

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 361/2014, de 8 de julio de 2014

Sala de lo Civil

Rec. n.º 2378/2012

SUMARIO:

Concurso de acreedores. Créditos contingentes. Afianzamientos mercantiles. Fianza solidaria. Concurso del fiador. La obligación que surge para el fiador de la fianza prestada para garantizar el cumplimiento de una obligación de un tercero, también la que se presta con carácter solidario, no sólo tiene carácter accesorio respecto de aquella obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, sino que además se caracteriza por la subsidiariedad. La responsabilidad del fiador, en la medida que suple la responsabilidad del deudor principal, implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor fiado, de modo que aquel incumplimiento es presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador. Por eso, en casos como el presente en que se ha pactado la fianza como solidaria, con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, la fianza sigue siendo subsidiaria en el sentido de que para ir contra el fiador, es preciso un incumplimiento previo del deudor principal. Mientras esto no haya ocurrido, el crédito del prestamista frente al fiador solidario en concurso de acreedores deberá reconocerse como crédito concursal contingente. Es cierto que, conforme al art. 87.5 LC, los créditos que no pueden ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal, deben reconocerse como contingentes, mientras el acreedor no justifique haber agotado la excusión, en cuyo caso, el reconocimiento del crédito lo será por el crédito subsistente. Pero este precepto no opera pendiente la condición, sino cuando la condición se ha cumplido, esto es, cuando se haya producido el impago del deudor principal. De este modo, el impago del deudor principal opera como una suerte de condición suspensiva respecto del nacimiento de la obligación de la concursada, y resulta, por ello, de aplicación la regla prevista en el apartado 3 del art. 87 LC: «los créditos sometidos a condición suspensiva (...) serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda».

PRECEPTOS:

Código civil, art. 1.822.

Ley 22/2003 (LC), art. 87.

PONENTE:

Don Ignacio Sancho Gargallo.

Magistrados:

Don ANTONIO SALAS CARCELLER

Don IGNACIO SANCHO GARGALLO

Don JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL

Don RAFAEL SARAZA JIMENA

Don SEBASTIAN SASTRE PAPIOL



www.civil-mercantil.com

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a ocho de Julio de dos mil catorce.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Magistrados al margen indicados, ha visto el recurso de casación interpuesto respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, como consecuencia de autos de juicio incidental seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón.

El recurso fue interpuesto por la entidad General de Juguetes S.A., representada por el procurador Nicolás Álvarez Real.

Es parte recurrida la entidad Liberbank S.A. (antes Caja de Ahorros de Asturias), representada por la procuradora Silvia Casielles Morán.

No se ha personado la Administración Concursal de la entidad General de Juguetes S.A.

ANTECEDENTES DE HECHO

Tramitación en primera instancia

Primero.

La procuradora Isabel Beramendi Marturet, en nombre y representación de la entidad Caja de Ahorros de Asturias, interpuso demanda de incidente concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Gijón, contra la entidad General de Juguetes S.A. y la Administración Concursal de la entidad General de Juguetes S.A., para que se dictase sentencia:

"se tenga por impugnado el Informe de la Administración Concursal en cuanto al crédito de Caja de Ahorros de Asturias referido en el cuerpo de este escrito, y que, tras los trámites pertinentes, acuerde que el crédito reconocido a mi mandante (en cuanto al préstamo personal) no tiene carácter de contingente, sino de ordinario."

Segundo.

El procurador Fernando Arancón Álvarez, Administrador concursal de la Mercantil General de Juguetes, S.A., contestó a la demanda y suplicó al Juzgado dictase sentencia:

"por la que desestimando íntegramente la demanda de incidente concursal interpuesta de contrario, confirme la calificación de crédito contingente del importe reconocido a la misma, con expresa imposición de costas."

Tercero.

La procuradora Susana Díaz Díaz, en representación de la entidad General de Juguetes, S.A., contestó a la demanda y pidió al Juzgado dictase sentencia:



www.civil-mercantil.com

"por la que se desestime íntegramente la demanda incidental interpuesta por la representación de la Caja de Ahorros de Asturias, con expresa imposición de las costas causadas."

Cuarto. El Juez de lo Mercantil núm. 3 de Gijón dictó Sentencia con fecha 15 de noviembre de 2011 , con la siguiente parte dispositiva:

"FALLO: Que debo desestimar y desestimo íntegramente la demanda interpuesta por el Procurador Sra. Beramendi Marturet, en la representación de la entidad Caja de Ahorros de Asturias y, en consecuencia, procede imponer a ésta las costas procesales causadas en el presente incidente concursal."

Tramitación en segunda instancia

Quinto.

La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de la Caja de Ahorros de Asturias.

La resolución de este recurso correspondió a la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Oviedo, mediante Sentencia 5 de julio de 2011 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"FALLO: Que estimando el recurso de apelación formulado por Caja de Ahorros de Asturias contra la sentencia de fecha 15 de noviembre de 2011 dictada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón en el Incidente Concursal 132/2011, debemos acordar y acordamos REVOCARLA para, en su lugar, declarar que el crédito que titula Caja de Ahorros de Asturias en el concurso por importe de 167.547,74 euros debe ser reconocido como crédito puro y simple, todo ello sin hacer expresa imposición de las costas causadas en una y otra instancia."

Interposición y tramitación del recurso de casación

Sexto.

El procurador Joaquín Ignacio Álvarez García, en representación de la entidad General de Juguetes, S.A., interpuso recurso de casación ante la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 1ª.

El motivo del recurso de casación fue:

"1º) Infracción por aplicación indebida de los arts. 87.3 y 87.5 de la Ley Concursal .".

Séptimo.

Por diligencia de ordenación de 12 de septiembre de 2012, la Audiencia Provincial de Oviedo, sección 1ª, tuvo por interpuesto el recurso de casación mencionado, y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.



www.civil-mercantil.com

Octavo.

Recibidas las actuaciones en esta Sala, comparecen como parte recurrente la entidad General de Juguetes S.A., representada por el procurador Nicolás Álvarez Real; y como parte recurrida la entidad Liberbank S.A. (antes Caja de Ahorros de Asturias), representada por la procuradora Silvia Casielles Morán. No se ha personado la Administración Concursal de la entidad General de Juguetes S.A.

Noveno.

Esta Sala dictó Auto de fecha 23 de abril de 2013 , cuya parte dispositiva es como sigue:

"ADMITIR EL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de la entidad mercantil GENERAL DE JUGUETES S.A., contra la Sentencia dictada, con fecha 5 de julio de 2012, por la Audiencia Provincial de Oviedo (Sección 1ª), en el rollo de apelación nº 246/2012, dimanante de los autos de incidente concursal de impugnación de la lista de acreedores, dimanante de Concurso 132/2011 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Gijón."

Décimo.

Dado traslado, la representación procesal de la entidad Liberbank S.A., presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

Undécimo.

Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 11 de junio de 2014, en que ha tenido lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo ,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Resumen de Antecedentes

Primero.

Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia.

Caja de Ahorros de Asturias (Cajastur) había concedido un préstamo a la entidad Plastimenaje, S.L., con la fianza solidaria de General de Juguetes, S.A.

Con posterioridad, General de Juguetes, S.A. fue declarada en concurso de acreedores. Ni en ese momento, ni más tarde, cuando la administración concursal elaboró la lista de acreedores, existía ninguna cuota de devolución del préstamo vencida e impagada.

Cajastur comunicó el crédito que tenía frente a General de Juguetes, S.A., por un importe de 167.547,74 euros. La administración concursal reconoció este crédito concursal, pero le otorgó la consideración de contingente.

Cajastur impugnó la lista de acreedores, por entender que su crédito no era contingente, ya que la fianza era solidaria, y por lo tanto no existía derecho de excusión.



www.civil-mercantil.com

Segundo.

El juzgado de lo mercantil que tramitaba el concurso desestimó esta impugnación. En su resolución, advierte que debe distinguirse entre deudor solidario y fiador solidario. En el primer caso, el crédito se reconoce por la totalidad de la obligación pendiente de cumplimiento, aunque no resulte todavía exigible por estar sujeta a término; mientras que en el segundo caso, por las reglas de la fianza. La obligación de pago de la fianza no nace hasta que haya vencido la obligación principal y no sea satisfecha por el deudor principal, sin necesidad de que resulte exigible la previa excusión de los bienes del deudor.

Tercero.

La sentencia dictada en primera instancia fue recurrida en apelación por Cajastur. La audiencia estima el recurso, porque entiende que a la fianza solidaria deben aplicarse las reglas de la fianza en el ámbito de las relaciones internas entre deudor y fiador, mientras que en las relaciones externas resulta de aplicación el régimen propio de las obligaciones solidarias. En este contexto, resulta de aplicación el art. 87.5 LC, según el cual sólo en el caso en que exista beneficio de excusión, y mientras el acreedor no justifique a la administración concursal haber agotado la excusión, el crédito frente al fiador debe reconocerse en el concurso por el saldo subsistente.

La sentencia de apelación es recurrida en casación por la concursada, General de Juguetes, S.A., sobre la base de un único motivo.

Recurso de casación

Cuarto.

Formulación del motivo de casación. El motivo se funda en la infracción, por aplicación indebida, de los apartados 3 y 5 del art. 87 LC. A su juicio, la correcta interpretación de este precepto conlleva considerar que el crédito del fiador solidario debe ser reconocido en el concurso del fiador como crédito contingente mientras no se haya producido el incumplimiento del deudor principal, de tal forma que este incumplimiento actúa como " conditio iuris " o condición suspensiva.

El motivo debe estimarse por las razones que exponemos a continuación.

Quinto.

Estimación del motivo de casación. En nuestro derecho, la obligación que surge para el fiador de la fianza prestada para garantizar el cumplimiento de una obligación de un tercero, también la que se presta con carácter solidario, no sólo tiene carácter accesorio respecto de aquella obligación principal cuyo cumplimiento garantiza, sino que además se caracteriza por la subsidiariedad. El carácter subsidiario de la obligación creada por la fianza, como aclara la doctrina, significa un determinado orden en la responsabilidad, ya que la obligación del fiador cumple una función de refuerzo de la obligación principal. Este orden se traduce en la subsidiariedad de la responsabilidad del fiador respecto de la del deudor principal, como se desprende del art. 1822 CC, según el cual el fiador sólo paga en el caso de que no lo haga el deudor principal, al margen de si existe o no beneficio de excusión. La responsabilidad del



www.civil-mercantil.com

fiador, en la medida que suple la responsabilidad del deudor principal, implica necesariamente que ha de surgir antes el incumplimiento del deudor fiado, determinante de la deficiencia a suplir, que la facultad del acreedor de reclamar al garante, de modo que aquel incumplimiento es presupuesto constitutivo de la reclamación al fiador.

Por eso, en casos como el presente en que se ha pactado la fianza como solidaria, con renuncia a los beneficios de excusión, orden y división, la fianza sigue siendo subsidiaria, en el sentido de que para ir contra el fiador, es preciso un incumplimiento previo del deudor principal.

En esto se diferencia, como muy bien apuntó la sentencia de primera instancia, la obligación del fiador solidario de la obligación del deudor solidario: la exigibilidad de la primera presupone el incumplimiento previo del deudor principal. En el presente caso, esto conlleva que las cuotas hayan vencido y no hayan sido pagadas por el deudor principal. Mientras esto no haya ocurrido, el crédito del prestamista frente al fiador solidario en concurso de acreedores deberá reconocerse como crédito concursal contingente.

Es cierto que, conforme al art. 87.5 LC, los créditos que no pueden ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal, deben reconocerse como contingentes, mientras el acreedor no justifique haber agotado la excusión, en cuyo caso, el reconocimiento del crédito lo será por el crédito subsistente. Pero este precepto no opera pendiente la condición, sino cuando la condición se ha cumplido, esto es, cuando se haya producido el impago del deudor principal. Por la reseñada subsidiariedad de la obligación del fiador, el impago del deudor principal permite dirigirse contra el fiador. Es entonces cuando opera, en su caso, el beneficio de excusión previa del patrimonio del deudor principal, o cuando el acreedor puede reclamar directamente el pago al fiador solidario, si la excusión no tiene lugar.

De este modo, el impago del deudor principal opera como una suerte de condición suspensiva respecto del nacimiento de la obligación de la concursada, y resulta, por ello, de aplicación la regla prevista en el apartado 3 del art. 87 LC: "los créditos sometidos a condición suspensiva (...) serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda ...".

En consecuencia, mientras el crédito frente al deudor principal no sea exigible, ordinariamente por no haber vencido, no se cumple la condición del incumplimiento del deudor principal, y el crédito frente al fiador solidario debe ser reconocido en el concurso de éste último como contingente.

En la instancia se ha declarado probado que, respecto del crédito principal garantizado con la fianza solidaria del concursado, no había cuotas vencidas e impagadas. Por ello, el crédito de Cajastur debía de considerarse contingente.

Costas

Sexto.

Estimado el recurso de casación, no procede imponer las costas del recurso a ninguna de las partes (art. 398.2 LEC).

Como la estimación del recurso de casación ha supuesto la desestimación del recurso de apelación, imponemos a la parte apelante las costas de la apelación (art. 398.1 LEC).

Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.

CEF.-

**Revista práctica del
Derecho CEFLegal.-**



www.civil-mercantil.com

FALLAMOS

Estimamos el recurso de casación interpuesto por la representación de General de Juguetes, S.A. contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias (sección 1ª) de 5 de julio de 2011 (rollo de apelación 246/2012), que dejamos sin efecto. En su defecto acordamos la desestimación del recurso de apelación interpuesto por la representación de Caja de Ahorros de Asturias, en la actualidad Liberbank, contra la sentencia del Juzgado Mercantil nº 3 de Oviedo, con sede en Gijón, de fecha 15 de noviembre de 2011 (incidente concursal 132/2011), cuya parte dispositiva confirmamos, con imposición de las costas de la apelación a la parte apelante.

Publíquese esta resolución conforme a derecho y devuélvanse a la Audiencia de procedencia los autos originales y rollo de apelación remitidos con testimonio de esta resolución a los efectos procedentes.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos .- Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.- Antonio Salas Carceller.- Ignacio Sancho Gargallo.- Rafael Saraza Jimena.- Sebastian Sastre Papiol.- Firmado y Rubricado. PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Ignacio Sancho Gargallo, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ). La Editorial CEF, respetando lo anterior, introduce sus propios marcadores, traza vínculos a otros documentos y hace agregaciones análogas percibiéndose con claridad que estos elementos no forman parte de la información original remitida por el CENDOJ.