

LA CALIFICACIÓN DEL CRÉDITO GARANTIZADO EN EL CONCURSO DEL GARANTE

(A propósito de la Sentencia de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona de 14 de enero de 2013)

ANTONIO FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ

Socio Director del Departamento de Reestructuraciones de Garrigues

Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 19, Sección Comentarios y Reseñas de Jurisprudencia, Segundo semestre de 2013, Editorial LA LEY

I. ANTECEDENTES

El 12 de mayo de 2006 se suscribió un préstamo sindicado entre una serie de entidades financieras, de una parte, y la después concursada y otra serie de sociedades del mismo grupo, de la otra. Aun cuando la concursada se constituyó inicialmente como acreditada en dicho contrato, siendo el resto de sociedades del grupo garantes de la misma, el 27 de julio de 2007 se operó una novación del préstamo sindicado en virtud de la cual otra sociedad del grupo, cabecera del mismo, pasó a constituirse en acreditada y la concursada pasó a ser garante de dicha sociedad cabecera junto con las otras sociedades del grupo.

Siendo ya únicamente garante, fue declarada en concurso en junio de 2010 por Auto del Juzgado Mercantil de Barcelona n.º 7, suscitándose en dicho concurso la cuestión del reconocimiento y clasificación del crédito de las entidades financieras en virtud del préstamo sindicado.

La estipulación decimoséptima del préstamo sindicado, en la que se había pactado la garantía, era del siguiente tenor:

«Cada uno de los Garantes garantiza a favor de cada uno de los Acreditantes y de las Entidades de Cobertura, de forma expresa, irrevocable e incondicional y solidariamente con los Acreditados y con cada uno de los restantes Garantes (por lo que renuncia expresamente a los beneficios de excusión y división), todas y cada una de las obligaciones asumidas por los Acreditados en este Contrato y en los restantes Contratos de Financiación (tal y como éstos resulten modificados, novados o complementados en cualquier momento) y, en particular, las obligaciones de pago, a primer requerimiento del Agente o, en su caso, de las Entidades de Cobertura. La garantía otorgada por los Garantes en virtud de esta cláusula es una garantía abstracta, autónoma, independiente y exigible a primer requerimiento, por lo que, en ningún caso y bajo ninguna circunstancia podrá ninguno de los Garantes entrar a considerar el cumplimiento o no de las obligaciones garantizadas por parte de los Acreditados u oponerse al pago o cumplimiento específico de las obligaciones garantizadas bajo ningún concepto, bastando el mero requerimiento del Agente o, en su caso, de las Entidades de Cobertura, sin que éstos tengan que justificar la causa del incumplimiento.»

La administración concursal reconoció en virtud de dicha cláusula los créditos de las entidades financieras contra la concursada garante como ordinarios y un acreedor impugnó dicha calificación alegando que se había dado un tratamiento erróneo al crédito del acreedor afianzado contra el fiador solidario en el concurso de éste, pues el reconocimiento debía hacerse en tales casos como contingente.

Se planteaba así la controvertida cuestión de si los créditos contra la concursada derivados de la garantía

otorgada por ésta han de reconocerse en el concurso como contingentes o como ordinarios; controversia en la que los Tribunales de Barcelona, ante los que se planteó el conflicto, hace años tomaron postura decantándose por las «tesis concursalistas», que tienden a reconocer el crédito como contingente, frente a las «tesis civilistas» que propugnan su reconocimiento como ordinario.

Sin embargo, frente a todo pronóstico, tanto el Juzgado Mercantil n.º 7, en su sentencia de 4 de julio de 2011, como la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial, en su sentencia de 14 de enero de 2013, objeto del presente comentario, fallaron que el crédito en disputa debía reconocerse como ordinario.

En las siguientes páginas trataremos de explicar la razón de ello y cómo ambas resoluciones, en realidad y pese a la aparente contradicción, no se apartan de las tesis concursalistas que defienden, como hemos dicho, los Tribunales de Barcelona.

II. PLANTEAMIENTO: LA NOTA DE LA SUBSIDIARIEDAD

La cuestión objeto de discusión en la litis subyacente a la sentencia comentada se centró en la calificación que habían de tener en el concurso los créditos derivados del contrato de préstamo sindicado suscrito el 12 de mayo de 2006, y novado en fecha 27 de julio de 2007, en el que la concursada se había constituido inicialmente como acreditada y posteriormente (antes de la entrada en concurso) como garante; esto es, la calificación que había de tener el crédito del acreedor garantizado en el concurso del garante.

El criterio delimitador para hacer tal calificación es la nota de la *subsidiariedad*, que constituye un elemento natural —esto es, que permite pacto en contrario— en los contratos de garantía.

La subsidiariedad es «cumplir por un tercero, en el caso de no hacerlo éste» (art. 1822.1 CC (LA LEY. 1/1889)). Y esa nota de subsidiariedad es la que confiere carácter contingente al crédito en términos del art. 87.3 LC, pues eleva el incumplimiento del deudor a la categoría de *conditio iuris* del deber del garante, de tal suerte que siempre que la subsidiariedad esté presente en la garantía el crédito del acreedor garantizado se entiende sometido a la condición suspensiva del incumplimiento del deudor y se reconoce como contingente; mientras que cuando contractualmente se ha eliminado la nota de la subsidiariedad, al no existir ya la *conditio iuris* que el incumplimiento representaba, el reconocimiento de tal crédito se hace como ordinario; lo mismo que sucede cuando se ha materializado ya el incumplimiento.

Hay ciertos consensos y una pequeña parcela de discusión en la doctrina y en la jurisprudencia respecto a qué hace falta que contenga el contrato de garantía para que pueda entenderse que se ha excluido convencionalmente la nota de la subsidiariedad.

Inicialmente se sostuvo que bastaba que hubiese una renuncia al beneficio de excusión para que se hubiera eliminado la nota de la subsidiariedad, lo que se basaba en una interpretación *a contrario sensu* del art. 87.5.º LC; pero a ello se opuso que la renuncia al beneficio de excusión no elimina la exigencia de que el deudor haya incumplido y que, por lo tanto, el art. 87.5 LC no opera pendiente la condición, sino cuando la condición se ha cumplido. De ahí que hoy sea ya prácticamente pacífico que la renuncia al beneficio de excusión, *per se*, no es renuncia a la subsidiariedad.

Existe por el contrario discrepancia respecto a si el pacto de solidaridad excluye la natural subsidiariedad de la garantía. Para la denominada «tesis civilista» sí la excluye, mientras que para la denominada «tesis concursalista» no la excluiría.

La tesis civilista parte de los pronunciamientos de la Sala Primera del Tribunal Supremo, en sentencia de 22 de julio de 2002, sobre el alcance de la obligación del fiador solidario en el marco de la anterior legislación sobre quiebras y

suspensiones de pagos:

«En cuanto a lo primero [el alcance de la obligación del fiador solidario], tiene declarado esta Sala que "el Código Civil no impone al acreedor la obligación de informar de cada una de las vicisitudes del crédito alos fiadores solidarios, y éstos deben desde que contraen la fianza, no nace su obligación cuando aquel crédito no es satisfecho. Carece de la más mínima base legal no considerar como deudor al fiador solidario hasta que no se produce el incumplimiento; entonces lo que tiene que hacer es cumplir, no constituirse en deudor" (STS 16-6-1999 (LA LEY. 8635/1999) en recurso 3123/1994); ... aparte de que cuando el fiador lo es con carácter solidario, como ocurre en el caso aquí enjuiciado, el acreedor puede dirigirse contra éste, sin tener que hacer reclamación previa o simultánea alguna al deudor principal» (STS 10-4-1995 (LA LEY. 14452/1995) en recurso 551/1992)».

Sobre esa base, la tesis civilista sostiene la inexistencia de subsidiariedad ya desde el momento en que la garantía sea solidaria; la sentencia de 13 de mayo de 2010 del Juzgado Mercantil 8 de Madrid, exponente de esta tesis, lo sintetiza en los siguientes términos:

«En cuanto al derecho de excusión del art. 1830 CC (LA LEY. 1/1889), el fiador queda al amparo de las reclamaciones del acreedor en tanto no se haya exigido el pago al deudor afianzado y se hayan perseguido bienes del mismo, hasta que resulten insuficientes para el pago de la deuda. No obstante, siendo éste un rasgo natural a la fianza, esta subsidiariedad no es esencial ya que puede que tal fianza se pacte con carácter solidario, prevista en el pf. 2.º del art. 1822 CC, de modo que el avalista pierda el derecho de excusión ante el acreedor y se coloque en plano de igualdad solidaria, art. 1145 CC (LA LEY. 1/1889), frente al acreedor. Se pierde así el derecho de excusión, facultad que deriva del rasgo de subsidiariedad del contrato de fianza, cuando se renuncia expresamente a ella por el fiado, cuando se constituye la fianza como solidaria o en caso de quiebra o concurso declarado o fuga del deudor, de conformidad con el art. 1831 CC (LA LEY. 1/1889).

Por tanto, el pacto de solidaridad con renuncia al beneficio de excusión, coloca al fiador en una posición de igualdad, en cuanto al vínculo jurídico, frente al acreedor garantizado, respecto de la que tiene el deudor fiado, predicándose en tal caso la plena solidaridad de tal vínculo, art. 1145 CC (LA LEY. 1/1889) (...). Por tanto ha de proceder el reconocimiento íntegro del crédito invocado en el presente concurso del fiador cuya garantía fue otorgada con carácter solidario».

Por su parte, la tesis concursalista sostiene que la mera solidaridad no es suficiente para que desaparezca la nota de subsidiariedad que confiere carácter contingente al crédito, expresándolo en estos claros términos la sentencia de 9 de abril de 2010 del Juzgado Mercantil n.º 1 de Las Palmas:

«La subsidiariedad es "cumplir por un tercero, en caso de no hacerlo éste" (art. 1822 1 CC (LA LEY. 1/1889)). Es la nota de subsidiariedad la que confiere carácter contingente al crédito. El beneficio de excusión impone perseguir los bienes del deudor básico antes de compeler al fiador (art. 1830 CC (LA LEY. 1/1889)). La renuncia al beneficio de excusión no elimina la exigencia de que el deudor haya incumplido, en otras palabras, no es renuncia a la subsidiariedad (Díez-Picazo, Fundamentos de Derecho civil patrimonial, t. II, 6.ª ed, 2008, pág. 483; Carrasco, cit., pág. 291), luego el crédito se mantiene contingente. Finalmente, la solidaridad permite la exigencia de cumplimiento al fiador cuando la obligación principal esté vencida, sin que tenga lugar la excusión (art. 1831-2.º CC) ni requerirse que el deudor haya incumplido. Sin embargo, existe una regla interpretativa, fundamentada en el principio favor fideiussoris y que la fianza es naturalmente subsidiaria (arts. 1281 II y 1286 CC), por la que el convenio de fianza solidaria no es más que la renuncia al beneficio de excusión; y que la fianza solidaria requiere también, salvo pacto en contrario de solidaridad "plena" o "estricta", que

exista un previo incumplimiento del deudor (esta tesis en Carrasco, *Tratado de los derechos de garantía*, t. 1, 2.^a ed., 2008, pp. 72, 107 y 160-162 y, aplicada al concurso, en *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.^a ed. 2008, pág. 291). Así cuando se pacta la fianza como solidaria "con renuncia a los beneficios de orden, excusión, división y cualquier otro" (como reza la cláusula), no deja de ser una fianza subsidiaria; perdiéndose la subsidiariedad, por ejemplo, cuando se expresa que el fiador asume la deuda ajena "como propia", o "como si del mismo deudor se tratase", o que la obligación del fiador es "alternativa" o que el acreedor dispone de la "opción" de reclamar indistintamente la obligación del deudor principal o la obligación del fiador».

Una cosa tienen en común, no obstante, ambas tesis y lo hemos destacado en las negritas que hemos utilizado al transcribir las sentencias y ello es que la subsidiariedad, si bien es natural en la fianza, no es de esencia para la misma en particular ni para las garantías en general. Por lo que cabe que la autonomía de la voluntad de las partes configure la garantía sin esa nota de subsidiariedad.

Lo que sucede es que, si bien para la tesis civilista con el pacto de solidaridad y la renuncia al beneficio de excusión ya la autonomía de la voluntad estaría excluyendo la nota de subsidiariedad, por el contrario, para la tesis concursalista hace falta que esa autonomía de la voluntad vaya más allá y pacte lo que la sentencia última citada llamaba la **solidaridad «plena»** o **«estricta»**, perdiéndose, entonces sí, la subsidiariedad, lo que sucedería, por ejemplo, nos dice dicha sentencia, cuando se expresa que el fiador asume la deuda ajena **«como propia»**, o **«como si del mismo deudor se tratase»**, o que la obligación del fiador es **«alternativa»** o que el acreedor dispone de la **«opción»** de reclamar indistintamente la obligación del deudor principal o la obligación del fiador, u otras análogas.

III. LA RATIO DECIDENDI DE LA SENTENCIA

Conforme a este planteamiento, tanto la sentencia del Juzgado Mercantil n.º 7 como la de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial, objeto del presente comentario, analizaron la garantía que vinculaba a la concursada con las entidades bancarias y llegaron a la conclusión de que en dicha garantía se había eliminado totalmente la subsidiariedad, no ya porque se tratase de una garantía solidaria con renuncia al beneficio de excusión, que lo era, sino porque **al haberse hecho además irrelevante por pacto entre las partes el incumplimiento del deudor** dicha garantía hacía tránsito a lo que se ha denominado la **solidaridad «plena»** o **«estricta»**, de tal suerte que el crédito de las entidades bancarias no se hallaba condicionado a que se produjera el incumplimiento por el deudor básico y había de reconocerse como ordinario y no como contingente.

Esa, que es la clave de la *ratio decidendi* de ambas sentencias, se expresa por las mismas de un modo diáfano:

— La sentencia dictada en la primera instancia, el 4 de julio de 2011, por el Juzgado Mercantil n.º 7 de Barcelona, tras analizar la cláusula 17 del contrato de préstamo sindicado que arriba transcribíamos, llegó a la conclusión de que:

«... de los términos en que se asume la garantía en este contrato puede concluirse que se ha eliminado la nota característica propia de la fianza que es la subsidiariedad, de manera que cabe calificar el crédito de las entidades bancarias como ordinario.

En efecto, es cierto que, en una primera aproximación, la configuración como garantía a primer requerimiento se enlaza en la cláusula con la consecuencia de eliminar los beneficios de excusión y división, lo cual, alineándonos con la corriente doctrinal y jurisprudencial antes citada, no elimina la nota de subsidiariedad propia de la fianza. Sin embargo, a partir del primer punto del párrafo transcrito, la garantía a primer requerimiento viene acompañada de importantes menciones contractuales relativas a la irrelevancia del incumplimiento contractual del deudor

principalal expresar que bajo ninguna circunstancia podrá ninguno de los Garantes entrar a considerar el cumplimiento o no de las obligaciones garantizadas por parte de los Acreditados. En este caso, mediante esta cláusula se ha pactado algo más que la solidaridad, algo más que la mención a primer requerimiento, algo más que la eliminación del beneficio de excusión o que el carácter autónomo de la obligación asumida por el fiador. Se ha expresado la irrelevancia del incumplimiento del deudor principal, la irrelevancia para la exigibilidad del crédito asumido por la concursada del cumplimiento o incumplimiento de la obligación del deudor principal, con lo que, ciertamente mediante la anterior mención se traspasa la línea de la fianza que se ha denominado solidaridad plena que permite entender que el crédito no está sometido a condición alguna y permite calificarlo como ordinario y no como contingente.»

— Por su parte, la sentencia de apelación, de 14 de enero de 2013, dictada por la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona reiteró esta *ratio decidendi* en varios de sus fundamentos:

«SÉPTIMO. *Cuanto antecede nos remite al contenido del contrato y, en concreto, a la estipulación decimoséptima, en cuya interpretación discrepan las partes. ...*

Tal y como está concebida, en el presente caso, la garantía prestada por la concursada, no podemos sino corroborar el criterio de la sentencia de instancia, que calificó el crédito de las demandadas como ordinario no contingente, al haber excluido las partes el requisito de la subsidiariedad, dicho de otra manera, al haber pactado las partes que el previo incumplimiento del deudor, como presupuesto de la obligación del garante, no fuera oponible a los acreedores.

...

OCTAVO. *La cláusula en cuestión emplea unos términos de los que inequívocamente se deduce que los contratantes pactaron una garantía en la que el garante —la concursada— se obligaba como si de un deudor solidario se tratara, permitiendo al acreedor dirigirse contra aquél al margen de las vicisitudes de la obligación principal.*

Los términos "incondicional" "independencia", "abstracción" y "autonomía" del aval, recogidos en la estipulación decimoséptima, van mucho más allá de una fianza meramente solidaria o de la simple renuncia del derecho de excusión. Expresan la voluntad de los contratantes de desvincular la garantía de las circunstancias que pudieran afectar a la relación principal y, sobre todo, de reforzar la posición jurídica del acreedor.

...

NOVENO. *En definitiva, si el garante, en el presente caso, se obliga solidaria e incondicionalmente con el deudor principal; si las partes manifiestan su voluntad de configurar la fianza como autónoma, abstracta, independiente y exigible a primer requerimiento, con exclusión expresa de los beneficios de orden y división; ysí, como consecuencia del carácter autónomo de la fianza, las partes excluyen que el pago o cumplimiento de la obligación principal pueda ser esgrimido por el fiador, no es posible que el incumplimiento del deudor opere como condición suspensiva y, por ello, que el crédito se califique como contingente.»*

Para la *ratio decidendi* de la sentencia de la Audiencia fue irrelevante la accesoriedad de la fianza que la recurrente

invocaba, pues, como hemos visto y admite unánimemente la doctrina (sea de la tesis civilista o sea de la tesis concursalista), lo relevante de cara a la calificación del crédito en el concurso no es tal accesoriadad, sino la subsidiariedad y la medida en que las partes la hayan contractualmente eliminado. La propia sentencia de la Audiencia así lo explica en el segundo párrafo de su Fundamento Jurídico Octavo:

«Los términos "incondicional" "independencia", "abstracción" y "autonomía" del aval, recogidos en la estipulación decimoséptima, van mucho más allá de una fianza meramente solidaria o de la simple renuncia del derecho de excusión. Expresan la voluntad de los contratantes de desvincular la garantía de las circunstancias que pudieran afectar a la relación principal y, sobre todo, de reforzar la posición jurídica del acreedor. No es necesario, a nuestro entender, examinar en qué medida la cláusula preserva el requisito de la accesoriadad de la fianza, extremo en el que se extiende la recurrente y que no consideramos esencial. Es obvio que el aval se prestó en consideración a una obligación principal, lo que no excluye que, a tenor del mismo, el fiador asumiera la obligación como propia y consintiera la imposibilidad de oponer el cumplimiento por el deudor.»

Es decir, el hecho de que el objeto de la garantía se determine *per relationem* a la obligación principal, que es en definitiva lo que subyace tras la accesoriadad, no convierte en contingente el crédito porque no implica en modo alguno la existencia de *conditio iuris* que condicione el deber del garante como, por el contrario, sí sucede con la subsidiariedad.

IV. LA SUBSIDIARIEDAD Y EL INCUMPLIMIENTO

La jurisprudencia de los Juzgados Mercantiles y las Audiencias Provinciales hace pivotar sobre la subsidiariedad el reconocimiento como ordinario o contingente del crédito del acreedor garantizado en el concurso del garante.

Cuando la garantía se haya configurado como subsidiaria, lo que sucederá siempre que por pacto no se haya excluido la subsidiariedad al ser ésta un elemento natural de dicho tipo de contrato, el incumplimiento del deudor básico o principal pasará a ser el criterio determinante de la calificación del crédito, pues en tal caso, y sólo en tal caso, se erige en *conditio iuris* de la obligación del garante, de tal suerte que si hay incumplimiento la *conditio* habría acaecido y el reconocimiento se haría como ordinario, mientras que si no hay incumplimiento al no haber acaecido la condición, el reconocimiento se hace como contingente.

Como hay jurisprudencia contradictoria respecto a si el simple pacto de solidaridad enerva la natural subsidiariedad de la fianza o no, el incumplimiento entra en juego en momento distinto según la tesis que se defienda.

Para los que entienden que el simple pacto de solidaridad sí enerva la subsidiariedad (tesis civilista), precisamente porque ya no habría en tal supuesto subsidiariedad, el incumplimiento deviene en irrelevante y no es *conditio iuris*, por lo que el reconocimiento debe hacerse como crédito ordinario en todo caso.

Mientras que para los que entienden que el simple pacto de solidaridad no enerva la subsidiariedad (tesis concursalista), precisamente porque la subsidiariedad persiste, mantienen que el incumplimiento del deudor básico o principal continúa siendo *conditio iuris* y que, por tanto, el reconocimiento habrá de hacerse como contingente hasta el momento en que dicho incumplimiento se produzca y con él acaezca la condición.

Pero la discusión que subyacía a la sentencia comentada no versaba sobre un simple pacto de solidaridad, sino que lo allí analizado fue un pacto que se calificó como de solidaridad plena o estricta, en el que las partes, al pactar la irrelevancia del incumplimiento del deudor básico de cara a reclamar al garante, eliminaron completamente la nota de la subsidiariedad que es la que confiere carácter contingente al crédito.

El incumplimiento sólo es relevante cuando la nota de la subsidiariedad está presente en la garantía, pues en ese caso sí, el incumplimiento representará que ha acaecido la *conditio iuris* y determinará que el crédito se reconozca

como ordinario pese a la nota de la subsidiariedad. Pero cuando la subsidiariedad se ha eliminado, el cumplimiento o incumplimiento son intrascendentes para calificar el crédito, pues faltando la nota de subsidiariedad el crédito ha de reconocerse siempre y en todo caso como ordinario, haya o no incumplimiento, porque éste es irrelevante por haberlo pactado así las partes.

V. CONCLUSIONES

La sentencia de 14 de enero de 2013 de la Sección Decimoquinta de la Audiencia Provincial de Barcelona no contradice las tesis concursalistas defendidas por dicha Audiencia en sus anteriores sentencias de 18 de diciembre de 2008 y 25 de enero de 2012 porque la cuestión resuelta en ella difiere de la que se resolvió en estas últimas.

Es perfectamente posible defender con coherencia que si bien el simple pacto de solidaridad no excluye la natural subsidiariedad de las garantías, sí la excluye el pacto que va más allá, como lo era el de autos en el que, además de pactarse la solidaridad y de renunciarse al beneficio de excusión, se pactó la irrelevancia del incumplimiento del deudor principal, con lo que se traspasó la línea de la fianza hacia lo que se ha denominado solidaridad plena, que permite entender que el crédito no está sometido a condición alguna y permite calificarlo como ordinario y no como contingente.