numeroso y cuya opinión fue finalmente trasladada al artículo referido en la reforma de 2009—, defendían que el momento clave era el momento de nacimiento del crédito (37) . Y la razón determinante para optar por este último criterio venía a ser que es en ese momento cuando el socio que se considera especialmente relacionado con el concursado puede disponer, por esa condición, de una información privilegiada y de la posibilidad de influir en las decisiones del deudor.

El análisis de la justificación de esa modificación normativa habría de enmarcarse en el más amplio del fundamento jurídico del sistema de subordinación de los créditos y, en particular para nuestro caso, de los socios (38) . Como ha señalado Pérez Millán, el carácter automático con que opera, en principio, la subordinación de créditos en nuestro ordenamiento, hace que siga «siendo necesario preguntarse por el fundamento que justifica la postergación de los préstamos y operaciones económicamente análogas de los socios. Al margen de para poder enjuiciar críticamente el régimen legal, la finalidad de esta disciplina resulta ineludible para resolver interrogantes concretos que se suscitan, entre otras cuestiones, respecto de la limitación de su ámbito de aplicación a determinados socios por razón de su participación en la sociedad concursada» (39) . Aunque, como este mismo autor reconoce, la delimitación del sentido y finalidad de las normas sobre subordinación de créditos de los socios no está exenta de dificultades (40) . Quizá, como también se ha apuntado, no exista aquí tampoco una respuesta única a la hora de hallar un fundamento sobre las distintas formas de subordinación y quizá las distintas tesis que la doctrina ha ido aportando sean válidas en función de la clase de vínculo en presencia o de las concretas circunstancias del caso (41) .

Con todo, como también se ha apuntado (42) , en numerosas ocasiones el fundamento de la subordinación de los créditos de las personas especialmente relacionadas con el concursado se ha visto en la sospecha del legislador de que estas personas, aprovechando su situación de proximidad con el concursado puedan actuar sirviéndose de esa condición, de manera fraudulenta o perjudicial para el resto de acreedores externos del concurso, bien a partir de la información asimétrica que estos posean, bien a partir de la capacidad de influir en el concursado, por lo que de manera automática, y sin otra justificación que la de su consideración de *insiders*, el legislador decide la subordinación de los créditos de estas personas especialmente relacionadas con el concursado en los términos del artículo 92.5º LC.

Con todos estos antecedentes y con todas las teorías y matices que pudieran explicar el fundamento de la subordinación del crédito del socio como persona especialmente relacionada con la sociedad concursada, se puede comprender la insatisfacción que puede generar en el intérprete que tiene que aplicar, de modo «automático», un precepto como el artículo 93.2.1º LC, cuando no le conste por parte del socio «especialmente relacionado» con la entidad concursada ni una influencia decisiva en las decisiones que se han podido tomar la sociedad ni pueda sospecharse de mayores pretensiones en el control o manejo de las «voluntades» de los acreedores ordinarios en

el concurso.

El punto positivo —quizá, se ha dicho, el único— (43) que puede tener la subordinación automática y tasada, como es la certeza y seguridad jurídica que ofrece, no autoriza al intérprete, en nuestra opinión, a eliminar las reglas hermenéuticas que la aplicación normativa para cada caso requiere, y, desde luego, no puede compensar, en definitiva, las situaciones de injusticias que, un trato indiscriminado, con frecuencia, conlleva.

#### IV. Una propuesta alternativa al tratamiento en el concurso de los créditos concursales afianzados por terceros

Hace unos años Manuel García Caracuel (44) , haciéndose eco de la problemática que se plantea con los préstamos concedidos a entidades que entran en concurso cuando esos préstamos han sido afianzados o avalados por sus administradores o por sus socios, proponía y defendía desde el derecho positivo la paralización de las ejecuciones dirigidas frente a los fiadores de la concursada por créditos concursales, hasta la resolución del concurso por convenio o liquidación. Es más, se llegaba a decir que las ejecuciones singulares paralelas al concurso (la del acreedor principal frente al fiador del concursado) podrían vulnerar los principios de legalidad y seguridad jurídica recogidos en el artículo 9 de la Constitución.

Los argumentos que entonces se esgrimían, apoyados en sectores de la doctrina científica y, también, en resoluciones de algunos Tribunales, siguen en términos generales siendo válidos. En esas argumentaciones se distinguen dos situaciones: Una, en la que declarado el concurso de la prestataria principal, la entidad prestamista se dirige frente a los fiadores solidarios para intentar recuperar una deuda que no puede recuperar de su deudor principal (normalmente buscando puentear el sistema que supone la situación concursal), y que sería el supuesto que se da en nuestro caso (45) ; y otra, en la que el prestamista inicia la ejecución de la póliza de crédito contra todos —deudora principal y fiadores— antes de que se declare el concurso, y posteriormente, ya declarado el concurso y paralizada la ejecución contra la deudora principal —la sociedad concursada—, continúa adelante frente a los fiadores solidarios. La cuestión, en cualquier caso, es si se pueden paralizar esas ejecuciones contra los fiadores.

El razonamiento fundamental es el siguiente: si la declaración de concurso modifica *ex lege* la relación jurídico-obligacional principal, de modo que la deuda deviene inexigible de forma aislada (art. 55 LC, actual 142 Texto Refundido), deja de devengar intereses (art. 59 LC, hoy 152 del Texto Refundido), se interrumpe su prescripción (art. 60 LC, 155 del actual Texto Refundido) y se sujeta a las resultas del convenio, es lógico pensar que lo mismo debe ocurrir con quien es literalmente un «igual» del deudor (de los artículos 1822 y 1826 CC se puede predicar la accesoriedad de la fianza respecto a la obligación principal). En consecuencia, se desprende de lo anterior que en caso de situación concursal del deudor principal, no es descabellado pensar que al fiador solidario debiera permitírsele solicitar y obtener la suspensión de la ejecución iniciada contra él hasta que se determine de forma definitiva la configuración de dicha deuda, que vía convenio quedará afectada en su cuantificación —mediante quita— o en su exigibilidad temporal —mediante espera—. Por ello —dice el autor— «la ejecución dirigida frente al fiador *pendente concurso* vulneraría su derecho a ser tratado exactamente igual que el deudor principal, porque significa exigir en este momento a los fiadores una cantidad que probablemente quede pospuesta y reducida vía convenio: es decir, se estaría exigiendo al fiador *más y más onerosamente* que lo que se puede exigir al deudor principal» (46) .

En la fundamentación se arguyen razones sistemáticas (regulación de los artículos 55; 59; 60 LC), dogmáticas (naturaleza y configuración de la fianza) y teleológicas (artículo 49 LC, que busca traer a la masa pasiva todos los créditos del concursado y someterlos al régimen especial concursal). A las que el autor une razones procesales (artículo 568 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) (47) , y otras de índole concursal, como es el régimen de efectos del concurso (artículo 135 LC); toda vez que en el supuesto en que el acreedor titular de crédito con garantía personal solidaria vote en contra del convenio, no quedará vinculado por éste, de manera que podrá seguir

exigiendo su crédito a sus fiadores de forma íntegra y en las condiciones inicialmente pactadas (es decir desconexión total entre deuda principal y deuda del fiado), y, en otro caso, en el supuesto en que el acreedor titular de crédito con garantía personal solidaria vote a favor del convenio, éste le vinculará íntegramente, de forma que el fiador podrá beneficiarse de las condiciones pactadas en el convenio. Es decir, conexión total entre deuda principal y deuda del fiador.

De aquí puede deducirse que es necesario esperar a la fase de votación del convenio para determinar si el crédito contra el fiador debe seguir conectado o no al crédito contra el deudor; con lo que, desde la declaración de concurso hasta la votación del convenio, se considera que debe regir la regulación legal establecida para la fianza, toda vez que el fiador puede obligarse a menos pero no a más que el deudor principal, tanto en la cantidad como en lo oneroso de las condiciones (1.826 del CC) (48). Para mantener la interpretación de aquel precepto, se añaden sus antecedentes históricos y razones sistemáticas. En particular, y aunque interpretados a *sensu contrario*, los artículos 160 y 68.2 de la LC, que entre sí y junto al artículo 135 LC «no permiten otra solución que la de entender suspendida la obligación del fiador hasta que se vote el convenio» (49).

Todo ello quizá permita concluir con GARCÍA CARACUEL que «con arreglo al Derecho vigente, procesalmente, en el seno de la ejecución dineraria que se haya iniciado frente al fiador ante el Juzgado de Primera Instancia, el procedimiento puede ser paralizado acudiendo al cauce de oposición que permiten los artículos 556 y siguientes de la LEC, por dos motivos: primero, que la cantidad ha dejado de ser líquida y exigible, pues podrá quedar afectada por el convenio en su cuantía, ex art. 559.1.3º LEC en su modalidad de falta de cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para que el documento lleve aparejada ejecución, en relación con los arts. 571, 572 y 575 LEC; y segundo, que la ley ha impuesto una espera hasta que se vote el convenio, ex art. 557.1.5ª LEC en relación con los artículos 55 y 135 LC. Es decir, por iliquidez y por inexigibilidad temporal legalmente impuesta» (50).

## V. Bibliografía

- • ALONSO LEDESMA, C. «Créditos contra la masa y créditos concursales: Comunicación y reconocimiento de créditos», en JUANA PULGAR EZQUERRA (Dir.) *El concurso de acreedores*. LA LEY, Las Rozas (Madrid), 2012, págs. 287-363.
- • ÁLVAREZ SAN JOSÉ, Mª., *El poder de decisión de los acreedores en el concurso*, Civitas, Madrid, 2005.
- • ARIAS VARONA, F. J. «Artículo 93», JUANA PULGAR EZQUERRA (Dir.), ANDRÉS GUTIÉRREZ GILSANZ, JAVIER ARIAS VARONA Y JAVIER MEGÍAS LÓPEZ (Coors.). *Comentario a la Ley Concursal*, LA LEY. WOLTERS KLUWER, Las Rozas (Madrid), 2016, págs. 1202-1221.
- • CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004.
- • DE TERESA COLINA, M. A. *Los créditos subordinados de persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica*, Tesis, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015. [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Materesa/DETERESA\\_COLINA\\_MariaAstrid\\_Tesis.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Materesa/DETERESA_COLINA_MariaAstrid_Tesis.pdf)
- • ESTUPIÑÁN CÁCERES, R. Los créditos que disfrutaban de fianza de terceros en España: su clasificación antes y después de la reforma operada en la Ley Concursal por el Real Decreto Ley 3/2009 *Revista de Derecho Privado*, núm. 24, 2013, págs. 191-208.
- • FERRÉ FALCÓN, J. *Los créditos subordinados*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2006.
- • FERRÉ FALCÓN, J. y WERNER, N. «LOS CRÉDITOS CON FIANZA DE PERSONA CERCANA AL DEUDOR (ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA DEL DERECHO ALEMÁN)», *Anuario de derecho concursal*, núm. 11, 2007, págs. 277-292.

- • GARCÍA CARACUEL, M. «Concurso de acreedores y fianza: Ejecución singular frente al fiador del concursado», en *enero de 2011*, [https://www.uma.es/seminario-derecho-privado/info/32978/caracuel-concurso-y-fianza/?set\\_language=es](https://www.uma.es/seminario-derecho-privado/info/32978/caracuel-concurso-y-fianza/?set_language=es)
- • LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. «El crédito del fiador contra el deudor declarado en concurso», *Diario La Ley*, núm. 7963, 2012.
- • MARÍN DE LA BÁRCENA, F. «Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12, 2010, págs. 1-27.
- • MONTÉS PENADÉS, V. L. «El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 1, 2004, págs. 49-85.
- • OLIVENCIA RUIZ, M. «La calificación en el concurso de créditos garantizados por terceros», *Notario del Siglo XXI*, núm. 6, 2006 <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-6/3021-la-calificacion-en-el-concurso-de-creditos-garantizados-por-terceros-0-924249961901689>
- • PERDICES HUETOS, A. B., «La clasificación de créditos personalmente garantizados», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 3, 2004, págs. 115-135.
- • — PERDICES HUETOS, A. B. *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*. Civitas, 2005.
- • PÉREZ BENITEZ, J. J. «El singular modelo español de la subordinación concursal de créditos de personas vinculadas al deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014, págs. 1-27.
- • PÉREZ MILLÁN, D. «La subordinación de créditos y los pactos de socios», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 18, 2013, págs. 1-23.
- • ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. «La calificación de los créditos concursales con garantía personal» *Anuario de derecho concursal*, núm. 7, 2006, págs. 517-540 (ed. papel) 1-25 ed. elec.).
- • USÓN DUCH, L. «Reflexiones urgentes sobre la Ley Concursal» *Economist & Jurist*, núm. 50, 2005, págs. 1-6.

---

(1) Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao (Vizcaya). Sentencia núm. 167/2015 9 de julio de 2015. CENDOJ CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL, <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp>

Ver Texto

(2) Audiencia Provincial de Bilbao, Sección núm. 4, Sentencia 601/2016, de 2 de noviembre de 2016. CENDOJ CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL <http://www.poderjudicial.es/search/indexAN.jsp> .

Ver Texto

(3) Conviene recordar que la redacción de este párrafo proviene de la reforma producida por el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica. El texto original de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que no dejó de generar incertidumbre y fue muy criticado, rezaba así: «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».

El nuevo Texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo (BOE del 7), que entrará en vigor el 1 de septiembre de 2020, en el artículo equivalente, 263.2

dispone: Art. 263.2. «Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador».

*Una vez realizado el pago, con subrogación del fiador en la posición jurídica del acreedor afianzado, la administración concursal deberá reclasificar el crédito optando por la clasificación de inferior grado de entre las que correspondan al acreedor o al fiador»..*

Ver Texto

- (4) El texto proviene de la reforma dada por la Ley 9/2015, de 25 de mayo. La redacción originaria del apartado 1º del artículo 93.2. de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, era la siguiente:

*«Artículo 93. Personas especialmente relacionadas con el concursado.*

*2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:*

*1º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que sean titulares de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera ».*

Con el Real Decreto-ley 3/2009, de 27 de marzo, de medidas urgentes en materia tributaria, financiera y concursal ante la evolución de la situación económica, tendrá la siguiente redacción:

*«Artículo 93. Personas especialmente relacionadas con el concursado.*

*2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:*

*1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, **en el momento del nacimiento del derecho de crédito**, sean titulares de, al menos, un 5 % del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 % si no los tuviera.*

Con la modificación operada por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal el apartado 1º del artículo 93.2 pasará a tener la siguiente redacción:

*«Artículo 93. Personas especialmente relacionadas con el concursado.*

*2. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:*

*1.º Los socios y, cuando éstos sean personas naturales, las personas especialmente relacionadas con ellos conforme a lo dispuesto en el apartado anterior, que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, **en el momento del nacimiento del derecho de crédito**, sean titulares directa o indirectamente de, al menos, un 5 por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en mercado secundario oficial, o un 10 por ciento si no los tuviera».*

Con la reforma de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que hemos recogido en el texto, como puede verse, se mejora y clarifica significativamente la redacción del precepto. Esta misma redacción se va a mantener en el nuevo Texto refundido de la Ley concursal, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/2020, de 5 de mayo, ahora en el artículo 283 y que entrará en vigor el 1 de septiembre.

*Artículo 283. Personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica.*

*1. Se consideran personas especialmente relacionadas con el concursado persona jurídica:*

*1.º Los socios que conforme a la ley sean personal e ilimitadamente responsables de las deudas sociales y aquellos otros que, **en el momento del nacimiento del derecho de crédito**, sean titulares, directa o indirectamente, de, al menos, un cinco por ciento del capital social, si la sociedad declarada en concurso tuviera valores admitidos a negociación en el mercado secundario oficial, o un diez por ciento si no los tuviera. Cuando los socios sean personas naturales se considerarán también personas especialmente relacionadas con la persona jurídica concursada las personas que lo sean con los socios conforme a lo dispuesto en el artículo anterior.*

Ver Texto

- (5) LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. «El crédito del fiador contra el deudor declarado en concurso», *Diario La Ley*, núm. 7963, 2012.

Ver Texto

- (6) Por su significado y fundamentación puede verse la también la del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, de 25 de mayo de 2011, cuyo ponente fue Alfonso Muñoz Paredes.

Ver Texto

- (7) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. A. «La calificación de los créditos concursales con garantía personal» *Anuario de derecho concursal*, núm. 7, 2006, págs. 517-540 (ed. papel) 1-25 (ed. elct.).

Ver Texto

- (8) OLIVENCIA RUIZ, M. «La calificación en el concurso de créditos garantizados por terceros», *Notario del Siglo XXI*, núm. 6, 2006 <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-6/3021-la-calificacion-en-el-concurso-de-creditos-garantizados-por-terceros-0-924249961901689>

Ver Texto

- (9) De «Desafortunado precepto» es calificado en la ilustrada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, de 25 de mayo de 2011, cuyo ponente fue Alfonso Muñoz Paredes. PERDICES HUETOS, A. B. *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley concursal*. Civitas, 2005, págs. 81 y ss. señalaba: «La redacción literal de esta norma no es tan feliz, ni mucho menos, como a primera vista pudiera parecer (...) la misma peca en su literalidad tanto por defecto como por exceso. Así, de un lado, deja fuera supuestos que siguiendo la lógica del legislador debería comprender, como los del acreedor principal subordinado afianzado por un garante común o privilegiado (...). Pero, por otro lado, comprende supuestos que no tiene sentido que acoja, como los referidos a los supuestos donde acreedor principal y fiador ostentan créditos de distinta clase pero ninguno de ellos subordinado, y donde la letra de la Ley parece conducir inexplicablemente a una calificación a la baja del crédito privilegiado». Concluyendo que la postergación del art. 87.6 solo tiene sentido en aquellos casos en que se trata de sancionar a un sujeto por su especial relación con el deudor.

Algunos autores pusieron en evidencia, con ilustración incluso de casos concretos, lo perverso del segundo punto del, entonces, artículo 87.6, del que se dijo que era «inaplicable por confuso, equivoco, y perverso» Vid. USÓN DUCH, L. «Reflexiones urgentes sobre la Ley Concursal» *Economist & Jurist*, núm. 50, 2005, pág. 5-6.

Ver Texto

- (10) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO. A. cit. pág. 11: «La norma de calificación —para decirlo con las mismas palabras utilizadas por el legislador— se aplica *en todo caso*. Con esta expresión se cierra el paso a cualquier «interpretación correctora», imponiendo al juez la solución que, de modo categórico, resulta del tenor literal del precepto». La norma legal, venía a concluir el profesor Rojo (pág. 24) es una norma dura y asimétrica; pero responde a unos postulados de política legislativa —es decir, «que tiene un «espíritu» y una «finalidad»— que son coherentes con la «funcionalidad» del sistema concursal instaurado por la Ley 22/2003, de 9 de julio. No es posible negar que se trata de una norma discutible en el plano de las opciones de política legislativa». Vid., también, un análisis del artículo 87.6 LC, comparándolo con la solución ofrecida por el derecho alemán, en FERRÉ FALCÓN, J. Y WERNER, N. «Los créditos con fianza de persona cercana al deudor (análisis desde la perspectiva del derecho alemán)», *Anuario de Derecho Concursal*, num. 11, 2007, págs. 277-292.

Ver Texto

- (11) Vid. ESTUPIÑAN CÁCERES, R. cit., pág. 201 «Los créditos que disfrutaban de fianza de terceros en España: su clasificación antes y después de la reforma operada en la Ley Concursal por el Real Decreto Ley 3/2009» *Revista de Derecho Privado*, núm. 24 2013, pág. 201, recogiendo también las relación de autores de una y otra corriente en notas núms. 24 y 28.

El profesor OLIVENCIA RUIZ, M.(cit.), que mantenía este resultado, lo justificaba, no obstante, acudiendo a las reglas hermenéuticas de interpretación de las normas jurídicas en nuestro Derecho: «También la interpretación «sociológica» («la realidad social del tiempo» en que la norma ha de ser aplicada) abona la tesis, por las consecuencias contrarias a los intereses del mercado del crédito que supone la contraria, al sancionar las garantías personales y llevar a consecuencias injustas y absurdas, con lo que el propósito de «actualización» de la LC quedaría frustrado. La interpretación «teleológica», en fin («atendiendo al espíritu y finalidad» de la norma), es la decisiva: se trata de evitar que a través del mecanismo de la subrogación por pago del fiador se defraude la calificación de subordinado que corresponda a éste o al acreedor pagado. Extender esa norma de salvaguardia a la simple presencia como fiador de una persona

especialmente relacionada con el deudor, aunque no haya pagado, es extender sin razón las graves consecuencias de la degradación a subordinado del crédito afianzado. Interpretación... conforme a ley, no «contra legem»; correcta, no correctora ni abrogatoria».

[Ver Texto](#)

- (12) La consolidación de las teorías correctoras se verá además corroborada en la reforma realizada por la Ley 38/2011, donde el nuevo apartado 4 del art. 97 LC se remite al artículo 87.6 al indicar que «cuando proceda la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores, se tendrán en cuenta las reglas siguientes para la clasificación del crédito: (...) en caso de pago por avalista, fiador o deudor solidario, se estará a lo dispuesto en el art. 87.6».

[Ver Texto](#)

- (13) Como recoge LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (cit.) los Tribunales vienen admitiendo como excepción a la postergación que impone el art. 87.6 LC, que en caso de que la fiador haya garantizado su crédito contra el deudor con alguna garantía real, su crédito sea privilegiado especial, incluso aunque el crédito del acreedor afianzado fuera ordinario, con cita de la Sentencia de la Audiencia Provincial de Albacete, núm. 90/2012, de 30 de marzo (aunque habría que apuntar que, como la propia Sentencia recoge la postergación de crédito van dirigidas a personas próximas o interesadas, lo que no ocurre en ese caso y, además, no consta que la fiadora, sociedad de garantía recíproca, hubiera satisfecho cantidad alguna a la acreedora, por lo que no se da el caso previsto en el art.87.6), Por su extensa y completa fundamentación, destaca lo declarado por el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, en sentencia de 25 de mayo de 2011 (pte.: Ilmo. Sr. D. Alfonso Muñoz Paredes), con referencias a un autorizado sector de la doctrina científica española y extranjera, concluyendo el juzgado que «la acción de regreso con garantía real conserva su carácter privilegiado, ya tenga lugar por reembolso (art. 1838 CC), ya por subrogación (art. 1839). En efecto, mediante el reembolso se ejercita una acción propia y distinta de las que pertenecían al acreedor principal, por lo que no hay motivo para desvestirla de las garantías anejas, y en lo tocante a la subrogación, el hecho de que por la misma se transmitan al subrogado los derechos y acciones que tenía el acreedor principal por virtud del préstamo no implica que pierda las que por derecho propio le asisten por la hipoteca de máximo sobre la nave de la concursada. No existiendo vínculos de subordinación entre las partes del contrato de fianza no hay razón para perjudicar a quien se ha preocupado de reforzar su derecho de regreso con una garantía real».

[Ver Texto](#)

- (14) Vid. ESTUPIÑAN CÁCERES, R., cit., pág. 197 y referencias ahí indicadas.

[Ver Texto](#)

- (15) Vid. ESTUPIÑAN CÁCERES, R., cit., pág. 197; LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.(cit.), haciéndose eco de la Sentencia citada del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, de 25 de mayo de 2011, que «íntimamente ligada a la cuestión objeto de debate aparece una segunda, cual es si el fiador conserva la dualidad de acciones del Derecho común o solo puede introducir su crédito en el concurso vía subrogatoria. A juicio de este juzgador, el hecho de que el art. 87.6 contemple la vía subrogatoria no excluye la posibilidad del reembolso siempre que el fiador haya comunicado su crédito como contingente [diritto condizionato, rezaba el art. 791 del Código italiano, o, más gráficamente, con FERRARA insinuado per memoria (Il fallimento, pág. 302, nota 32)]»

[Ver Texto](#)

- (16) Así LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J. (cit.) con cita de la STS de 26 de marzo de 2012 en la que advierte que «la reciprocidad, convertida en determinante del ámbito de aplicación de los artículos que se dicen 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...». También la STS 20/2020, de 16 de enero, aunque aborde otra cuestión, dice «el pago del fiador, de un crédito concursal, con posterioridad a la declaración de concurso no hace nacer un crédito nuevo merecedor de la consideración de contra la masa, sino que simplemente se prevé la sustitución del acreedor por el fiador en la titularidad del crédito».

[Ver Texto](#)

- (17) Así lo venía a expresar también la STS de 23 de mayo de 2018, de la que fue ponente, también, el Magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo.

[Ver Texto](#)

- (18) Apuntaba OLIVENCIA RUIZ, M.(cit.): «El sintagma «menos gravosa» podría referirse a la calificación de menor rango dentro de la clasificación de créditos que contiene el art. 89 o del orden de pago; pero, atribuida subjetivamente a «las que correspondan al acreedor y al fiador», no al crédito en sí, está contemplando la presencia, al menos, de una persona especialmente relacionada con el deudor, lo que supone la calificación de su crédito como «subordinado» (arts. 92 y 93). El precepto no altera las reglas de calificación sino que las respeta al imponer una opción por la menos gravosa para el concurso entre las que procedan aplicando aquellas normas». También para ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (CIT.), LA MEMOS GRAVOSA lo sería «entre la que tenga el crédito concursal en el momento de la declaración judicial de concurso y la que mereciera el fiador, con independencia de que, antes de la confección de la lista de acreedores por la administración concursal, el fiador hubiera hecho frente a la obligación de garantía».

Ver Texto

- (19) Vid. ESTUPIÑAN CÁCERES, R., cit., págs. 198-199 y referencia que indica. Con todo, no dejan de ser interesantes las observaciones que algunos autores han realizado cuestionando por qué ha de ser más gravoso para el concurso un crédito por razón de su calificación, Vid. USÓN DUCH, L. «Reflexiones urgentes sobre la Ley Concursal *Economist & Jurist*, núm. 50, 2005, págs. 3-4.

Ver Texto

- (20) ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. «La calificación de los créditos concursales con garantía personal» *Anuario de derecho concursal*, núm. 7, 2006, págs. 2-3.

Ver Texto

- (21) Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (CIT.). USÓN DUCH, L., CIT., EN SU CRÍTICA A LA LITERALIDAD DE LA REDACCIÓN ORIGINARIA DEL ARTÍCULO 87.6 LC, EJEMPLIFICA UN POSIBLE PACTO QUE EL LEGISLADOR QUERRÍA EVITAR: «puede ser que un acreedor ordinario, por ejemplo un banco, tenga aval de estos «p.e.r.» [personas especialmente relacionadas con el concursado] y para no crearles el problema de que si pagan su crédito pasará a ser subordinado decide o concierta con los avalistas que, como el aval subsiste, no lo exigirá de momento. Prestará apoyo financiero a la concursada, se adherirá al convenio en el concurso y una vez aprobado y firme éste, ya decidirá si procede contra los avalistas y les transmite el crédito que le hayan pagado o sigue como acreedor concursal. En el primer caso el nuevo titular del crédito ya no estará afectado por la subordinación y la empresa se habrá salvado al tener un convenio que puede cumplir». El autor pone más ejemplos —se dice— no hipotéticos y bastante habituales para evidenciar los efectos —que se califican de perversos— a los que conducía la primitiva redacción del artículo 87.6 LC. En su momento, CARRASCO PERERA, A.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Ed. Aranzadi, Navarra, 2004, págs. 240-241 realizaba una llamada de atención a las entidades financieras sobre el alcance del artículo 87.6 LC, advirtiendo de que «inevitablemente existe un riesgo de que acabe prevaleciendo la interpretación más drástica sobre la «calificación menos gravosa» en el artículo 87.6 LC, de forma que un acreedor directo con crédito privilegiado lo pierda si ha salido garante personal un tercero que está especialmente relacionado con el deudor. En tales casos, es preferible no pedir garantías personales de *insiders*, como garantes, las que estén cubiertas de garantías reales...

Ver Texto

- (22) OLIVENCIA RUIZ, M. (cit.).

Ver Texto

- (23) Sobre la base de ese espíritu y finalidad de la norma un importante sector doctrinal, con apoyo de numerosas resoluciones judiciales, sostenía la interpretación llamada «correctora» del texto originario. Vid. ESTUPIÑAN CÁCERES, R., cit., págs. 202; DE TERESA COLINA, M. A. *Los créditos subordinados de persona especialmente relacionada con el concursado persona jurídica*, Tesis, Universidad Nacional de Educación a Distancia, 2015. [http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Materesa/DETERESA\\_COLINA\\_MariaAstrid\\_Tesis.pdf](http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/tesisuned:Derecho-Materesa/DETERESA_COLINA_MariaAstrid_Tesis.pdf) págs. 258 y ss., aportando, también, distintas resoluciones judiciales.

Ver Texto

- (24) Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A. (CIT.). PÁGS. 2-3.

Ver Texto

- (25) Por ello, quizá también el artículo 93.3 —y «salvo prueba en contrario»—. presume personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes

a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido —hay que resaltarlo— dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso.

[Ver Texto](#)

- (26) En la nota núm. 4 recogemos las distintas redacciones por las que ha pasado el 93.2 1º. Conviene recordar cómo en la redacción original de 2003 no se hacía referencia al momento en el que debían concurrir los requisitos que determinan la calificación de persona especialmente relacionada con el concursado ex artículo 93.2.1º LC; ello dio lugar a diferentes criterios doctrinales y jurisprudenciales Vid. infra nota núm. 34.

[Ver Texto](#)

- (27) Literalmente en la STS de 2015, en Fundamento de Derecho Tercero 5, se añade también: «El fiador dispone de ambas acciones, respecto de las que esta Sala ha declarado que son acciones de ejercicio alternativo, no cumulativo, a elección del fiador».

[Ver Texto](#)

- (28) Fundamento de Derecho Tercero 5 de la STS de 2015.

[Ver Texto](#)

- (29) Fundamento de Derecho Tercero 7 de la STS de 2015.

[Ver Texto](#)

- (30) Como advertimos, invoca aquí el TS la STS 20/2020 de 16 de enero, en la que también fue ponente el Magistrado D. Ignacio Sancho Gargallo, para resaltar que «El derecho del fiador a reclamar de la sociedad deudora lo pagado no es propiamente una nueva deuda social, sino una modificación subjetiva de la obligación originaria, un cambio de acreedor».

[Ver Texto](#)

- (31) Vid. LÓPEZ Y GARCÍA DE LA SERRANA, J.(cit.), recogiendo la argumentación de la citada Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo, de 25 de mayo de 2011.

[Ver Texto](#)

- (32) Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., CIT., pág. 19, remitiéndose a MONTÉS PENADÉS, V. L. «El régimen de los créditos subordinados en la Ley Concursal», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 1, 2004, págs. 49 y ss.

[Ver Texto](#)

- (33) Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., CIT., pág. 21, con cita de PERDICES HUETOS, A. B., «La clasificación de créditos personalmente garantizados», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 3, 2004, págs. 118 y ss.

[Ver Texto](#)

- (34) Vid. ROJO FERNÁNDEZ-RÍO, A., CIT., pág. 23, con cita de ÁLVAREZ SAN JOSÉ, M<sup>a</sup>., *El poder de decisión de los acreedores en el concurso*, Civitas, Madrid, 2005.

[Ver Texto](#)

- (35) Vid. Supra nota núm. 4.

[Ver Texto](#)

- (36) Vid. PÉREZ BENITEZ, J. J. «El singular modelo español de la subordinación concursal de créditos de personas vinculadas al deudor», *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 32, 2014, pág. 8, el autor indica que era la opinión más extendida.

[Ver Texto](#)

- (37) Vid. DE TERESA COLINA, M. A., cit., págs. 301 y ss. y referencias ahí indicadas.

[Ver Texto](#)

- (38) Sobre la figura de la subordinación de créditos su análisis comparado y sus justificaciones, sigue siendo esencial la obra de FERRÉ FALCÓN, J. *Los créditos subordinados*, Thomson Civitas, Cizur Menor (Navarra) 2006, así como los trabajos de MARÍN DE LA BÁRCENA, F. «Subordinación de créditos de socios y concurso de sociedades de capital», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 12, 2010, págs. 1-27. En la situación normativa actual —señala la profesora Carmen Alonso— así como en algunos créditos enumerados en la norma el fundamento de la subordinación puede reconducirse a un criterio de justicia en la medida en que el legislador entiende que estos créditos deben postergarse en beneficio de otros acreedores del deudor cuyos créditos se consideran más dignos de protección, no sucede lo mismo respecto a los créditos de personas especialmente relacionadas con el deudor, al menos en los términos en que la ley concibe esa desigualdad. Porque la Ley Concursal procede a una subordinación automática de los créditos por el mero hecho de que sus titulares sean personas vinculadas con el concursado con independencia de la causa o la razón por la cual se contrajo el crédito. Vid. ALONSO LEDESMA, C. «Créditos contra la masa y créditos concursales: Comunicación y reconocimiento de créditos», en JUANA PULGAR EZQUERRA (Dir.) *El concurso de acreedores*. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2012, pág. 334. Esa desigualdad, dice la autora, resulta excesiva e incluso de muy dudosa procedencia jurídica. Se resalta también que nuestro sistema no tiene parangón en ninguno de los ordenamientos jurídicos de nuestro entorno, en los que la subordinación en los casos de personas especialmente relacionadas con el deudor se circunscribe a supuestos muy concretos en los que existe, en términos generales una conducta defraudatoria de los intereses de los acreedores.

Ver Texto

- (39) Vid. PÉREZ MILLÁN, D., «La subordinación de créditos y los pactos de socios», *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 18, 2013, págs. 3-4. Apunta ARIAS VARONA, F. J. «Artículo 93», JUANA PULGAR EZQUERRA (Dir.), ANDRÉS GUTIÉRREZ GILSANZ, JAVIER ARIAS VARONA Y JAVIER MEGÍAS LÓPEZ (Coors.). *Comentario a la Ley Concursal*, La ley. Wolters Kluwer, Las Rozas (Madrid), 2016, pág. 1220. El carácter automático con el que opera la subordinación de créditos concursales en nuestro ordenamiento jurídico simplifica, sin duda, el tratamiento de los supuestos, pero ese resultado tiene la contrapartida de hacer imposible un análisis particular de las situaciones. En cualquier caso, habría que añadir, que con el automatismo. no significa que el conflicto de intereses en ellos subyacente se haya resuelto adecuadamente, ni conforme a los objetivos pretendidos. Como también se ha resaltado (PÉREZ MILLÁN, D., cit.) la finalidad de la disciplina se hace ineludible no solo para resolver los interrogantes concretos que se suscitan, sino para enjuiciar críticamente el régimen legal en particular.

Ver Texto

- (40) Indica, no obstante, el autor que «desde luego debe huirse de afirmar que la subordinación de los créditos de los socios se basa en la mera proximidad del socio con la sociedad, y eludir así pronunciarse sobre el sentido de la regulación». El autor descarta que la subordinación se haya configurado como un remedio indemnizatorio o incluso sancionador frente a la conducta de los socios; considerando que nuestro sistema supone un estadio de evolución intermedia hacia un tratamiento objetivo de los créditos de los socios que prescinde de cualquier reproche en cuanto su comportamiento y que, por lo tanto —se afirma— «lo considera irrelevante al definir tanto el supuesto de hecho como las consecuencias jurídicas de las reglas sobre postergación de créditos». En esa línea el autor propone, también, evitar concebir la subordinación como una medida contra el potencial abuso, o incluso como directa compensación, del principio de limitación de responsabilidad de los socios, asignándole una función complementaria al régimen sobre formación y mantenimiento del capital. Para el autor el sistema legal de subordinación automática de créditos de los socios constituye una regla de distribución del riesgo de insolvencia para protección de los restantes acreedores sociales. Vid. PÉREZ MILLÁN, D., cit.

Ver Texto

- (41) Vid. PÉREZ BENITEZ, J. J., cit., pág. 4. En el caso de los apartados 1º y 3º del art. 93.2 el autor, para el caso de los socios y de las sociedades del mismo grupo y socios comunes, encuentra el fundamento en «la existencia de un interés empresarial relevante, en la posibilidad de controlar el destino de los fondos prestados a la sociedad y conecta con el apuntado problema de la infracapitalización nominal...» (con cita de STS de 10 de julio de 2013).

Ver Texto

- (42) Vid. DE TERESA COLINA, M. A., cit., pág. 302 y ss. y referencias que ahí se indican. La autora, después de repasar las distintas argumentaciones, terminará considerando el fundamento de la subordinación del artículo 93.2.1º LC «como un conjunto de suposiciones y hechos que llevan al legislador a considerar a los socios que cumplan las especificaciones del artículo referido como *insiders* anudando a esta consideración la calificación de persona especialmente relacionada con el concursado, puesto que a pesar de lo indicado, el legislador decide subordinar los supuestos referidos prescindiendo de si dichos socios

tendrían cierta influencia en la sociedad o cierto control sobre la misma. Fundamenta esta subordinación en su condición de *insiders* frente a los acreedores externos»

Ver Texto

(43) Vid. DE TERESA COLINA, M. A., cit., pág. 310 y referencias ahí indicadas.

Ver Texto

(44) GARCÍA CARACUEL, M. «Concurso de acreedores y fianza: Ejecución singular frente al fiador del concursado», enero de 2011, [https://www.uma.es/seminario-derecho-privado/info/32978/caracuel-concurso-y-fianza/?set\\_language=es](https://www.uma.es/seminario-derecho-privado/info/32978/caracuel-concurso-y-fianza/?set_language=es). El autor constataba una realidad que es la que, de un modo prácticamente idéntico, se nos plantea en el litigio que es objeto de resolución de la Sentencia que comentamos: «En el tráfico mercantil es habitual que las entidades financieras sólo concedan crédito a las empresas si los administradores de éstas las avalan con su patrimonio personal. Esto ocurre especialmente con las pequeñas y medianas empresas, a las que su desigual posición negociadora con las entidades profesionales del crédito obliga a presentar garantías personales especialmente gravosas, como la fianza solidaria de los administradores y los socios de la sociedad, y con frecuencia también de las esposas de éstos, para evitar así desagradables imprevistos posteriores derivados del carácter ganancial de los bienes disponibles para embargo».

Ver Texto

(45) En la Sentencia que comentamos literalmente se dice que los fiadores «tuvieron que pagar a Caja Laboral...»; «Tuvieron que pagar a banco Santander...» (FD 1º).

Ver Texto

(46) Vid. GARCÍA CARACUEL, M., cit., otro tanto —se dice— con la regla de la suspensión del devengo de intereses: «De forma paralela al razonamiento anterior, sería injusto y vulneraría la prohibición de la fianza *in diuorem* exigir al fiador unos intereses que sin embargo no se están devengando para el deudor principal por efecto del concurso. Es pues razonable que la norma de suspensión del devengo de intereses se extienda también al fiador, por entender que se trata no de una norma referida al sujeto pasivo de la deuda sino a la *deuda* misma. Recordemos que la deuda afianzada es una y sólo una, que sin embargo tiene —y ésta es su peculiaridad— dos sujetos pasivos situados en el mismo plano de exigibilidad».

Ver Texto

(47) La redacción en la actualidad del precepto es la siguiente:

*Artículo 568. Suspensión en caso de situaciones concursales o preconcursales.*

1. No se dictará auto autorizando y despachando la ejecución cuando conste al Tribunal que el demandado se halla en situación de concurso o se haya efectuado la comunicación a que se refiere el artículo 5 bis de la Ley Concursal y respecto a los bienes determinados en dicho artículo. En este último caso, cuando la ejecución afecte a una garantía real, se tendrá por iniciada la ejecución a los efectos del artículo 57.3 de la Ley Concursal para el caso de que sobrevenga finalmente el concurso a pesar de la falta de despacho de ejecución.

2. El Letrado de la Administración de Justicia decretará la suspensión de la ejecución en el estado en que se halle en cuanto conste en el procedimiento la declaración del concurso. El inicio de la ejecución y la continuación del procedimiento ya iniciado que se dirija exclusivamente contra bienes hipotecados y pignorados estarán sujetos a cuanto establece la Ley Concursal.

3. Si existieran varios demandados, y sólo alguno o algunos de ellos se encontraran en el supuesto al que se refieren los dos apartados anteriores, la ejecución no se suspenderá respecto de los demás.

Ver Texto

(48) Añade GARCÍA CARACUEL, M., cit., que esa conclusión casa también perfectamente con el carácter transaccional y novatorio del convenio que se alcance en el concurso. «Dice el artículo 136 de la LC, rubricado intencionadamente "eficacia novatoria", que los créditos de los acreedores privilegiados que hubiesen votado a favor del convenio, los de los acreedores ordinarios y los de los subordinados quedarán extinguidos en la parte a que alcance la quita, aplazados en su exigibilidad por el tiempo de espera, y, en general, afectados por el contenido del convenio. Si, como decimos, en caso de crédito asegurado con fianza solidaria, el crédito es uno y sólo uno aunque frente a dos o más deudores situados en posición de

paridad, no cabe hablar de afectaciones subjetivamente parciales donde la ley no distingue».

[Ver Texto](#)

**(49)** Vid. GARCÍA CARACUEL, M., cit.

[Ver Texto](#)

**(50)** Esta solución, se dice, favorecería la conclusión de convenios concursales, incentivando a las entidades de crédito para ceder y pactar, ya que no tendrían asegurado el cobro de sus créditos por vía de la fianza. Con todo, en nuestra opinión, habría que advertir que un régimen así tampoco favorecería la misma constitución de estas garantías personales.

[Ver Texto](#)