

La comunicación y el reconocimiento de los créditos en el concurso: especial referencia a los créditos garantizado con fianza (2.^a parte)

Communication and recognition of loans in a case of bankruptcy: special reference to the guarantees and surety bonds credits (Part 2)

por

MANUEL JOSÉ ALONSO NÚÑEZ

Profesor Titular de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

RESUMEN: El concurso ha afectado al contrato de fianza estableciendo una regulación especial que modifica el derecho común de fianza contenido en el Código Civil. La posición del fiador en la comunicación y en el reconocimiento se ve mermada en cuanto que la Ley concursal establece la preeminencia del acreedor principal a la hora del reconocimiento de sus créditos y de su cobro. En este artículo se lleva a cabo un análisis del derecho positivo contenido en la ley concursal en cuanto a los derechos del acreedor principal y a los derechos y acciones que corresponde al fiador en el concurso, tanto cuando ha realizado totalmente el pago al acreedor principal como cuando ha realizado un pago parcial, ya sea este preconcursal como postconcursal.

ABSTRACT: *The competition has affected the bond contract establishing a special regulation amending the common law of bail contained in the Civil Code. The position of guarantor in communication and recognition is crippled in that the insolvency law establishes the preeminence of the main creditor at the time of recognition of their claims and collected. This article carries out an analysis of positive law contained in the bankruptcy law regarding the rights of the main creditor and the rights and activities to which the guarantor in the competition, both when it has fully made the payment to principal creditor when He has made a partial payment, be it preconcursal as postconcursal.*

PALABRAS CLAVE: Concurso. Fianza. Acreedor principal.

KEY WORD: *Bankruptcy. Bonds credits. Main creditor.*

SUMARIO: I. EL RECONOCIMIENTO: 1. EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS EN EL DERECHO ESPAÑOL HISTÓRICO Y EN LA ACTUAL LEY CONCURSAL. 2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RECONOCIMIENTO ÍNTEGRO DEL CRÉDITO. 3. EL RECONOCIMIENTO DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA DE FIANZA: A) *Configuración legislativa del reconocimiento de los créditos con garantía de fianza.* B) *El reconocimiento del crédito de regreso del fiador.* C) *El reconocimiento del crédito del fiador como crédito contingente.* D) *Posición jurídica del fiador en la fase de reconocimiento.* E) *El reconocimiento del crédito anterior al pago.* F) *Reconocimiento y pago parcial del crédito garantizado: concurrencia y preferencia del crédito principal:* a) Pago parcial preconcursal. b) Pago parcial postconcursal.—II. COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO GARANTIZADO CON FIANZA EN LOS CONCURSOS MÚLTIPLES: 1. LA FINALIDAD DE LA COMUNICACIÓN DE LOS CRÉDITOS AFIANZADOS EN LOS CONCURSOS MÚLTIPLES. 2. SOLUCIONES DE COORDINACIÓN EN LOS DISTINTOS CONCURSOS. 3. CUANTÍA POR LA QUE HABRÁ QUE COMUNICARSE EL CRÉDITO DE CADA UNO DE LOS CONCURSOS. 4. CONSECUENCIAS DEL PAGO POSTCONCURSAL.—III. NORMAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO EN EL CONCURSO DEL FIADOR.—IV LOS EFECTOS EXTRACONCURSALES DEL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

I. EL RECONOCIMIENTO

Si la comunicación, como ya vimos, se configura como el cauce principal a través de cual la administración concursal va a tomar conocimiento de la dimensión del pasivo del deudor concursado para, en base a ello, tomar las decisiones sobre la fijación de la masa pasiva, y se manifiesta generalmente mediante el

acto de comunicar que realizan los acreedores a la administración concursal, el reconocimiento de los créditos que van a configurar definitivamente la masa pasiva supone la verificación, el establecimiento y la aceptación definitiva de los créditos que la Administración concursal considera plenamente probada su existencia, sin hallarse limitada para ello por las manifestaciones provenientes de los acreedores a través de la comunicación de sus créditos. En este sentido, la Ley Concursal le exige a aquella que para el reconocimiento de créditos tome en consideración cualquier noticia que obre en el concurso y de la que pueda derivar la existencia de un crédito (art. 85.1 LC).

1. EL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS EN EL DERECHO ESPAÑOL HISTÓRICO Y EN LA ACTUAL LEY CONCURSAL

En el anterior procedimiento de quiebra —como sabemos— existía también una vía para la determinación del pasivo del concurso que la doctrina denominaba «fase de verificación»¹ que se iniciaba con el reconocimiento de créditos y finalizaba con la graduación de los que habían sido reconocidos. Dicha fase estaba regulada en el Título VII del Libro IV del Código de Comercio de 1829, bajo la rúbrica «*Del examen y reconocimiento de créditos contra la quiebra*», en los artículos 1101 y 1102². En el derecho derogado, a diferencia con lo que actualmente sucede, era la Junta de acreedores quien procedía a adoptar las decisiones sobre el reconocimiento para lo cual había de ser reunida a tal efecto y con un doble *quórum*³, quedando a salvo el derecho de los acreedores de la quiebra para formular el correspondiente incidente (art. 1263 LECiv), por lo que la última palabra, en caso de controversia, correspondía al juez de la quiebra. En cambio, en el expediente de suspensión de pagos los Interventores eran los que tenían, por ser un procedimiento concursal, el encargo de confeccionar un Dictamen al que debían acompañar «*el balance definitivo y la lista de acreedores*» (art. 8 LSP). Dicho Dictamen constituía el documento que debía fijar con exactitud el activo y el pasivo del deudor⁴. Para ello, los Interventores tenían que confeccionar la lista de acreedores, llamada doctrinalmente de «verificación administrativa de créditos»⁵. Esta relación de créditos recogida en la lista de verificación administrativa posteriormente se sometía a una revisión contable y, además, se solicitaba a los acreedores que presentaran los comprobantes de sus créditos. Si se pasaba esta valoración quedaba aprobada por los Interventores, si bien también su decisión estaba sometida en última instancia, como en el procedimiento de quiebra, a la posible decisión judicial a través del recurso previsto en el artículo 11 de la Ley.

En la Ley Concursal, el mecanismo para determinar exactamente el activo y el pasivo se realiza a través del Informe del concurso previsto en el artículo 74 de la Ley Concursal. La finalidad esencial de este Informe es determinar —como dice el último párrafo del apartado II de la Exposición de la Ley Concursal—

«el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor a través de la determinación de la masa activa y pasiva del concurso». Para dar cumplimiento a lo recogido por la Exposición de Motivos de la Ley Concursal, esta regula en el Capítulo III de su Título IV denominado «De la determinación de la masa pasiva» los medios para llegar a la confesión de la parte pasiva del Informe del concurso, y para ello, el artículo 75.2.2.º de la Ley impone a la administración concursal la obligación de anexar la más exacta lista de acreedores concursales. Coadyuvando a ello, el artículo 95.1 de la Ley Concursal concreta cuál debe ser la estructura de la lista de acreedores concursales que debe de acompañar al Informe, señalando especialmente que comprenda *una relación de los incluidos y otra de los excluidos, ambas ordenadas alfabéticamente*.

En este sentido, para acceder el crédito al concurso para su reconocimiento, la Ley concursal articula varias medidas: 1. El derecho-deber de los acreedores de comunicar sus créditos; 2. La obligación de la Administración concursal de tomar en consideración los libros y documentos del deudor como base esencial e inicial del reconocimiento; y 3. La obligación complementaria de la Administración concursal de tomar en consideración aquellos otros créditos que *por cualquier otra razón constaren en el concurso* (art. 86.1 LC)⁶. En base a ello, la Administración concursal deberá confeccionar el texto provisional de la lista de acreedores, adoptando las decisiones que procedan respecto a reconocimiento de créditos, lista que deberá anexarse al Informe del concurso (art. 762.2.º LC).

No obstante, el reconocimiento plantea algunas cuestiones polémicas. Entre ellas podemos citar: qué consecuencias tienen en el reconocimiento los créditos cuya comunicación no se hubiere producido por los propios titulares o se hubiera comunicado tardíamente; qué efectos producen los reconocimientos forzosos de créditos recogidos en la LC⁷; o cómo se configuran en la LC los supuestos especiales de reconocimiento recogidos en la LC, como son los créditos bajo condición, los litigiosos y los de derecho público⁸. De entre ellas, afectan principalmente a los créditos afianzados su comunicación tardía y su no comunicación, así como la configuración que se dé al crédito de fiador que haya pagado, bien totalmente, bien en forma parcial.

En cuanto al reconocimiento de créditos no comunicados ni puesto de manifiesto por los medios señalados en la Ley, antes de la reforma operada por la Ley 38/2011, la lectura conjunta de los artículos 21.4, 21.1.5.º, 74, 86 y 92.1 de la Ley Concursal llevó a una parte de la jurisprudencia a aceptar una interpretación rígida de dichos artículos, de tal manera que un crédito concursal no comunicado ni puesto de manifiesto por ninguno de los medios previstos en la Ley con anterioridad al plazo para la presentación del Informe del concurso no podía ser reconocido y, por tanto, no pasaba a configurar el pasivo del concurso⁹. Sin embargo, esta posición no era pacífica. Y así, otra jurisprudencia¹⁰ consideraba que el plazo para reconocer créditos finalizaba cuando se hubieran presentados, como término final, después del plazo de la presentación del Infor-

me del concurso o si dejaba precluir el plazo para impugnar la lista de acreedores. Por ello, se consideraba por esta jurisprudencia que los créditos así presentados debían de ser reconocidos, si estuvieran debidamente acreditados, aunque con la calificación de subordinados, cuando siendo créditos no comunicados ni puestos de manifiesto por ningún otro medio, fueran anunciados al Juez del concurso a través de la demanda de impugnación de la lista de acreedores. La cuestión fue zanjada por la Sala Primera del Tribunal Supremo quien, por sentencia de 13 de mayo de 2011, consideró que el incidente concursal de impugnación era una vía hábil para permitir el reconocimiento e inclusión de créditos concursales aun cuando estos no hubieran sido comunicados previamente ni conocidos por la Administración concursal por ningún otro medio.

En este sentido, un crédito no comunicado o tardíamente comunicado, y por lo tanto no reconocido en el concurso no conlleva su extinción en sí mismo. Como señala FRIGOLA RIERA¹¹ «De todos modos hay que señalar que la falta de reconocimiento de un crédito concursal no se le puede atribuir efectos extintivos, ya que en la hipótesis en que el deudor conservara su patrimonio tras la conclusión del concurso (v.g. caso de cumplimiento del convenio) aquellos acreedores concursales que no hubiesen resultado reconocidos como tales, quedan libres de dirigirse contra el patrimonio del concursado para que le satisfaga sus créditos a los términos del convenio aprobado y cumplido en el concurso (art. 134.1 LC)». Es más, desde el punto de vista legislativo la Reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011 ha supuesto flexibilizar el anterior sistema, pues la nueva regulación amplía tanto el momento hábil para la comunicación de créditos como el número de supuestos en que los créditos concursales pueden ser valorados por la Administración concursal a efecto de su reconocimiento, con independencia del momento en que hubiesen llegado a su conocimiento¹².

Junto a los anteriores créditos, la Ley Concursal regula en su artículo 87, bajo la rúbrica «*Supuestos especiales de reconocimiento*», distintos supuestos que más que supuestos especiales establecen los efectos que produce su reconocimiento contemplados desde su singularidad¹³. Estos supuestos son: 1: Créditos cuya existencia se halla pendiente de un acontecimiento futuro e incierto (arts. 87 1. y 2. LC); 2. Créditos de Derecho Público no confirmados en el momento de su reconocimiento (art. 87 2. LC); 3. Créditos garantizados con un patrimonio adicional (art. 87.6 LC), supuesto al que dedicamos especial atención en el último de los capítulos.

Especialmente nos interesan para nuestro estudio los supuestos de créditos bajo condición.

Así si los están bajo condición resolutoria, la condición opera de tal modo que su cumplimiento determina la desaparición del crédito como si nunca hubiere existido, si bien la propia naturaleza de la condición resolutoria no impide el desenvolvimiento actual del crédito ya que, en tanto la condición no se cumpla, no hay impedimento para que el crédito interactúe como cualquier otro crédito concursal

no condicionado¹⁴. Mientras que para el desarrollo de nuestro estudio estos créditos tienen menos interés para nosotros, en cambio merece para él mayor atención por nuestra parte los créditos bajo condición suspensiva y *per reletionem* los litigiosos.

Así, los créditos bajo condición suspensiva y los litigiosos reflejan incertidumbre sobre si el crédito llegará a existir, retrasando los efectos de los actos hasta que el acontecimiento en que consiste la condición suceda, como ocurriría en el caso del fiador que todavía no haya cumplido su obligación de fianza total o la haya cumplido parcialmente en los términos que preceptúa el artículo 87.6 LC. En estos casos, la Ley Concursal, previendo que puedan condicionar el pasivo del deudor, opta prudentemente por incorporarlos a la lista de acreedores, si bien sometiéndolos en virtud de su condicionalidad a que no puedan producir la plenitud de sus efectos. El artículo 87. 3 LC dispone que a dichos créditos se les reconozca en el concurso aunque con eficacia limitada, reduciendo tal eficacia a la mera constancia en la lista de acreedores como créditos contingentes y sin especificación de su cuantía, a expensas del cumplimiento de la condición. Como cualquier obligación sometida a condición suspensiva, los acreedores bajo condición suspensiva o con créditos litigiosos tienen derecho a que se tomen las medidas conservativas necesarias que vayan encaminadas a evitar la vulneración de sus derechos e impedir que estos se puedan perder. Por ello, el artículo 87.4 permite al juez del concurso que, a instancia de parte, pueda adoptar medidas cautelares tendentes a dotarles de mayor eficacia en el concurso, si estima probable su confirmación, pues la consideración de crédito contingente no impide que pueda ser tenido en cuenta en el concurso. Estas medidas pueden tener el efecto de agilizar el concurso ya que una vez confirmado y, por lo tanto, reconocido plenamente el crédito, su titular posteriormente podría solicitar la nulidad de las actuaciones en las que su adhesión o su voto hubieran sido decisivos¹⁵. Es por ello que, para evitar que posteriormente se puedan ver anulados actos del concurso, sea conveniente que en previsión de estas consecuencias el juez pueda adoptar medidas cautelares con el objeto de evitar la vulneración de derechos del acreedor y evitar aquella invalidez de actos que impediría la agilidad de proceso concursal¹⁶. Una vez que haya desaparecido la contingencia, la Administración concursal incluirá en los textos definitivos pendientes de presentar las modificaciones procedentes, incluso de oficio (art. 87.8 LC). Si la contingencia se produjera con posterioridad a la presentación de los textos definitivos el procedimiento para la modificación será el que se desprende del artículo 97. Bis de la Ley Concursal.

2. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE EL RECONOCIMIENTO ÍNTEGRO DEL CRÉDITO

Partimos de dos cuestiones: 1) ¿Es condición previa para el reconocimiento de créditos que se haya realizado la comunicación? Algunos autores¹⁷, al in-

interpretar el artículo 86.2, apuntaron a que no era necesario que se comuniquen los créditos que deben de ser necesariamente reconocidos. Pero, con carácter general, la jurisprudencia de los Juzgados de lo Mercantil y de las Audiencias Provinciales, en su tarea de interpretación del señalado artículo, vienen rechazando tal posibilidad¹⁸; 2) Es necesario siempre el reconocimiento de créditos? La respuesta a esta segunda pregunta va en el mismo sentido: el reconocimiento de los créditos es uno de los actos esenciales del concurso, pues todo proceso de ejecución, y el concurso lo es de carácter colectivo, debe estar precedido de una fase de verificación de los derechos que fundamentan las pretensiones de los demandantes (acreedores concursales)¹⁹.

¿A quién corresponde declarar el reconocimiento de los créditos? A diferencia de lo que ocurría en la quiebra en que las competencias correspondía a los síndicos, las juntas de acreedores y al juez²⁰, por el contrario, actualmente la Ley Concursal señala que es a la administración concursal a la que le corresponde reconocer y clasificar los créditos, y sin perjuicio lógicamente de las competencias del juez de lo mercantil en caso de existir impugnaciones relativas a la inclusión o a la exclusión de créditos, a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos; y sin perjuicio de las demás competencias que corresponden al juez de lo mercantil (arts. 86.1, 96.3 y 98 LC). Las reglas del concurso imponen por ello la obligación a la administración concursal de relacionar necesariamente en la lista de acreedores todos los créditos, ya sean los créditos incluidos, ya sean excluidos del concurso, si fueron comunicados en tiempo. El acreedor que comunicó su crédito a la administración concursal si está disconforme con la exclusión, la cuantía o la clasificación practicada por la administración concursal podrá impugnar la lista de acreedores, y en su caso el Juez decidirá sobre la procedencia de la reclamación en función de su naturaleza y sin ninguna penalización, de tal manera que admitida la reclamación podrá ser reconocido, incrementada su cuantía y ser calificado como privilegiado, ordinario o subordinado, según los casos.

Una vez que se haya reconocido el crédito ¿qué consecuencias tiene dicho reconocimiento? La Ley establece distintas consecuencias dependiendo si los créditos han sido comunicados en tiempo, tardíamente, o como consecuencia de impugnación de la lista, o comunicados extemporáneamente, consecuencias que pueden afectar en su caso al acreedor principal y al fiador si los hubiere. Así, si el crédito ha sido comunicado en tiempo la consecuencia inmediata es la inclusión o exclusión en la lista de acreedores, estableciéndose su cuantía y calificación y, sin perjuicio del derecho que asiste a los demás acreedores de impugnar su reconocimiento. En cambio, los créditos comunicados tardíamente plantean cuestiones controvertidas en orden a las consecuencias que pueden pesar sobre ellos²¹.

En estos casos de comunicaciones hechas tardíamente, la Ley permite que la administración concursal, o bien los incluya como reconocidos pero con la

calificación de subordinados, o bien que los excluya del concurso. Si los incluye en el concurso con la calificación de subordinados (art. 92.1.º), ello conlleva una serie de consecuencias limitativas: la pérdida del derecho de voto en la Junta de acreedores para aprobar el convenio (art. 122.1.1.º) y el pago del crédito después de que hayan cobrado los créditos ordinarios (art. 158.1).

En este sentido, podríamos preguntarnos si el hecho de que la Ley Concursal imponga estas limitaciones de derecho a quien comunicó tardíamente ¿supone una sanción? Algunos autores²² las califican de sanción, pero otros²³ sostienen que no se trata de una sanción propiamente dicha, sino que más bien es una exigencia derivada de la tramitación del concurso²⁴. Si la administración concursal opta por la exclusión del crédito comunicado tardíamente deberá relacionarlo en la lista de acreedores como tal. En uno y otro supuesto (reconocimiento subordinado o exclusión del concurso), cabe la impugnación, pudiendo dar lugar al rechazo de la impugnación o a la admisión del incidente.

Por otra parte, si se impugna y se obtiene un veredicto favorable ¿qué consecuencias tiene para el concurso si el crédito se comunicó tardíamente o si fueron excluidos por no haber puesto de manifiesto en el plazo para comunicarlos pero reconocidos en el incidente concursal? Tanto uno como otro supuesto viene regulado en el artículo 92.1.º que establece que estos créditos tendrán la calificación de subordinados. Sin embargo, «no quedarán subordinados por esta causa, y serán clasificados según corresponda, los créditos del artículo 86.3, los créditos cuya existencia resultare de la documentación del deudor, los que consten en documento con fuerza ejecutiva, los créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público, los que constaren de otro modo en el concurso o en otro procedimiento judicial, y aquellos otros para cuya determinación sea precisa la actuación de comprobación de las Administraciones Públicas». Por lo tanto, como regla general y de acuerdo con este artículo 92.1.º, tanto los créditos que habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores, como a los que habiendo sido comunicados tardíamente sean excluidos por la administración concursal e incluidos en dicha lista por el juez al resolver sobre la impugnación de esta se consideraran como créditos reconocidos con la calificación de subordinados.

Estas dos posibilidades plantearon, sin embargo, a la doctrina la cuestión si se puede hablar de una distinción entre los dos supuestos o, por el contrario, si existe una equiparación entre ellos. En definitiva, si existe un trato jurídico distinto para los créditos según se encuentre en uno u otro supuesto.

En principio, y dejando a un lado la discusión con respecto a la determinación del plazo para impugnar por otra parte resuelta con carácter general en la reforma recogida por el Real Decreto-ley 3/2009²⁵, los autores a menudo ni tan siquiera apuntan tal distinción y, en ocasiones, tampoco los Tribunales diferencian ambos supuestos, dándoles implícitamente el mismo tratamiento²⁶. Sin embargo, otros autores hacen la distinción de ambos supuestos y sostie-

nen que los créditos no comunicados deben de equipararse a los comunicados tardíamente siempre que se impugne dentro del plazo la lista de acreedores²⁷. Por el contrario, en cuanto a los créditos que sean créditos no comunicados o comunicados después de que haya transcurrido el plazo para impugnar la lista de acreedores, la mayoría de los autores se inclinan por calificarlos como créditos de comunicación extemporánea, si bien respecto a sus consecuencias existen discrepancias de valoración. Así, algunos autores consideran que estos créditos corren el riesgo de extinguirse. Es la tesis sostenida por la sentencia de la Sección 5 de la Audiencia Provincial de Murcia de 9 de enero de 2007. Sin embargo, la mayoría de los autores sostienen que los créditos subsisten, ya que la exclusión del concurso no es una de las causas legales de extinción de las obligaciones (art. 1156 y concordantes del Código Civil y STS de 23 de julio de 1987). Este es el parecer de la sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 21 de mayo de 2007 y de la sentencia de 1 de febrero de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 2 de Barcelona.

En nuestra opinión, si no existe una norma que de forma expresa sancione la falta de comunicación de un crédito con la extinción, tanto a nivel intraconcursal como extraconcursal, esto nos lleva a pensar que el crédito subsiste²⁸, pues la falta de comunicación no se equipara al supuesto de extinción²⁹. Tal falta de comunicación del crédito no puede equipararse al supuesto de su extinción ya que aquella no viene contemplada como causa de extinción en el artículo 1156 del Código Civil y por el contrario el artículo 134 de la Ley Concursal le otorga eficacia al disponer: «El contenido del convenio vinculará al deudor y a los acreedores ordinarios y subordinados, respecto de los créditos fuesen anteriores a la declaración de concurso, aunque, por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos». No obstante, algunos autores³⁰ consideran que la norma en modo alguno se refiere de forma expresa a los créditos comunicados extemporáneamente sino solo a los que tan siquiera han sido comunicados. Los créditos a los que se refiere la norma de forma expresa es a los que «por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos».

Entonces la cuestión es saber qué créditos se entienden incluidos en la proposición «*por cualquier causa, no hubiesen sido reconocidos*», pues la amplitud del concepto podría comprender varios supuestos diferentes. Así, se podría entender que en este concepto se comprenderían: 1) Los créditos expresamente rechazados por la administración concursal, sin que sobre ellos hubiera formulado incidente; 2) Los créditos expresamente rechazados por sentencia dictada en incidente impugnando la lista de acreedores; 3) Los créditos que no hayan sido rechazados pero tampoco han sido reconocidos (v.g. los desconocidos). Pues bien, respecto de los primeros, es improbable que puedan tener asiento en el artículo 134.1 dados los contundentes términos en que se manifiesta el artículo 97 de la Ley Concursal al regular las consecuencias de la falta de comunicación y desde luego no parece que el espíritu de la Ley Concursal conceda una nueva

vía para impugnar la lista de acreedores. Tampoco parece que se le pueda aplicar el artículo 134 a los créditos expresamente rechazados por sentencia dictada en incidente al impugnar la lista de acreedores ya que la sentencia provoca todos los efectos de cosa juzgada material por los dispuesto en el artículo 196.4 de la Ley Concursal y se proyecta tanto dentro como fuera del concurso y, en consecuencia, estos créditos no subsisten afectados por el convenio, sino que son expulsados definitivamente del sistema por la sentencia. Por lo tanto, la coherencia del sistema impone que la referencia a «créditos no reconocidos» contenida en el artículo 134.1 deba referirse exclusivamente a los créditos que no habiendo sido reconocidos no hubieran sido rechazados, como acontecen en los casos de créditos derivados de las acciones rescisorias; y esta es la situación en que se encuentran los créditos comunicados extemporáneamente que no han sido reconocidos ni rechazados y los no comunicados.

De ello concluimos que al no haber una norma que sancione la falta de comunicación de un crédito con su extinción, el crédito subsiste, y si subsiste ¿cuál es la eficacia de los créditos no reconocidos? Esta pregunta contiene a su vez dos cuestiones: en qué condiciones pueden reconocerse y en qué circunstancias pueden ejercitarse los créditos que la administración concursal no reconoció.

En cuanto a la primera de las cuestiones cabría la posibilidad de obtener respecto de los créditos no reconocidos el reconocimiento judicial ya que la negativa a dicho reconocimiento por parte de la administración concursal no comporta la eficacia de cosa juzgada y el interesado podría, vía procedimiento declarativo, obtener una sentencia firme favorable que le dé derecho a recibir el mismo tratamiento que el convenio depare a los créditos de igual naturaleza y graduación, con lo que quedaría vinculado por el convenio a pesar de no haber podido adherirse a la propuesta ni votar en la junta de acreedores. Sin embargo, en el II Congreso de Derecho Mercantil, se apuntó que la solución correcta no sería establecer el mismo tratamiento para estos casos y que, aunque la Ley no prevé soluciones en cuanto a la naturaleza y graduación que habría que dársele a estos créditos, de acuerdo con los artículos 92.1.º y 92.6.º LC, los créditos comunicados tardíamente debería tener el trato de subordinados³¹. Hay quien opina que la regulación del convenio tiene soluciones para resolver esta cuestión señalando que, en este sentido, el instrumento idóneo para su resolución de esta cuestión sería acudir, como mecanismo de resolución, por ejemplo, la creación de una Comisión de Acreedores quien estaría encargada de establecer la vinculación de estos créditos no reconocidos con la lista definitiva de acreedores, con el contenido del convenio y, por consiguiente, sería la que establecería su naturaleza y graduación. Todo lo cual sería perfectamente compatible con lo previsto en el artículo 134.1³². Sin embargo, en opinión de GIMENO-BAYÓN y Gimeno VALENTÍN-GAMAZO, esta solución supondría alterar significativamente el pasivo concursal y hacer que a la postre el convenio fracasara, situaría los créditos no comunicados en mejor posición que los

comunicados tardíamente y supondría un privilegio de exención del deber de ser comunicado.

Otro sector doctrinal se inclina por entender que los créditos no reconocidos pero no rechazados «son expulsados fuera del concurso, de tal forma que la preclusión del plazo para interesar el reconocimiento del crédito, sea el que sea, impide que tenga la consideración de crédito concurrente, pero no provoca su extinción y se verá beneficiado por la interrupción de la prescripción»³³. En este sentido, las ejecuciones separadas de créditos no comunicados no tienen efectividad frente al concurso una vez iniciado este, en base al principio de unidad (arts. 50, 55 y 192 LC), provocando la nulidad de las actuaciones como sanción a la infracción de este principio. Las únicas excepciones a este que señala la Ley son las ejecuciones separadas de créditos con garantía real, créditos administrativos y créditos laborales, en los que se hubiera comenzado la ejecución antes del concurso y cuyos embargos afecten a bienes que no resultaren necesarios para la actividad productiva del deudor concursado³⁴.

Sin embargo, ¿sería posible que estos créditos no reconocidos pudieran ser reconducidos al concurso vía artículo 53.1 de la Ley Concursal? Entendemos que es dudoso que estos créditos, los créditos no reconocidos, pudieran ser reconducidos a la tesis de la ejecución concursal, basándose en lo preceptuado en el artículo 53.1, ya que este precepto lo que está diciendo es que si ha recaído sentencia, (v.g. en un Juzgado de lo Social sobre créditos a favor de los trabajadores) en este caso el juez del concurso no podrá desconocerla (pues le vincula) y le dará el tratamiento que le corresponda y se dará cumplimiento a los mecanismos previstos en la Ley Concursal para llegar al cierre del listado, teniendo en cuenta la resolución en el concurso. En definitiva, este artículo 53.1 lo que está ofreciendo a los titulares, que han obtenido antes o después de la declaración del concurso una resolución o está pendiente de ello, es un mecanismo para que, en tiempo oportuno, puedan exigir que sus títulos resulten debidamente reflejados en el concurso. Pero, en modo alguno, faculta a los acreedores que no han insinuado su derecho, cuando debieron hacerlo en tiempo y forma, a que después pueda ser tenido en cuenta en la lista de acreedores³⁵.

Por el contrario, la eficacia del crédito no reconocido pero no rechazado estará supeditada a que haya existencia de sobrante y siempre en los términos del convenio en caso de que este lo haya aprobado. El acreedor se encontraría ante una forma indirecta concursal para ver, de alguna manera, declarado su crédito, ya que en la liquidación no podrá participar y solo verá reconocido su crédito —aunque sea con el mismo rango de subordinado— para el caso de que haya sobrante³⁶.

Visto de esta forma parecería que no habría insalvables obstáculos para que los créditos no comunicados sean reconocidos durante el concurso y en el seno del mismo. El acreedor podría presentar una demanda para que se declare su crédito y el juez del concurso, al afectar al patrimonio del con-

cursado, y dado que la vía del reconocimiento ha concluido, deberá resolver por el cauce del incidente concursal en el que la administración concursal podrá allanarse si lo considera oportuno (arts. 50 y 192 LC)³⁷. Por el contrario, si el escenario se desarrollara una vez finalizado el concurso, en tal caso, el acreedor podría dirigirse contra el deudor que estuvo concursado y su actuación causaría las siguientes consecuencias: 1) El concurso habría provocado la interrupción de la prescripción; 2) El convenio, de existir, podrá ser opuesto por el deudor de acuerdo con lo previsto en el artículo 134.1 de la Ley Concursal; 3) De no existir sobrante, una vez concluido el concurso, el acreedor podrá dirigirse contra el deudor en la medida y en la hipótesis de que este adquiera nuevos bienes (art. 178.2 LC); 4) Tratándose de concursado persona jurídica, sin existir bienes y derechos del deudor, la resolución judicial que declare la finalización del concurso acordará su extinción y dispondrá el cierre de su hoja de inscripción en los registros públicos que corresponda, a cuyo efecto se expedirá mandamiento conteniendo testimonio de la resolución firme (art. 178.3 LC), por lo que no parece que el acreedor pueda reclamar ya nada de la concursada.

En las situaciones anteriormente estudiadas puede estar el fiador, por ello pasamos a continuación al estudio específico del reconocimiento de los créditos afianzados.

3. EL RECONOCIMIENTO DE LOS CRÉDITOS CON GARANTÍA DE FIANZA

A) *Configuración legislativa del reconocimiento de los créditos afianzados*

Hemos analizado el panorama general del reconocimiento de créditos. Pasamos ahora a analizar el reconocimiento de créditos con garantía personal de fianza que tiene distinto encaje en la legislación concursal dependiendo de si el fiador ha satisfecho completamente el crédito del acreedor antes del concurso del deudor, o si por el contrario, de no haberse producido el pago por parte del aquel antes del concurso se quiere, después de declarado el mismo, obtener dicho reconocimiento. Para ello, se ha de tener en cuenta qué normas concursales sobre reconocimiento y, en su caso, de calificación del crédito, deberán aplicarse, tanto para el crédito del acreedor garantizado como para el del crédito de regreso del fiador-garante.

Así, si el fiador hubiera satisfecho completamente el crédito al acreedor del concurso del deudor, su crédito de regreso ya será exigible de acuerdo con los artículos 1838 y 1839 del Código Civil y, en consecuencia, declarado el concurso podrá reconocerse su derecho como crédito concursal sin, en principio, ninguna particularidad³⁸. Este también parece ser el sentido que recoge la jurisprudencia de los Juzgados de lo Mercantil y de las Audiencias³⁹.

Por el contrario, cuando no se hubiere producido al momento de la declaración del concurso del deudor garantizado el pago del crédito del acreedor principal, el crédito de este (acreedor principal) se reconocerá en el concurso con la calificación y por la cuantía que le corresponda de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 87.6 de la Ley Concursal que dispone: «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». La norma esta ubicada en uno de los supuestos especiales de reconocimiento, pero aún así, verdaderamente no recoge ninguna especialidad a efectos de reconocimiento en el concurso del crédito del acreedor beneficiado con la garantía, sino «más bien confirma que la existencia de un deudor (fiador) llamado a reforzar el cumplimiento del crédito fuera del concurso no priva al acreedor (principal) de su plena participación en el procedimiento»⁴⁰.

Sin embargo, ¿qué ocurre con el crédito del fiador antes del pago? ¿En este momento anterior al pago cabría el reconocimiento del crédito de regreso aunque fuera con carácter condicional? ¿Merece algún tipo de tutela el fiador por parte de la legislación concursal en caso de que el acreedor no inste el reconocimiento de su crédito en el concurso? ¿Cuál es el grado de participación del fiador en la fase de reconocimiento? ¿Cómo se articula en la Ley Concursal la convivencia de ambos créditos en el concurso? Trataremos de dar una respuesta a estas cuestiones a continuación.

Visto que con respecto al reconocimiento del crédito del acreedor garantizado no se plantea mayores problemas, en principio, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 87.6 de la Ley Concursal, respecto al crédito del fiador que aún no pagó a su acreedor, se plantea si dicho crédito de regreso se puede configurar como condicional y si puede o no instar el fiador el reconocimiento de su crédito.

En este sentido, algunos autores⁴¹ opinan que el fiador ostenta, aún antes del pago, un derecho propio de reconocimiento de su crédito de regreso condicional con la finalidad de tutelar al fiador para el caso de que el acreedor principal no inste el concurso, reconociéndole su crédito como contingente, pues aunque la LC no recoge ninguna indicación expresa al respecto, la posibilidad de dicho reconocimiento como tal crédito contingente tiene su base en el artículo 87.3 de la Ley Concursal que dispone: «Los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos serán reconocidos en el concurso como créditos contingentes sin cuantía propia y con la calificación que corresponda, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro». Esta opinión también parece ser la de un sector de la jurisprudencia menor⁴². Por el contrario, otros autores⁴³ no consideran admisible la participación del fiador en el concurso si, previamente, no figura reconocido el crédito garantizado a través de la sustitución del acreedor por efecto del pago⁴⁴.

Entendemos que la posible convivencia de dos créditos en el concurso, (el crédito del acreedor y el crédito del garante) no debe hacernos olvidar que, respecto al concurso, la obligación del deudor principal se articula como una única obligación del concursado y, en consecuencia, no puede haber un reconocimiento pleno y concurrente del crédito de regreso. La razón de ello reside en que la LC persigue, por una parte proteger la *pars conditio creditorum* y por otra la preferencia de cobro del crédito de acreedor principal en el concurso. Es por ello que el reconocimiento del crédito del fiador en el concurso conlleva una serie de precauciones contenidas en la LC con objeto de proteger aquellos intereses. Precauciones que tratan de resolver entre otros, y fundamentalmente, los problemas que se pueden generar sobre su calificación, ya que los intereses del acreedor principal y el fiador no tienen por qué ser coincidentes.

Junto a la norma de calificación que preconiza el artículo 87.6 dos son las reglas a efectos de reconocimiento de los créditos afianzados:

1. La comunicación se hará por su importe y sin limitación alguna. Lógico, no cabe negar al acreedor la posibilidad de comunicar y obtener el reconocimiento de su crédito en el concurso por el solo hecho de la existencia de una fianza a su favor, que, en ningún caso le impide dirigirse contra el deudor principal en reclamación de su crédito.

2. El pago realizado por el fiador, una vez abierto el concurso, da lugar a la subrogación en la titularidad del crédito. Nuevamente obvio, pues si reconocido en el concurso el crédito debido por el concursado al acreedor, este le requiere de pago y satisface el mismo se producirá la subrogación, como señala el artículo 1839 del Código Civil, en todos los derechos que aquel tenía contra el deudor.

Ambas precisiones, tal y como ya señalaba el Auto del Juzgado de lo Mercantil número 5 de Madrid, de 22 de marzo de 2005, son realmente innecesarias: «1) “Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna...”. Nada nuevo aporta la norma, el hecho de que el acreedor goce de la fianza de un tercero no limita el reconocimiento del crédito garantizado en el concurso del deudor y de no incluir el precepto este inciso, la misma conclusión se alcanzaría, 2) “... y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador”. Aunque algún sector doctrinal entiende que el pago atribuye al fiador una única acción, la jurisprudencia⁴⁵ confiere al fiador dos acciones distintas: la acción de reembolso, regulada en el artículo 1838, y la de subrogación, prevista en el artículo 1839. La primera surge de forma originaria, y el derecho de crédito del fiador, que ejerce la acción de reembolso, nace en el momento que efectúa el pago, en tanto que la segunda tiene carácter derivativo. Mientras el reembolso da derecho a reclamar la totalidad de lo pagado y demás conceptos previstos en el artículo 1838, la subrogación implica colocarse en la posición del primi-

tivo acreedor asumiendo su posición jurídica, de manera que, investido de las consecuencias que derivan de tal posición, actúa contra el deudor principal».

Cierto, el hecho de reconocerse el crédito en su integridad no es más que una confirmación del hecho de que la fianza no incide en la obligación principal, en el hecho de la obligación de pago del deudor, sino que solo refuerza frente al acreedor sus posibilidades de cobro, dejando, hasta cierto punto, inmune al acreedor principal de la situación de insolvencia del deudor, pues llegado el momento será el fiador quien deberá cumplir la obligación, de ahí su más que presumible falta de entusiasmo en el procedimiento concursal. Él ya tiene al garante.

Por ello, la situación del fiador frente al reconocimiento plantea en cuanto a la regulación sustanciada en el artículo 87.6 de la Ley Concursal cuatro cuestiones:

1. El artículo 87 de la Ley Concursal utiliza en dos de sus números expresiones diferentes para contemplar supuestos de créditos con garantías personales: mientras que en el número 6 se refiere solo a la fianza, en el número 7 menciona expresamente al avalista, al fiador y al deudor solidario. Debe plantearse, por tanto, si el mandato del número 6 es más restrictivo en su aplicación que el número 7 o si, por el contrario, la diferencia entre ambos preceptos no es relevante a la hora de acoger diferentes formas de garantías personales.

Consideramos que debe admitirse en el seno de la expresión «fianza» en general cualquier supuesto en el que el deudor concursado vea reforzada su posición y la del acreedor con la existencia de un patrimonio adicional de refuerzo que garantice el cobro del crédito⁴⁶.

2. Al margen de la forma en que se haya podido producir la comunicación del crédito principal y su inclusión en la lista de acreedores, por el propio acreedor o por derivación de la documentación manejada por la administración concursal, debe hacerse constar en la correspondiente lista, entre sus características, la de estar garantizado con fianza (art. 94. 2 LC)⁴⁷, independientemente de que el garante haya comunicado su crédito de reembolso de carácter contingente (art. 87. 3 LC), posibilidad sobre la que volveremos más adelante.

3. Es preciso partir de la distinción entre el crédito del «acreedor principal», que tendrá la consideración de crédito actual, y el crédito del que podríamos denominar «acreedor de regreso» que, si no ha satisfecho todavía el crédito que garantiza, ni total ni parcialmente, tendrá la consideración de contingente⁴⁸.

En el momento en el que se abre el concurso, el acreedor es titular de un crédito actual contra el deudor insolvente que le legitima para solicitar el reconocimiento del mismo y para apropiarse del valor que allí se distribuya. El fiador-garante, por el contrario, tan solo dispone de un crédito condicional, cuyo reconocimiento efectivo dependerá de la no participación en el concurso del crédito actual.

El crédito principal y el crédito del fiador se excluyen mutuamente en el pasivo del deudor, se mueven en planos distintos, actual (el crédito del acreedor principal) y potencial (el del garante); de ahí que, para no duplicar en el pasivo la carga del crédito principal, se reconozca al crédito del garante como meramente «contingente», tal y como señala el artículo 87.3 de la Ley Concursal⁴⁹.

En este marco, cuando en el artículo 87.6 LC se establece que «los créditos en los que el deudor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna», se está admitiendo el mejor derecho del acreedor principal frente al acreedor de regreso para obtener el reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor, lo que es coherente con el carácter actual de su crédito⁵⁰.

Por otro lado, nada impide que el crédito de reembolso del garante sea reconocido en el concurso, pero, eso sí, como crédito condicional y, consiguientemente, como «contingente», sin determinación de cuantía propia y privado, su titular, de los derechos concursales de adhesión, voto y, por supuesto, de cobro.

La existencia de la garantía no interfiere, en ningún caso, en el pleno reconocimiento del crédito garantizado, pues lo único que hace aquella es ofrecer una vía alternativa y externa al concurso para la satisfacción del interés del acreedor ante el incumplimiento del deudor.

4. El precepto no solo señala que se reconocerá el crédito íntegro de su titular, sino que se hará también, en los casos en los que proceda, la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador; debemos de entender con posterioridad a la finalización del periodo de comunicación de los créditos⁵¹.

En tal caso, el fiador que paga debe beneficiarse de la comunicación efectuada por el acreedor principal posteriormente satisfecho en su interés crediticio, pero, como se ha señalado por la mejor doctrina⁵², en la cuantía del crédito ya comunicada por aquel, por lo tanto, sin el resto de las partidas incluidas en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 1838 del Código Civil (intereses, gastos y daños), de carácter postconcursal que podrán ser satisfechas frente al deudor principal una vez concluido el concurso.

La comunicación y reconocimiento íntegro del crédito por parte del acreedor principal solo puede peligrar en aquellos supuestos en los que se ha efectuado un pago parcial⁵³, pues en tal caso el crédito del fiador deja de ser meramente contingente y se convierte en actual, por la parte pagada, concurriendo junto al crédito principal por el resto impagado. Incluso, en estos supuestos en que el acreedor garantizado no ha cobrado del fiador, el crédito de este, crédito bajo condición suspensiva, podría darse el caso que, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 87.4 LC, el juez del concurso, a instancia de parte pudiera adoptar las medidas cautelares pertinentes tendentes a dotar al crédito del fiador de mayor eficacia en el concurso si estimare probable su confirmación. Entre estas medidas cautelares podría decretarse aquellas que fueran encaminadas a evitar posibles actuaciones del acreedor garantizado que pudieran poner en peligro los

derechos futuros del fiador en el concurso, como sería el caso de que se dieran actuaciones concursales del acreedor garantizado que pudieran posteriormente poner en peligro los derechos del fiador, y en tal caso el concurso pudiera verse inmerso en supuestos de nulidad por haberse realizados por parte del acreedor principal actos lesivos a los derechos del fiador, o en los que su adhesión y voto hubiesen sido decisivos para este.

B) El reconocimiento del crédito de regreso del fiador

Hemos puesto de manifiesto que el acreedor que disfruta de una garantía personal, dispone de dos vías para la satisfacción de su crédito ante el evento del concurso de su deudor: una concursal contra el deudor principal declarado insolvente, y otra, ajena a ese procedimiento, contra su garante en virtud de la garantía prestada. A tal efecto puede proceder inmediatamente a la comunicación de su crédito en el concurso del deudor insolvente, por «el íntegro» (art. 87.6 LC) y, con independencia de lo anterior, reclamar extraconcursalmente, llegado el vencimiento de la obligación, el cumplimiento de la garantía frente al fiador (art. 1822 del Código Civil).

Si el fiador paga, el artículo 87.6, párrafo primero *in fine* le atribuye a aquel la facultad de «sustituir al titular del crédito», es decir, la clásica «subrogación» prevista con criterios generales en los artículos 1158 y 1210.3.º del Código Civil y, expresamente para el fiador, en el artículo 1839 del mismo texto legal⁵⁴. Efectuado el pago por el fiador, este se subroga en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor (art. 1839 del Código Civil, en los mismos términos que la regla general contenida en el art. 1210.3º del mismo texto legal, frente a la cual no es sino una especificación, que no añade ninguna especialidad, y con el alcance previsto en el art. 1212 del Código Civil). Cuando el fiador paga, cumple una obligación propia y aunque satisface al acreedor del crédito principal no se cumple con la obligación principal (del deudor) que, por ello, subsiste. Se produce, por tanto, una novación subjetiva en la relación obligatoria principal, que proyecta ahora sus efectos sobre el fiador que pagó; la subrogación se produce por ministerio de la ley, aunque el fiador es libre de utilizarla o no.

Por el contrario, nada se dice, en sede concursal, de la otra puerta que se le abre al fiador en caso de haber procedido al pago de su obligación *fideiusoria*: el derecho de reembolso o regreso que, en los términos del artículo 1838 del Código Civil, se le concede al garante frente al deudor principal.

¿Qué derechos y acciones asisten al fiador en el concurso? ¿Qué posición ocupa el fiador en el concurso? ¿Se mantienen vigentes en el concurso los derechos y acciones que el Código Civil concede al fiador en una situación extraconcursal?

C) *El reconocimiento del crédito del fiador como crédito contingente*

La Ley Concursal ha introducido en su artículo 87.3 (igualmente en el art. 87.5 LC) un nuevo concepto que bien puede habilitar el camino para reconocer el crédito del fiador en el concurso: el llamado «crédito contingente».

Podemos plantearnos respecto de ellos varias cuestiones.

La primera de ellas es: ¿qué son «créditos contingentes»? Nada nos dice la Ley Concursal, pero el hecho de que aparezcan unidos a las categorías representadas por los créditos sometidos a condición suspensiva y a los créditos litigiosos nos puede poner sobre la pista. En efecto, el artículo 87.3 de la Ley Concursal se está refiriendo a créditos cuya eficacia concursal está puesta en duda o es meramente eventual, pues dependen de un evento futuro, el cumplimiento de la condición o la clarificación de la titularidad del crédito. Mientras tanto, no debe haber objeción a su constancia en el concurso pues traen causa de una relación jurídica preexistente (la fianza) a la declaración concursal, admitiéndose a sus titulares como acreedores legitimados en el juicio sin más limitaciones que la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro. La identidad de razón con el supuesto del crédito de regreso del fiador es más que evidente. Este será eficaz, nacerá y se materializará ante el pago efectuado por el garante, una vez abierto el concurso, aunque se le excluiría del concurso, como crédito contra la masa⁵⁵; no cabe duda que la relación jurídica subyacente de la que trae causa, la fianza, es previa a su apertura, pues esta existe desde que se perfeccionó y no solo tras el pago que eventualmente tuviera que hacer el fiador, como claramente demuestra la existencia de las denominadas acciones de cobertura descritas en el artículo 1843 del Código Civil⁵⁶.

En segundo lugar: ¿Es que el concepto de crédito contingente coincide plenamente con el concepto de crédito condicional? La respuesta debe ser negativa pues, este concepto de crédito contingente, es más amplio que el de un simple crédito condicional, el que permite ubicar en su seno a todo crédito eventual con causa anterior a la declaración de concurso.

En tercer lugar: Si consideramos que el fiador tiene un crédito contingente ¿podría el fiador comunicar su crédito y en qué concepto? Dando un respuesta afirmativa a nuestra pregunta, admite expresamente esta vía de comunicación del crédito del fiador la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Madrid 22 de marzo de 2005 (AC 2005, 741) al señalar que, «...*el crédito de reembolso que podría haber sido insinuado por el fiador como contingente, antes del pago (art. 87.3)*». Pero, la perspectiva de la cuestión se pierde sino distinguimos dos problemas que son enteramente diversos: la posibilidad de un doble pago y la mera comunicación del crédito del fiador.

Respecto al primero de los problemas, es evidente que no se va a proceder a un doble pago en el concurso por el hecho de que fiador haya comunicado su crédito pendiente el pago (total o parcial). La administración concursal debe velar

para que tal circunstancia no acontezca. Mientras el crédito permanezca en su calificación de contingente ningún dividendo concursal debe recibir. El crédito contingente no puede ser confirmado, ni dar derecho a cobro, mientras siga vivo el crédito del acreedor principal. Es más, la LC establece criterios precisos de preferencia crediticia en los que se opta, siempre, por el pago preferente del acreedor principal, en tanto en cuanto este no vea satisfecho íntegramente su crédito (arts. 160 y 161.3, como manifestaciones concursales de la regla general prevista en el art. 1213 del Código Civil) frente al garante o codeudores solidarios.

Otra cosa bien distinta es la posibilidad de comunicación del crédito «contingente» del fiador. Este, no cabe duda, puede tener especial interés en comunicar su crédito junto al del acreedor principal. Por ejemplo, en el caso de que su crédito de regreso se encuentre especialmente garantizado, y no digamos cuando es el propio acreedor principal el que ni siquiera insinúa su propio crédito⁵⁷. De no permitirse la comunicación y reconocimiento del crédito del garante como «meramente contingente», este, como apunta CARRASCO PERERA⁵⁸, *«quedaría en un limbo de indefinición del que solo saldría por la vía de la subrogación, que, además, no siempre es posible»*⁵⁹.

No parece razonable privar al fiador de la comunicación y reconocimiento de su crédito en el concurso del deudor principal, cuando este en nada perjudicará al acreedor principal, como crédito meramente «eventual» o «contingente», sin perjuicio de neutralizar sus efectos en cuanto a su participación activa en el concurso: derechos de adhesión, de voto y de cobro⁶⁰. Por ello, nos parece razonable bucear en la situación jurídica del fiador para dar una respuesta coherente que explique acertadamente aquella posibilidad de comunicación y reconocimiento.

D) Posición jurídica de los fiadores en la fase de reconocimiento

Si bien la LC habilita a fiadores y obligados solidarios para comunicar el crédito del acreedor principal por ostentar un «interés directo» por haber prestado garantía de su cumplimiento o por haberse obligado a su cumplimiento en régimen de solidaridad con el concursado (art. 85.2), sin embargo, nada se dice sobre la peculiar posición jurídica de aquellos en la fase de comunicación y reconocimiento de los créditos, sobre la base de su condición de titulares de un crédito de regreso frente al concursado y cuya eficacia está condicionada al cumplimiento previo de la obligación principal.

Es tradicional el debate sobre si el crédito de regreso del fiador puede ser comunicado y reconocido en el concurso, constante el crédito del acreedor principal, en virtud de un derecho propio por el fiador en su condición de titular de un crédito condicional. Esta posibilidad de que el fiador pueda directamente comunicar y pedir el reconocimiento de su derecho de regreso suscita opiniones enfrentadas⁶¹.

Y así:

a) Por un lado, con frecuencia se ha señalado la existencia de una prohibición de doble reconocimiento de créditos en el concurso: el eventual crédito de regreso del fiador y el crédito principal. Ambos, se dice, no pueden concurrir, pues son pretensiones financieramente idénticas que solo pueden realizarse alternativamente. Queda impedido, se señala, el reconocimiento del crédito de regreso mientras concorra al concurso el crédito principal, quedando la participación del garante reducida a su subrogación en el crédito principal previa satisfacción del mismo⁶².

En apoyo de esta tesis se señala que, una interpretación sistemática de la norma concursal hace dudar que, bajo el esquema general del reconocimiento de créditos condicionales, el legislador haya tenido la intención de dar cabida a aquellos cuyo origen es una garantía personal, al menos cuando esa garantía consista en un contrato de fianza que presenta concreta mención en el artículo 87.6 LC. ¿Para qué entonces se dice— la previsión específica del artículo 87.6 LC? Dicho precepto contiene una norma especial para el reconocimiento de créditos garantizados con fianza que parece excluir cualquier reconocimiento y calificación alternativa del crédito del fiador, como el que podría producirse al amparo del artículo 87.3 LC. La LC une de manera indisoluble el destino del crédito del fiador, potencial, al crédito del acreedor garantizado y que, en línea de principio, lo previsto por la Ley es el reconocimiento de un solo crédito, el del acreedor garantizado, en cuya posición puede subrogarse posteriormente el garante (el fiador) que, tras la declaración de concurso, hace frente a la obligación de garantía (art. 87.6 LC)⁶³.

b) Por otro lado, se señala en apoyo de la posibilidad de comunicación y reconocimiento del crédito de regreso del fiador, el hecho de que este es titular de un crédito de reembolso contra el deudor (o titular de una expectativa de adquisición del crédito en cuestión) que se encuentra sometido a condición suspensiva y que, por lo tanto, cumplido el evento condicionante podrá ejercer eficazmente su derecho. Mientras tanto, la titularidad condicional del crédito le permitiría insinuarse, con esa condición, en el procedimiento⁶⁴, aunque solo impropiaamente se puede hablar de condición suspensiva⁶⁵.

Pero, al margen de su calificación como crédito condicional tal posibilidad parecería encontrar apoyo hoy en día, además, en lo preceptuado en el artículo 87.3 LC con la inclusión del nuevo concepto de «crédito contingente».

E) El reconocimiento del crédito anterior al pago

La configuración del crédito de regreso como crédito contingente, como hemos visto, supone que tanto el crédito del acreedor principal como el crédito

del fiador van a convivir en el concurso mientras no se produzca el pago íntegro por parte del garante al acreedor. Esta convivencia se consigue mediante el reconocimiento del crédito del fiador como crédito contingente, pero sin cuantía propia y con la calificación que le corresponda según las reglas del artículo 87.6 LC y con la suspensión de los derechos de adhesión, de voto y de cobro (art. 87.3 LC). Mientras no se acredite en el concurso el pago del fiador al acreedor concursal garantizado el carácter del reconocimiento se mantendrá como contingente. Una vez que se produzca dicho pago en su totalidad, de acuerdo con lo preceptuado en el artículo 87.3 y la previsión que ha introducido el apartado 8 del mismo artículo por Ley 38/2011 de Reforma de la Ley Concursal 22/2003, el pago al acreedor producirá la confirmación del crédito de regreso, que pasará de ser contingente a pleno, con el reconocimiento a su titular de todos los derechos concursales que corresponda por su cuantía y calificación. Por lo tanto, en tanto en cuanto no se proceda a su modificación regirá lo dispuesto en el artículo 87.6 a quien se remite el 97.4 3.º de la Ley Concursal: «Cuando proceda la modificación o sustitución del acreedor inicial en la lista de acreedores, se tendrá en cuenta las reglas siguientes para la clasificación del crédito; 3.º En caso de pago por avalista, fiador o deudor solidario, se estará a lo dispuesto en el artículo 87.6»⁶⁶. Es decir, que se reconocerá el crédito del avalista, fiador o deudor solidario por su importe y sin limitación alguna y sin perjuicio de lo preceptuado para el caso de la sustitución, en cuyo caso ejercitada la subrogación del crédito por el fiador, en su clasificación, se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que corresponda al acreedor o al fiador.

F) Reconocimiento y pago parcial del crédito garantizado: concurrencia y preferencia del crédito principal

Asumido que el derecho del fiador que se puede comunicar y reconocer se considera hecho con la contingencia apuntada, la cuestión se centra ahora en saber cómo será el reconocimiento del crédito del fiador en los supuestos en que este haya pagado parcialmente. En este sentido, una cuestión dudosa que surge respecto al crédito afianzado proviene de la posibilidad de que el fiador solo haya pagado parte de la fianza, es decir, que haya pagado solo parcialmente, lo cual conlleva resolver, entre otras cuestiones, el problema de la concurrencia de los créditos y particularmente quién tiene la preferencia del cobro en el concurso de entre el acreedor principal y el fiador.

Una satisfacción parcial del interés del acreedor concursal, anterior o posterior a la declaración del concurso, puede darse en dos situaciones:

1. Que el avalista, el fiador o el codeudor solidario hayan efectuado un efectivo pago parcial y, en consecuencia, no hayan cumplido enteramente la prestación objeto de su respectiva obligación⁶⁷.

2. O puede deberse, cuando se trate de fiadores o avalistas, a que la obligación asumida por el garante fuera de cuantía menor a la de la obligación garantizada de acuerdo con el artículo 1826 del Código Civil («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»), de forma que, aunque este haya cumplido íntegramente su obligación, ese cumplimiento determine solo una satisfacción parcial del interés que el acreedor tiene en el cumplimiento de la obligación garantizada⁶⁸.

En tal caso, como se ha señalado, se produce una concurrencia como créditos actuales, del acreedor principal y del garante, lo que no deja de ser una mera ilusión teórica, ya que el artículo 87.7 se encarga de eliminarla al señalar que: «A solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque este no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda».

El hecho de que la redacción original de esta norma considerara la relevancia de los pagos de terceros a los efectos del reconocimiento de créditos ya indicaba que la misma era aplicable a los casos en que la satisfacción parcial del acreedor se hubiere producido antes de la declaración de concurso, al menos antes de la finalización del plazo para la comunicación de créditos establecido en el artículo 85 de la Ley Concursal. Apreciación que venía corroborada por la dicción del artículo 160 de la Ley Concursal que, al establecer una concreta preferencia en el cobro del acreedor principal, comenzaba haciendo referencia a los pagos realizados «antes de la declaración de concurso». En este sentido, la Ley 38/2011 señala que si «antes de la presentación de los textos definitivos se hubiera cumplido la contingencia, condición o supuesto especial recogido en este artículo, la administración concursal procederá, de oficio o a solicitud del interesado, a concluir las modificaciones que procedan conforme a los apartados anteriores». Garantes y obligados solidarios son ya, antes de ese momento y en virtud de las cantidades pagadas al acreedor concursal, titulares de un crédito frente al concursado que pueden hacer valer, en calidad de derecho de reembolso en el concurso del deudor principal.

Partiendo de la existencia de ambos créditos, por la cantidad satisfecha (garante o codeudor solidario) y por la cantidad aún no cobrada (acreedor principal), la norma consagra, para la fase de reconocimiento de créditos, el principio general según el cual el acreedor tiene derecho a resarcirse por el resto del crédito no satisfecho, derecho que es preferente al que ostentan los sujetos que han realizado un pago parcial frente al mismo deudor⁶⁹, siguiendo la preferencia creditual referida en el artículo 1213 del Código Civil: «... la satisfacción del

acreedor es preferente a la satisfacción de quien hubiera realizado pagos parciales a su favor»⁷⁰. El *solvens* puede regresar parcialmente, pero el acreedor originario es siempre preferente para el cobro de lo que resta por pagar.

El fundamento de la preferencia es obvio: de permitirse que los titulares del derecho de regreso concurren en régimen de igualdad en el concurso con el acreedor primitivo, este corre el riesgo de verse preterido en sus expectativas de cobro del resto del crédito frente a aquellos, con el resultado de que el acreedor que concertó la garantía o a quien la estructura de la obligación beneficiaba con una pluralidad de deudores sea finalmente quien soporte el riesgo de insolvencia del concursado. De ahí que, el acreedor que no satisfaga íntegramente su crédito en el concurso podrá reclamar al fiador la cuota recibida; este no podrá apropiarse de ninguna cantidad si antes no se ha satisfecho íntegramente el crédito principal, cuya satisfacción es preferente⁷¹.

En este sentido, el tratamiento de la fianza en el concurso del deudor exige diferenciar dos situaciones principales en función de la realización o no del pago del garante: Una, aquella en la que, declarado el concurso, el fiador no ha hecho frente a su obligación de garantía, bien porque no ha habido cumplimiento anticipado y la obligación no está vencida, o bien estándolo, el acreedor no ha exigido su cumplimiento, en cuyo caso en estos supuestos la tutela del garante se rige por lo preceptuado en el artículo 87.3 de la Ley Concursal; y Dos, aquella otra en la que el fiador ha cumplido, constante el concurso, su obligación, en cuyo caso resulta de aplicación el apartado de la calificación, el artículo 87.6 LC. Del mismo modo, junto a estas posibilidades, es necesario también prever una tercera situación, que podría llamarse mixta, en la que el acreedor no ha visto completamente satisfecho su crédito por el fiador pero ha recibido un pago parcial, ya sea antes o después de la declaración de concurso. Mientras el pago parcial preconcursal tiene su regulación en los artículos 97.7 y 160 de la Ley Concursal, el pago parcial realizado de forma sobrevenida a la declaración de concurso no está contemplado expresamente en la Ley Concursal⁷².

a) Pago parcial preconcursal

Señalaba ALONSO LEDESMA⁷³ antes de la reforma de 2011 que, sobre la base de una interpretación literal del artículo 87.7 de la Ley Concursal, parece deducirse que el acreedor que haya recibido con anterioridad al concurso un pago parcial de la deuda quedaría legitimado para solicitar en su interés, en todo caso y sin excepción alguna, el reconocimiento del crédito actual del fiador además de la parte de su propio crédito no satisfecha, debiendo solicitar el reconocimiento y consiguiente inclusión en la lista de acreedores por el importe total de su crédito, esto es, tanto de la parte de su crédito no satisfecha como de la totalidad del crédito que por reembolso o cuota de solidaridad correspon-

dería al fiador, avalista o coobligado solidario que realizó el pago parcial y ello no obstante la circunstancia de que el «acreedor en vía de regreso no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda»⁷⁴.

Conforme a esta disposición, y aun partiendo de que el primitivo acreedor no es el titular de los créditos cuyo cobro preferente se le reconoce en virtud del artículo 1213 del Código Civil, este tiene la posibilidad de recuperar en el concurso el resto de su crédito no satisfecho con cargo a los pagos de los créditos que correspondan a fiadores, avalistas u obligados solidarios. Corroborando esta idea, el artículo 160 de la Ley Concursal, en sede de pago de créditos, ya estableció que «el acreedor que antes de la declaración de concurso hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso los pagos correspondientes a aquellos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran el importe total de este»⁷⁵.

La lectura del artículo 87.7 inducía a pensar a la autora mencionada que la inclusión en la lista de acreedores de los créditos correspondientes a los sujetos que han realizado pagos parciales se realizaría a instancia y voluntad del acreedor principal beneficiario de tal reconocimiento. En este caso, estaríamos ante un supuesto de comunicación de créditos realizada por un tercero interesado (art. 85.2 LC)⁷⁶. Sin embargo, no parecía entonces que debiera ser esta la única interpretación correcta de la norma, pues no podría afirmarse con la legislación anterior en la mano que hubiera disponibilidad plena del acreedor principal, a efectos de comunicación y reconocimiento. Y en este sentido ha terminado por manifestarse el tenor literal del nuevo número 8 del artículo 87 que faculta a que la administración concursal, *de oficio o a solicitud del interesado*, pueda incluir las modificaciones que procedan conforme a los apartados anteriores de esta norma.

El artículo 87.7 no impedía que el fiador, que había satisfecho parcialmente el crédito principal, comunicara su crédito, bien bajo su consideración de crédito de reembolso (art. 1838 del Código Civil) o bien bajo la opción de la vía subrogatoria (art. 1839 del Código Civil)⁷⁷. Actuación que, por otra parte, era aconsejable para evitar las consecuencias de la tardía comunicación del crédito (arts. 92.1.º y 158 LC); y actuación lógica cuando el acreedor principal solicitaba solo el reconocimiento de su crédito parcialmente insatisfecho; pero actuación que podía generar conflictos cuando el acreedor principal solicitaba el reconocimiento del crédito de reembolso a su favor⁷⁸, o ambos a la vez.

En estos casos, nos encontrábamos con un supuesto de concurrencia real y efectiva en el concurso del deudor del crédito del acreedor principal y del acreedor en vía de regreso; si bien, sucedía que antes la efectividad de tal comunicación, quedaba en manos del acreedor principal quien, ejercitando la facultad que le concedía el artículo 87.7, podía excluir al garante pagador o al codeudor solidario del proceso concursal, al menos temporalmente y a los solos efectos del cobro, con solo solicitar de la administración del concurso la

inclusión del crédito de regreso o la cuota de solidaridad «a su favor»⁷⁹. Así la consecuencia, según la legislación anterior y teniendo en cuenta la sola existencia del artículo 87.7, era que cuando el fiador hubiere efectivamente comunicado su crédito por la parte de la deuda satisfecha con anterioridad al concurso, el crédito del acreedor principal se podía reconocer en la lista de acreedores por su importe total, y a su favor, como si no se hubiese satisfecho en absoluto⁸⁰; aunque no podía este percibir dentro del concurso más del nominal del crédito reconocido, esto es, sumado el pago parcial recibido con anterioridad a la declaración y los dividendos concursales (art. 160 LC). Quedaba, por tanto, el reconocimiento del crédito a favor del fiador (cuota de reembolso o cuota de solidaridad) en situación de suspenso, en espera para activarse a que el crédito del acreedor principal se hubiera satisfecho en su integridad. Puede decirse que quedaba sometido a condición: la previa satisfacción del acreedor⁸¹.

Esta atribución de la titularidad del crédito del fiador a favor del acreedor principal, a solicitud de este, ha originado diversas calificaciones, desde su configuración como una *titularidad fiduciaria* del acreedor principal que no impide que los créditos se reconozcan a nombre del fiador y este tenga los derechos políticos que le puedan corresponder, pasando por una *adquisición en garantía*⁸², hasta la estimación de una *cesión forzosa del crédito* en garantía del pago concursal⁸³.

No hay duda de que se produce, a los solos efectos concursales, una atribución del derecho del fiador, de un derecho ajeno, con la única y precisa finalidad de dotar de efectividad a la preferencia crediticia establecida específicamente en el artículo 160 de la Ley Concursal y, con carácter general, en el artículo 1213 del Código Civil, lo que implica que el garante pueda seguir disponiendo del crédito de reembolso, que no dejaba de ser de su titularidad, y los derechos a él anexos como pueden ser los de participación y voto en el convenio. Pero, eso sí, tenían excluida la posibilidad de cobro que pertenece con carácter exclusivo y excluyente al acreedor principal que había hecho valer la facultad que le concede el artículo 87.7 de la Ley Concursal⁸⁴.

Nosotros entendemos que lo que genera es una especie de *reserva o salvaguarda legal de cobro* del crédito a favor del acreedor, reserva concursal del crédito, que se mantendrá en tanto en cuanto no haya cobrado la totalidad de su crédito. Esto no impide que el derecho de reembolso o de regreso siga siendo titularidad del fiador, sigue en su patrimonio y es susceptible de transmisión y gravamen por este, pero no podrá hacerlo efectivo, en tanto en cuanto, el acreedor principal no quede satisfecho totalmente en su interés crediticio concursal. Con ello, por una parte, se garantizaba el pago íntegro del acreedor principal aumentando artificialmente el nominal del crédito para incrementar el dividendo concursal y sus expectativas de cobro⁸⁵ y por otro se mantiene la posibilidad de disposición del derecho del fiador. En este sentido, entendemos que ese derecho de cobro está sujeto, en cuanto al concurso, a la condición suspensiva

de que el acreedor principal cobre íntegramente su crédito en el concurso del deudor principal. Por lo tanto, en ningún momento se podría afirmar que nos hallábamos ante una verdadera y propia subrogación en el crédito por reembolso o por cuota de solidaridad. Tal afirmación iría en contra de los principios rectores de la acción subrogatoria recogidos en el artículo 1111 del Código Civil, y, concretamente, contra la exigencia de perseguir los bienes del deudor con carácter previo al ejercicio de la acción, lo que no se exigía en el artículo 87.⁸⁶

No obstante, ¿cabría la posibilidad de que el acreedor principal garantizado con fianza pudiera usar de los derechos que la subrogación le da? Una respuesta afirmativa conllevaría admitir la posibilidad de que, ante una más que posible diversa calificación de cada uno de estos créditos, el acreedor principal pudiera hacer valer, vía subrogatoria, las posibles garantías reales de las que pudiera gozar el crédito de reembolso, en cuyo caso, el acreedor principal podría ejercitar, de un lado, su crédito ordinario por la cuantía no abonada y, de otro, el crédito privilegiado de reembolso del fiador por la cuantía pagada, pues de lo contrario la preferencia recaería sobre el *solvens* garante o codeudor solidario, en contra de lo establecido en el artículo 160 LC y 1213 del Código Civil⁸⁷.

Verdaderamente, solo nos encontramos ante una reserva o salvaguarda legal que conllevaría exclusivamente una preferencia en el cobro que posibilita al acreedor principal dirigirse contra el concurso para cobrar un crédito que no le pertenece, hecho, este último, que nos acerca a la naturaleza de la conocida *acción directa*⁸⁸, que permite que cuando el garante no haya manifestado su intención de concurrir al proceso concursal, bien no comunicando o bien renunciando («aunque este no hubiera comunicado su crédito o hubiese hecho remisión del mismo»), será el acreedor principal el que, amparado en el artículo 85.2 LC, al ser un «interesado en el crédito» y facultado expresamente por el artículo 87.7, pueda solicitar el reconocimiento de dicho crédito a su favor. Con ello, se posibilita el mismo efecto que generaría el ejercicio de una acción pauliana, pero sin tener que ejercitarla e impediría la aparición del supuesto contemplado en los artículos 1291.3.º y 1297 del Código Civil referidos a una posible renuncia de mala fe en perjuicio de tercero⁸⁹.

Por el contrario, ¿qué ocurriría en cuanto al reconocimiento en el caso de que el acreedor principal no comunicara el crédito? A falta de solicitud a la administración concursal, si permanece inactivo y deja transcurrir el plazo de impugnación de la lista de acreedores sin manifestar oposición a la misma, habrá de entenderse que renuncia a la preferencia y que el garante, o, en su caso, el obligado solidario, pueden gestionar su crédito concursal de forma autónoma al acreedor parcialmente satisfecho.

Cuando el fiador paga parcialmente ¿qué crédito es el que se debe reconocer? El crédito que se comunica no es el propio crédito del acreedor parcialmente pagado que pudiera corresponder al fiador por vía subrogatoria. El acreedor parcialmente pagado no puede comunicar como impagado todo su crédito, sino

que la ley le obliga a manifestar que comunica y pide su reconocimiento únicamente de su crédito restante y el crédito de reembolso del codeudor o garante. Pero, tal crédito de reembolso debe existir y deberá probar este crédito. Así, el acreedor que pretenda incluir el crédito de regreso en el concurso tendrá que probar la existencia de este derecho de reembolso en la relación interna, si la administración concursal o el *solvens* lo niegan. Una vez comunicado, beneficia a todos, no solo al acreedor principal que hace valer la facultad del 87.7 (complementada por el art. 85.2 LC), sino también a los titulares originarios del crédito (garantes o codeudores solidarios) que verán su crédito introducido en el concurso a los efectos del artículo 86.1 LC («reconocimiento de créditos por la administración concursal»), pudiendo acceder, en su caso, al sobrante a que diera lugar dicho cobro, como consecuencia de la aplicación del límite establecido en el artículo 160 LC («... tendrán derecho a obtener en el concurso los pagos correspondientes a aquellos, hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de este»).

La misma cuestión puede plantearse a la inversa, es decir, que la comunicación realizada por el garante o codeudor solidario que realizó el pago parcial tenga efectos favorables respecto del acreedor principal que no ejercitó la facultad que le proporcionaba el artículo 87.7. En este supuesto ¿cabría entender que se puede aplicar en este caso el artículo 160, dando la preferencia de cobro al acreedor principal que no comunicó su crédito a tiempo? Entendemos que nada impide la aplicación del artículo 160 por el que se establece la preferencia del «acreedor que, antes de la declaración del concurso, hubiera cobrado parte del crédito del fiador o avalista o de un deudor solidario... sobre los pagos correspondientes a aquellos hasta que sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de este», ya que en ningún momento exige el ejercicio de la facultad prevista en el artículo 87.7; si bien, dicho precepto se encuentra ubicado en sede de liquidación del concurso, por lo que podríamos pensar que no sería aplicable en aquellos supuestos en los que el concurso concluyera con un convenio; pero, en tal caso, siempre podríamos echar mano del artículo 1213 del Código Civil, fundamento último de la preferencia concursal, «El acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito».

De estas consideraciones, podemos sacar las siguientes consecuencias respecto del pago parcial hecho por el fiador⁹⁰:

1. El pago parcial al acreedor por parte del fiador supone la extinción, también parcial, de la obligación del garante, conforme a lo dispuesto en los artículos 1144, 1145. I, 1169.I y 1213 del Código Civil.
2. Este pago parcial concede al fiador un derecho de regreso propio (art. 1838 del Código Civil) y el derecho de subrogarse en la posición del

acreedor (art. 1839 del Código Civil), si bien en este último caso el ejercicio del derecho del garante queda sometido al artículo 1213 del Código Civil que concede al acreedor principal un derecho de preferencia para cobrar el resto del crédito aún pendiente frente al titular del regreso, como igualmente sucede respecto al acreedor concursal de una obligación solidaria, cuyo derecho de cobro del resto del crédito es preferente respecto al derecho del deudor solidario a exigir al resto de codeudores la parte que internamente a cada uno corresponda para reembolsarse de lo que pagó en exceso (art. 1145, I del Código Civil).

3. La situación descrita desde el punto de vista civil tiene su paralelismo en el contexto concursal a través de las reglas de los artículos 87.7 y 160. La norma del artículo 87.7, ubicada en sede de reconocimiento de créditos, parte de la concurrencia en el concurso de los dos créditos parciales y permite, previa la petición del acreedor, la inclusión a su favor no solo del propio crédito que le resta por cobrar frente al deudor, sino también de los créditos de regreso del garante y, en su caso, del obligado solidario⁹¹.

4. Si son créditos anteriores al concurso y de titularidad ajena, que de estar reconocidos tendrán su propia calificación y cuantía en el concurso, de tal manera que el crédito de regreso anterior estará integrado por los conceptos del artículo 1838 del Código Civil, mientras que el crédito correspondiente al deudor solidario comprenderá lo que pagó en exceso sobre la cuota que internamente le correspondiera en cumplimiento de la obligación⁹².

5. El acreedor puede solicitar, de acuerdo con el artículo 87.7, el reconocimiento a su favor de ambos créditos (el suyo y el crédito del garante o del deudor solidario sobre el que tiene preferencia de cobro) con independencia de que estos hayan comunicado esos créditos y de que el montante conjunto de dichos créditos y el del acreedor preferente supere la cantidad que se le adeuda a este tras el pago parcial⁹³.

6. El artículo 87.7 reconoce al acreedor una mera facultad (*a solicitud del acreedor...podrán*), pero si no la ejerce, ello posibilitará una gestión autónoma de los créditos por sus distintos titulares⁹⁴. Y la solución debe de ser la misma si lo que sucede es que el acreedor no tiene reconocido el crédito en el concurso⁹⁵.

7. En caso de que el fiador o el obligado solidario no hayan comunicado sus créditos de regreso, cabría la posibilidad de que el acreedor pueda hacerlo en nombre de estos (art. 85.2 LC) solicitando, al tiempo que comunica su crédito, la inclusión a favor de aquellos sobre los que se extiende su preferencia. Por el contrario, no sería posible cuando, comunicados y reconocidos los créditos de regreso y de reembolso a instancia de sus respectivos titulares, estos se incluyan a favor del acreedor sin que este lo solicite, pues todos los derechos de los créditos de reembolso y regreso, incluido el de cobro, podrían ser ejercidos por sus titulares sin perjuicio de que la preferencia que corresponde al acreedor principal pueda ser hecha valer fuera del concurso en virtud del artículo 1213 del Código Civil.

8. El artículo 87.7 ha de ser puesto en conexión con el artículo 160 de la misma Ley, de tal manera que de esta disposición se deduce que la finalidad de la inclusión del crédito de regreso a favor del acreedor principal es articular concursalmente la preferencia del cobro que le corresponde por el artículo 1213 del Código Civil, resultando que la titularidad del crédito a favor del acreedor principal es meramente instrumental limitada a ejercer la preferencia de cobro⁹⁶.

9. Consecuencia de lo anterior es que, en cuanto no se produzca una cesión del crédito al acreedor y solo se le legitime para el cobro de su crédito hasta la entera satisfacción de su crédito concursal, tampoco se le atribuirán el derecho de adhesión y voto de estos créditos, que seguirán perteneciendo a sus titulares.

10. Si el acreedor consigue en el concurso el cobro de total de su crédito, cesará la preferencia y los titulares de los derechos podrán cobrar el resto de lo que a esos créditos les corresponda en el concurso (art. 160 LC).

Otra cuestión que suscita el artículo 87.7 es la de las distintas calificaciones a que pueden estar sujetos el crédito del fiador y el crédito del acreedor. ¿Podría resolverse las posibles divergencias de calificación por las reglas del artículo 87.6 de la Ley Concursal? La respuesta debe de ser negativa por que al tratarse de un pago preconcursal la norma no resulta de aplicación y como tal pago preconcursal los créditos sobre los que el acreedor puede ejercer la preferencia conservan la calificación que les correspondan en el concurso.

Y así resulta que⁹⁷:

1. Si el crédito del acreedor es de aquellos sobre los que ejerce la preferencia tiene idéntico rango el artículo 160 de la Ley Concursal y despliega toda su virtualidad, ya que permite al acreedor maximizar sus posibilidades de cobro recibiendo la parte correspondiente del crédito del garante o del obligado solidario, siempre que el pago porcentual de su propio crédito no alcance a cubrir el importe de lo debido por el deudor.

2. En caso de que el crédito de reembolso sea de menor rango que el crédito de acreedor parcialmente satisfecho, la aplicación del artículo 87.7 y 160, aunque resulte de menor utilidad para el acreedor, tampoco suscita particulares problemas, porque el crédito de regreso de rango menor no sirve en ningún caso para mejorar la posición del acreedor en detrimento de los acreedores concursales que sean titulares de créditos del mismo rango que el crédito del principal.

3. En cambio, si el crédito de reembolso es de rango superior que el del acreedor y este, a su vez, es subordinado por su especial relación de su titular con el deudor, la regla del artículo 87.7 puede suponer que el acreedor subordinado eluda las consecuencias de esta calificación mediante el ejercicio del derecho de cobro en la posición del titular de regreso.

En este último supuesto, el resultado es contrario a la filosofía del artículo 97.2 de la Ley Concursal⁹⁸, porque, en tal caso, la preferencia reconocida en

el artículo 160 LC permite que un crédito de mayor rango (el crédito de regreso) se sitúe al servicio de la satisfacción del titular de un crédito subordinado (el crédito del acreedor) con el consiguiente perjuicio para el resto de los acreedores concursales. Ello se acentúa al no ser de aplicación el artículo 87.6 de la Ley Concursal por lo que no se neutraliza la distinta posición que el acreedor y garante puedan ostentar en el concurso, por lo que MARTÍN ARESTI⁹⁹ opina que debiera valorarse una aplicación analógica de esta última norma a los efectos de organizar el orden de pago de los créditos en este supuesto.

b) Pago parcial postconcurzal

Si, una vez declarado el concurso, el fiador hace frente a su obligación de garantía, el reconocimiento del crédito garantizado aprovecha al sujeto pagador, quien puede subrogarse por la cuantía así reconocida en la posición del primitivo acreedor concursal conforme establecen los artículos 1210 y siguientes del Código Civil y sanciona, a los efectos del concurso, el propio artículo 87.6 de la Ley Concursal¹⁰⁰. Asimismo ocurrirá, si el pago es realizado entre la declaración del concurso y antes de que transcurra el plazo para la comunicación de los créditos a la administración concursal. Si se realizan después, no hay momento procesal para comunicar el nacimiento del crédito a favor del garante o del deudor solidario, de forma que, a efectos concursales, solo existirá constancia del crédito del acreedor primitivo que haya resultado reconocido en su momento por la cuantía correspondiente. En estas condiciones parece que debe ser el acreedor primitivo quien concurra en el concurso por el total del crédito. En la medida en que las circunstancias del concurso permitan a dicho acreedor cobrar una cuantía mayor que la que resta para su total satisfacción, dicho acreedor debe restituir el exceso a quien realizó el pago parcial.

Alternativamente, y previa acreditación del pago realizado por el tercero ante la administración concursal, el sujeto pagador podrá subrogarse en la posición del acreedor concursal por analogía con el artículo 87.6 LC, sin perjuicio de que la eficacia de esa subrogación quede condicionada a la completa satisfacción del acreedor, de acuerdo con el artículo 1213 Código Civil, que vela esencialmente por impedir que la subrogación se produzca en perjuicio del acreedor principal¹⁰¹.

En este sentido, si el pago parcial al acreedor se produce durante el concurso, regirá lo dispuesto en el artículo 97.4 3.º de la Ley Concursal que remite al artículo 87.6 de la misma Ley en los casos que el pago parcial se haya realizado por avalista, fiador o deudor solidario que haya comunicado su crédito contingente en el concurso. Claro está que, como opina MARTÍN ARESTI, al crédito de fiador se le calificará su crédito de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 87.6, en el sentido que habrá que calificarlo de la manera menos gravosa para el concurso, y al crédito impagado y garantizado por fianza que

corresponda al acreedor principal se le dará la calificación que le corresponda por su naturaleza reconocida en la LC y se le dará la preferencia derivada del artículo 1213 del Código Civil y resulta de la aplicación analógica del artículo 160 de la Ley Concursal¹⁰².

III. COMUNICACIÓN Y RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO GARANTIZADO CON FIANZA EN LOS CONCURSOS MÚLTIPLES

1. LA FINALIDAD DE LA COMUNICACIÓN DE LOS CRÉDITOS AFIANZADOS EN LOS CONCURSOS MÚLTIPLES

Partimos del artículo 85.5 de Ley Concursal que prevé una norma específica en materia de comunicación y reconocimiento de créditos para el caso de concursos simultáneos de deudores solidarios¹⁰³. En tal supuesto, el acreedor o interesado podrá comunicar la existencia de los créditos a la administración concursal de cada uno de los concursos, y en cada escrito presentado se expresará la copia de los escritos presentados en los demás. No se aprecia razón alguna para que la regla sea idéntica en el caso de concursos sucesivos y no meramente simultáneos¹⁰⁴ y ello, evidentemente, cuando el acreedor decida comunicar el crédito a la administración de los concursos abiertos con carácter simultáneo, pues la comunicación simultánea es una facultad del acreedor, quien puede ejercitarla o no. El acreedor no está obligado a dirigir su pretensión frente a todos, solo está limitado hasta la satisfacción total del crédito.

Tal consideración pretende evitar que el acreedor se enriquezca injustamente comunicando un único crédito en los diversos concursos, sin hacer mención a la pluralidad de concursos, pudiendo, con ello, acceder a la duplicidad de cobros y vulnerar lo establecido en el artículo 161.1 de la Ley Concursal (claro complemento de lo establecido en el artículo 1144 del Código Civil) en el que se impide que «la suma de lo percibido en todos los concursos no podrá exceder del importe del crédito».

¿Cabe aplicar estas reglas a los fiadores que concurren en el concurso con otros? Ciertamente que las normas referidas (arts. 85.5 y 161 LC) solo hacen mención de los deudores solidarios, pero el mismo fundamento utilizado para estos es extrapolable a los fiadores o avalistas, cuando estos últimos caen en concurso «simultáneamente» con el deudor principal¹⁰⁵. Incluso frente a aquellos que gozan del beneficio de excusión¹⁰⁶, donde se manifiesta el carácter contingente del crédito que no puede realizarse en el concurso sin la previa excusión del patrimonio del principalmente responsable, que se verán protegidos en sus respectivos concursos por la necesidad de la certificación acreditativa de lo percibido en cada concurso y la puesta en conocimiento a los órganos técnicos de los otros concursos el hecho mismo del pago.

2. SOLUCIONES DE COORDINACIÓN ENTRE LOS DISTINTOS CONCURSOS

Los problemas que se pueden suscitar en este marco son de pura coordinación entre los distintos concursos abiertos de los diversos deudores solidarios, o deudores con patrimonios de refuerzo.

De este modo:

1. El legislador concursal obliga, pero no establece sanción en caso de incumplimiento, a presentar al acreedor, en cada escrito de comunicación, manifestación expresa de si se han efectuado ya, o se piensan efectuar, el resto de las comunicaciones, «acompañándose en su caso copia del escrito o de los escritos presentados y de los que se hubieran recibido» (art. 85.5).

2. La administración concursal debe aplicar lo establecido en el párrafo segundo del artículo 161 de la Ley Concursal en el que se establece que «podrá retener el pago hasta que el acreedor presente certificación acreditativa de lo percibido en cada concurso, debiendo poner en conocimiento de los mismos órganos técnicos de los otros concursos el hecho mismo del pago»¹⁰⁷; pero, para su correcta aplicación, la administración concursal debe conocer la realización de la doble o múltiple comunicación realizada por el acreedor, lo que no siempre sucede. Habría que preguntarse, en caso de concurso múltiple, ¿qué administración concursal decidirá pagar primero?, intentando mantener el mayor activo posible, ¿no esperarán a que se le presente la certificación acreditativa de lo percibido en cada concurso?

3. CUANTÍA POR LA QUE HABRÁ QUE COMUNICARSE EL CRÉDITO EN CADA UNO DE LOS CONCURSOS

El artículo 85.5 no hace referencia a que la comunicación lo sea por la totalidad del crédito; no obstante, la regla de la comunicación plena no ha admitido discusión en nuestra doctrina¹⁰⁸.

El acreedor, independientemente de que pueda dirigirse contra los codeudores (o garantes) no concursados, podrá solicitar el reconocimiento íntegro de su crédito en todos los concursos abiertos hasta obtener la satisfacción total del mismo. De lo contrario, señalaba RAMÍREZ¹⁰⁹ bajo la legislación derogada, podría darse la siguiente paradoja: «si ascendiendo la deuda a 100, y habiendo —por ejemplo— cobrado de las anteriores 60, se le obligase a presentarse en la última como acreedor solo por 40, y tuviese que contentarse con un 25% en la distribución, resultaría que solo cobraría 10, que unidos a los 60 harían 70, y perdería 30; cuando considerándolo acreedor por los 100, hubiera cobrado 25 y no perdería más que 15». La propia finalidad del concurso, identificada en la Exposición de Motivos de la LC con la mejor tutela del crédito, y, consiguien-

temente, con el intento de satisfacer íntegramente al acreedor, hacen congruente la aseveración anterior de considerar que la comunicación en los distintos concursos es por el íntegro¹¹⁰, tal y como se puede derivar de lo manifestado en el artículo 87.6: «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».

Todo ello sin que, al tiempo, un pago parcial postconcursal suponga una disminución del crédito comunicado y reconocido. Y sin que el codeudor solidario (o garante, concursado o no) pagador parcial pueda obtener el pago en los concursos del resto de los codeudores (solidarios o garantes) mientras el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho, pues su crédito siempre permanecerá, hasta la total satisfacción del acreedor principal, con el carácter de contingente.

Si el pago parcial se ha realizado con anterioridad a la declaración del concurso, el deudor solidario (o garante que aporta un patrimonio de refuerzo) se convierte en acreedor actual por la parte satisfecha y el acreedor principal mantiene su derecho por la parte restante del crédito no satisfecha. Como créditos preconcursales que son, ambos podrán ser reconocidos en el concurso abierto¹¹¹. Pero, siempre teniendo igualmente en cuenta que el artículo 160 LC viene a señalar que: «El acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquellos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de este». Norma concursal similar a la establecida en el artículo 1213 del Código Civil¹¹², y por la que se establece una clara preferencia a favor del acreedor satisfecho parcialmente sobre aquel pagador que se ha subrogado en ese pago parcial, que impide, en sede concursal, cualquier cobro del codeudor solidario (o garante), pagador parcial preconcursal, hasta no se haya dado plena satisfacción al crédito del acreedor que será quien se haga con los pagos correspondientes a aquellos¹¹³. Existe, junto a una especie de bloqueo de la acción de regreso hasta que el acreedor principal quede satisfecho por entero, una clara apropiación de la cuota de reembolso del codeudor o garante.

4. CONSECUENCIAS DEL PAGO POSTCONCURSAL

Mayores problemas presenta el pago postconcursal, ya que, en tal caso, el crédito del codeudor solidario o del fiador y el crédito del acreedor podrían llegar a participar a la par en el concurso, y si este último no se puede ver disminuido de manera automática por la existencia de dicho pago parcial, no puede ser admisible que un crédito aparezca como reconocido en el concurso por duplicado, íntegro a favor del acreedor y parcial a favor del pagador (codeudor solidario o garante, concursado o no), de ahí la dicción del artículo 161.3 de

la Ley Concursal: «El deudor solidario concursado que haya efectuado pago parcial al acreedor no podrá obtener el pago en los concursos de los codeudores mientras el acreedor no haya sido íntegramente satisfecho»¹¹⁴.

Idéntica solución debería apreciarse en los casos en los que el codeudor solidario (o garante) tiene limitada su responsabilidad al pago postconcursal efectuado, en cuyo caso las normas protectoras de la satisfacción íntegra del acreedor (arts. 1213 del Código Civil y 161.3 LC) impiden la confirmación de su crédito.

Problema distinto se suscita cuando el pago se realiza fuera del concurso, antes o después de su declaración, pues la administración concursal no puede controlar tal situación. En dicho supuesto, una vez constatado el pago en exceso del concurso es factible que la administración concursal aplique el artículo 1842 del Código Civil: «Si el fiador ha pagado sin ponerlo en noticia del deudor, y este, ignorando el pago, lo repite por su parte, no queda al primero recurso alguno contra el segundo, pero sí contra el acreedor».

III. NORMAS SOBRE EL RECONOCIMIENTO DEL CRÉDITO EN EL CONCURSO DEL FIADOR

La Ley Concursal contiene normas aplicables al caso de que el afectado por el concurso sea el fiador. En este supuesto debemos distinguir si el fiador gozaba del beneficio de excusión o no. Así, tratándose de un fiador que goza de beneficio de excusión (art. 1830 del Código Civil), el crédito que el acreedor tiene contra él podrá ser reconocido en el concurso según la regla general del artículo 87.5 de la Ley Concursal: «Los créditos que no puedan ser hechos efectivos contra el concursado sin la previa excusión del patrimonio del deudor principal se reconocerán como créditos contingentes mientras el acreedor no justifique cumplidamente a la administración concursal haber agotado la excusión, confirmándose, en tal caso, el reconocimiento del crédito en el concurso por el saldo subsistente». Esta norma es de aplicación a los concursados obligados subsidiariamente con beneficio de excusión sobre el patrimonio del deudor principal, realizándose la confirmación de estos créditos por el saldo que corresponda y estando condicionada a la justificación frente a la administración concursal del cumplimiento de la contingencia, por no haber bienes en el patrimonio del deudor principal para hacer frente al pago del total de la deuda. Mientras tanto, por su condición de contingentes, no gozan de los derechos de voto, de adhesión y de cobro (art. 87.3 LC).

En cambio, especial régimen se da en el caso de fiador solidario. En este supuesto, el régimen concursal del crédito que frente a él tiene el acreedor se sujeta a las normas de la comunicación de créditos en los concursos simultáneos de deudores solidarios y pago de esos créditos que contiene los artículos 85.5 y 161 de la Ley Concursal.

De ellas podemos señalar las siguientes consideraciones:

1. El fundamento de la norma contenida en el artículo 85.5 LC es la misma que configura el artículo 1144 del Código Civil, que reconoce al acreedor la facultad de reclamar el total crédito a cada uno de los deudores solidarios hasta la satisfacción de lo adeudado, ya sea separada o simultáneamente y ya se encuentren ellos o no en la situación de concurso¹¹⁵ y la norma puede aplicarse también si solo está en concurso uno de los deudores y los demás son deudores *in bonis*¹¹⁶.

2. La facultad dimanante del artículo 85.5 de la Ley Concursal concede al acreedor el derecho a comunicar el importe total del crédito en los concursos de cada uno de los deudores, debiendo informar a las distintas administraciones de los concursos de este proceder.

V. LOS EFECTOS EXTRACONCURSALES DEL RECONOCIMIENTO DE CRÉDITOS

Cuando un crédito ha sido incluido o excluido de la lista provisional de acreedores confeccionada por la Administración concursal, sin que tal exclusión o inclusión haya sido objeto de impugnación, surge la cuestión si en tales casos cabe que el deudor o el acreedor puedan plantear, después y fuera de concurso, la posibilidad o no de su existencia y cuantía.

Sobre esta posibilidad hay que hacer las siguientes puntualizaciones: 1. Claro es que se refiere a los supuestos en que no haya habido sentencia recaída en un incidente concursal incoado al amparo del artículo 96.1 de la Ley Concursal, pues en estos casos la sentencia firme dictada por el juez del concurso tiene fuerza de cosa juzgada (*ex art. 196. 4 LC*) y, en consecuencia, excluye un ulterior proceso con el mismo objeto que lo ha sido el incidente concursal; 2. La cuestión carece de transcendencia en los casos en que el concurso concluya por la inexistencia de bienes y derechos del deudor concursal (*ex art. 176.1.4.º LC*).

Aquella situación, en la que se hubiera incluido o excluido de la lista provisional de acreedores un crédito, no parece que pueda impedir que, tanto el acreedor que no fue incorporado a ella como en el supuesto que incluido un crédito no fue impugnado por el deudor, se pueda exigir —judicial o extrajudicialmente— el pago del mismo en los términos aprobado por el convenio y cumplido o, en su caso, el deudor pueda reclamar del acreedor ilegítimo aquello que hubiera percibido del concurso. Por lo tanto, la respuesta a la posibilidad del reconocimiento de créditos extraconcursoales debiera ser afirmativa, ya que la lista confeccionada por la Administración concursal no tiene efectos constitutivos ni extintivos de los derechos de créditos a cargo de la entidad declarada en concurso y, ello, sin prejuzgar los efectos que la declaración de concurso

produce sobre los créditos en el seno del concurso¹¹⁷ y así lo ha acreditado la mejor doctrina¹¹⁸.

NOTAS

¹ RAMÍREZ, en *La quiebra* (T.I), Barcelona, 1998, 2.^a ed. p. 378, decía que la fase de verificación tenía como finalidad «determinar y clasificar los diferentes créditos contra el deudor, a fin de constituir la llamada masa pasiva de la quiebra».

² Como señala FRIGOLA RIERA, A., en Reconocimiento de créditos, *Enciclopedia de Derecho Concursal (Tomo II)*, 2012, p. 2507 «la fase de verificación se iniciaba una vez que el juez de la quiebra fijaba un plazo que no podía ser superior a sesenta días y en el los acreedores debían presentar a los Síndicos los títulos originales justificativos de sus créditos. Dentro de los ochos días siguientes a la expiración del plazo fijado judicialmente para la comunicación de créditos, los Síndicos debían formar u «estado general de créditos», sobre la base de los documentos que se hubieran presentado a comprobación. Debía hacerse constar un informe individual sobre cada crédito en función del resultado obtenido en virtud del cotejo de los documentos aportados con los libros y documentos de la quiebra, así como con las demás noticias que hubiesen llegado a su conocimiento (arts. 1103 y 1104 CCom de 1929)».

³ Era preciso alcanzar la mitad más uno del número de votantes que representen, además, al menos las tres quintas partes del total del pasivo del deudor (arts. 1101 y 11015).

⁴ Señala FRIGOLA RIERA, en *Reconocimiento...* p. 2507, que era tal la importancia del referido documento que «la doctrina lo calificó como la misión más delicada e importante que se confiaba a los interventores».

⁵ SAGRERA TIZÓN, J.M., en *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos* (vol. II), Barcelona 1989; p. 116.

⁶ FRIGOLA RIERA, A., en *Reconocimiento...* cit., p. 2510. En cuanto al derecho-deber, del artículo 21.1.5.º LC, es individualizada puesto que solo alcanzará a aquellos acreedores que consten en la lista de acreedores que haya facilitado el deudor para la solicitud del concurso, ya que difícilmente podrá tener la administración conocimiento de otros créditos; y es limitada por que no tiene efectos para producir ninguna modificación en el plazo legalmente habilitado para la comunicación de créditos. Plazo que entendemos es un plazo de caducidad, que se inicia inexorablemente y finaliza una vez cumplido, si la posibilidad de prórroga alguna, sin perjuicio de los supuestos especialmente establecido en la Ley para la comunicación extemporánea. En cuanto a la obligación de la Administración concursal de tomar en consideración los libros y documentos del deudor, tiene como finalidad asegurar que la lista de acreedores concursales refleje exactamente el pasivo del deudor concursado a fin de que aquella pueda valorar todos los créditos que resulten de los libros y documentos (art. 86.1 LC), siendo una obligación separada e independiente de la obligación de los acreedores de comunicar su crédito. Obligación que está en relación, por una parte, con el deber del deudor de colaborar con la Administración concursal (art. 42 LC) y, por otra, de poner «a disposición de la Administración concursal los libros de llevanza obligatoria y cualesquiera otros libros, documentos y registros relativos a los aspectos patrimoniales de su actividad profesional o empresarial» (art. 45.1 LC). En cuanto a la obligación complementaria de la Administración concursal de tomar en consideración aquellos otros créditos que *por cualquier otra razón constaren en el concurso*, es una obligación que funciona como una cláusula de cierre a los efectos del reconocimiento de aquellos otros supuestos de créditos recogidos en la Ley Concursal, como por ejemplo el supuesto de los créditos *asegurados con garantía real inscrita en registro público* (art. 86.2 LC). Con ello, se persigue que, en cumplimiento de lo dispuesto en la Exposición de Motivos, en la fase común se alcance el más exacto conocimiento del estado patrimonial del deudor concursado a través de la determinación de la masa activa y pasiva.

⁷ La Ley concursal regula como *reconocimientos forzosos de créditos* aquellos cuyos reconocimientos vienen determinados, o por el título o por el registro en que se encuentran incorporados o por las características del acreedor. El artículo 86.2 LC regula estos supuestos: 1. Créditos que hayan sido reconocidos por laudo o por resolución procesal, aunque no fueran firme; 2. Créditos que consten en documento con fuerza ejecutiva; 3. Créditos reconocidos por certificaciones administrativas; 4. Créditos asegurados con garantía real inscrita en registro público; y 5. Créditos de los trabajadores, cuya existencia y cuantía resulten de libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. Sin embargo, la obligación que la Ley impone a la Administración concursal del reconocimiento forzoso de determinados créditos no supone la obligación de aquietarse también con su existencia, pero si la Administración concursal dudare de la veracidad del crédito sujeto a reconocimiento forzoso, puede discutirlo fuera del concurso (art. 86.2.º LC) y en el cauce que en cada caso corresponda, estando asimismo legitimada tanto para impugnar los convenios como procedimientos arbitrales en caso de fraude, según lo previsto en el artículo 53.2 LC. No están incluidos en los supuestos de reconocimiento forzoso de créditos los derivados de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaria y del Cheque. Distinto de los supuestos de reconocimientos forzosos regulados en la Ley, son los casos en que la Administración concursal esta obligada a incorporar determinados créditos a la lista de acreedores. Es el caso contemplado en el artículo 86.3 LC, consistente en aquel supuesto de hecho en que la Administración concursal detecta, durante su labor de comprobación del pasivo del concursado, la existencia de créditos concursales públicos que no han sido declarados o liquidados por el deudor, con infracción de sus obligaciones. En estos casos, el artículo 86.3 LC impone a la Administración concursal que hubiere descubierto este hecho, por una parte el deber de incorporarlo a la lista de acreedores y, por otra, el deber de cumplimentar —en caso de suspensión de facultades del deudor— las declaraciones o autoliquidaciones que debieron haber sido presentadas por el deudor concursado. En caso de intervención esta obligación continúa siendo del deudor.

⁸ En cuanto a los créditos de Derecho público, en un principio la Ley Concursal consideró, como regla general, que los créditos públicos que resultasen de la actuación inspectora de la Administración Pública, aún cuando fueren conocidos tardíamente o no comunicados oportunamente, se exceptuaba de la calificación de subordinado. La cuestión controvertida se plantaba con respecto a aquellos créditos públicos cuya existencia no podía ser puesta en conocimiento del concurso antes de la confección de lista de acreedores por que su existencia estaba pendiente de procedimientos de comprobación o de inspección. Para solventar esta duda, se hizo necesario, en esta materia, la modificación del artículo 87.2 LC mediante el Real Decreto-Ley 3/2009, de 27 de marzo, que incorporó la solución a esta cuestión al disponer que: *«los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta su cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les correspondan con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía»*. La misma solución de reconocimiento de crédito contingente se daría en aquellos supuestos en que la Administración no pueda liquidar la deuda por haber mediado denuncia o querella, pues en estos casos, al tenerse que suspender el procedimiento administrativo de acuerdo con el artículo 180 LGT y al igual que para el caso anterior, se reconocerán dichos créditos como contingentes hasta su reconocimiento definitivo por sentencia judicial. Esta solución esta en sintonía con lo preceptuado en el artículo 97 LC que permite la modificación de los textos definitivos cuando después de la presentación de los mismos se inicie un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal.

⁹ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Madrid de 25 de mayo de 2005 (AC 2005, 976); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Oviedo (AC 2008, 810) y 23 de mayo de 2007 (AC 2008, 405); sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Santander de 28 de marzo de 2007 (JUR 2007, 368562); y sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 5 de Madrid de 23 de enero de 2009 (JUR 2009, 129238).

¹⁰ Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona de 27 de febrero de 2006 (AC 2006, 128); del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Bilbao de 3 de marzo de 2006 (AC 2006, 406); Del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Alicante de 18 de noviembre de 2009 (AC 2010, 59).

¹¹ FRIGOLA RIERA, A., en Reconocimientos... *cit.*, p. 2514.

¹² Así, la Ley 38/2011 admite la posibilidad de reconocer como créditos concursales: 1. Aquellos que hayan sido comunicados hasta la presentación de los textos definitivos (*ex art. 96 bis apartado 1 LC*), si bien con efectos sobre su calificación ya que se reconocerán como créditos subordinados, salvo que el acreedor justifique no haber tenido antes conocimiento de su existencia; 2. Se contempla la posibilidad de modificar la lista definitiva de acreedores concursales surgida después del trámite de impugnación previsto en el artículo 96 LC, permitiendo el reconocimiento de nuevos créditos ignorados hasta entonces; 3. El apartado 3 del artículo 97 LC incorpora algunos supuestos de reconocimiento de nuevos créditos concursales posteriores a la presentación de los textos definitivos: a) cuando se ponga de manifiesto en virtud del inicio de un procedimiento administrativo de comprobación o inspección del que pueda resultar créditos de Derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos; b) cuando se pongan de manifiesto en virtud del inicio de un proceso penal o laboral que pueda suponer el reconocimiento de un crédito concursal; 4. El artículo 92.1.º LC permite, asimismo, el reconocimiento de créditos concursales aun cuando su comunicación no se haya llevado a cabo sino con la demanda incidental de impugnación de la lista de acreedores concursales, por lo que será el juez quien podrá acordar la inclusión en la lista de acreedores concursales del crédito impugnado. Por lo tanto, la Ley Concursal atribuye, en primer lugar, a la Administración concursal la competencia para decidir sobre la inclusión o la exclusión en la lista de acreedores de todos los créditos que ha sido puesto de manifiesto en el concurso por cualquiera de las vías previstas en la Ley. La decisión deberá tomarse por aquella en base a los documentos relativos al crédito que obren en su poder, cotejando la documentación remitida por acreedor o que por cualquier otro medio haya llegado a su poder, con los datos que obren en el concurso, y valorado su coherencia y su legitimidad. Para ello, la Administración concursal podrá utilizar los medios que considere adecuados con el fin de confirmar la existencia de tales créditos. Quienes no estén de acuerdo con la inclusión o la exclusión, la cuantificación o la calificación de los créditos siempre tendrán en su mano la posibilidad de la impugnación por la vía del incidente concursal (art. 96 LC).

¹³ FRIGOLA RIERA, A., en Reconocimiento... *cit.*, p. 2518.

¹⁴ Sin embargo, la incertidumbre que pende sobre su existencia final aconseja que se adopten determinadas previsiones en atención a la posibilidad de que la condición resolutoria se vea finalmente cumplida. En este sentido, el artículo 87.1 LC dispone que tales créditos sea reconocidos con atribución a sus titulares de la totalidad de los derechos que la Ley Concursal concede a los acreedores concursales y, por lo tanto, el acreedor concursal titular de un crédito sometido a condición resolutoria gozará de los mismos derechos que cualquier otro acreedor concursal y, en consecuencia, tendrá los derechos de adhesión y de voto a propuestas de convenio, de cobro de su crédito, etc. Por el contrario, si la condición se cumple la ley dispone que *«podrán anularse, a petición de parte, las actuaciones y decisiones en el que el acto, la adhesión o el voto del acreedor condicional hubiere sido decisivo»* (art. 87.1 LC). Ello supondría la anulación de todos aquellos actos en que hubiera intervenido el acreedor bajo condición resolutoria. Pero para que esto suceda será necesario —como pone de manifiesto FRIGOLA RIERA— que se den dos requisitos: 1. Que en el acto o decisión haya intervenido, adherido o votado el acreedor titular del crédito bajo condición resolutoria; y 2. Que la actuación, adhesión o voto del acreedor titular bajo condición resolutoria haya sido decisiva. Por lo tanto, como los actos que realizan los acreedores bajo condición resolutoria están sometido a una cierta fragilidad y dada la transcendencia que puede derivarse de la actuación de aquellos ya que pueden condicionar la esencia del concurso, es por lo que el legislador, previendo esta situación, dota al juez del concurso para que, a petición de parte, si lo considera oportuno acuerde las medidas cautelares que crea pertinente (art. 87.4 LC), y

todo ello sin perjuicio de que de que cumplida la condición el acreedor restituya las cantidades percibidas a cuenta de su crédito a la masa activa (art. 87.1 LC).

¹⁵ BERCOVITZ, R., en *Comentarios a la Ley Concursal*, Madrid 2004, pp. 1027-1028.

¹⁶ Así lo considera la doctrina que afirma que: «el acreedor también podrá solicitar de juez del concurso cualquier otra medida que considere idónea para asegurar su pretensión cuando sea probable la verificación de la condición (art. 87.4. Entre ellas podría incluirse la autorización para votar en junta o adherirse a la propuesta anticipada de convenio» ROJO, A., y BELTRÁN, E., en *Comentario de la Ley de competencia desleal*; Civitas; Madrid (2004); p. 1567.

¹⁷ Normalmente partían para sostener esta interpretación de que había créditos que debían ser incluidos necesariamente por la Administración concursal pues así lo disponía la Ley. Como ejemplo de ellos se señalaban a los créditos de los trabajadores de la entidad concursada, los créditos reconocidos por sentencia, entre otros. SASTRE PAPIOL, SEBASTIÁN, en los *Comentarios a la Ley Concursal*, AAVV, coordinada por J. M. Sagrera Tizón y otros, tomo 2, p. 1068.

¹⁸ SAP Sección 28 de Madrid de 22 de febrero de 2007: «Todos los acreedores deben de insinuar sus créditos en el plazo de un mes (...). No están exentos de atender a este llamamiento los acreedores laborales de la entidad concursada, si bien el legislador (...) impone a la administración concursal, reciban o no solicitud al efecto, la obligación de incluir en la lista de acreedores los créditos de los trabajadores cuya existencia resulten de los libros y documentos del deudor o por cualquier otra razón consten en el concurso. En el mismo sentido, la sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2007 (Ponente Ilmo. Sr. D. Enrique GARCÍA GARCÍA) considera que el crédito para que sea reconocido es preciso que previamente sea conocido, ya sea porque exista constancia del mismo en el concurso por cualquier razón, ya porque esta constancia derive de la comunicación efectuada por el propio acreedor. Con similares argumentos se pronuncia la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid de fecha de 17 de septiembre de 2007 (Ilmo. Sr. D. Antoni FRIGOLA RIERA) que considera que también soporta la carga de comunicar aquellos cuyos sus créditos hayan sido reconocido por sentencia: «(...) los titulares de créditos reconocidos en sentencias también soportan la carga de comunicar sus créditos».

¹⁹ GARRIDO, J. M.², en *Tratado de las preferencias...*, cit., p. 651.

²⁰ Donde eran los síndicos quienes elaboraban la propuesta de reconocimiento y graduación de los créditos y la junta de acreedores, convocada con carácter especial para el examen y reconocimiento o para la graduación de los créditos, deliberaba sobre aquella y en su caso la aprobaba siendo, posteriormente, aprobado el acuerdo por Auto judicial.

²¹ La Ley, en su originaria redacción, otorgaba a los acreedores el plazo de un mes desde la última de las publicaciones obligatorias para comunicar a la administración concursal la existencia de sus créditos. Pero, aunque pareciera que el plazo es a todas luces esencial de tal manera que transcurrido no se podría modificar la lista de acreedores, y sin perjuicio de su posible prórroga al amparo del artículo 74.2 o de los casos de la reducción del plazo en el procedimiento abreviado de acuerdo con el artículo 191, el concurso no finaliza transcurrido dicho plazo ya que la administración concursal tiene dos meses desde que se produzca la aceptación del cargo de dos administradores para la presentación del informe que debe aportar al Juzgado, como documento unido, a la lista de acreedores y, en consecuencia, materialmente es posible comunicar a la administración concursal la existencia de créditos con posterioridad al transcurso de un mes fijado por los artículos 21.1.5.º y 85.1.

²² ALONSO LEDESMA, C. en *Derecho concursal*, AAVV dirigido por García Valverde y otros, Madrid, 2003, p. 390.

²³ VILLORIA RIVERO, I., en ¿Tiene la administración concursal obligación de reconocer determinados créditos, aun cuando su titular no los haya comunicado en tiempo y forma?, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 3, 2005, p. 312.

²⁴ Sin embargo, la reforma operada por el Real Decreto-ley de 2009 supuso una modificación con arreglo a la calificación de subordinados, ya que introdujo en el artículo 87.2

la salvedad respecto a los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas que resultaren de procesos de la comprobación o inspección, imposibilitando su subordinación tardía «Por el contrario, los créditos de derecho público de las Administraciones Públicas y sus organismos públicos que resulten de procedimientos de comprobación o inspección se reconocerán como contingentes hasta la cuantificación, a partir de la cual tendrán el carácter que les corresponda con arreglo a su naturaleza sin que sea posible su subordinación por comunicación tardía. Igualmente, en caso de no existir liquidación administrativa, se clasificarán como contingentes hasta su reconocimiento por sentencia judicial, las cantidades defraudadas a la Hacienda Pública y a la Tesorería General de la Seguridad Social desde la admisión a trámite de la querrela o denuncia».

²⁵ El artículo 95.1.1.º LC, en su redacción original, imponía a la administración concursal la comunicación personal a los interesados cuyos créditos hubiese sido excluido por cuantía inferior a la comunicada o con calificación distinta a la pretendida indicándoles estas circunstancias. Además, la norma disponía que debían señalarles un plazo de diez días desde su recibo para formular las reclamaciones que tuvieren por conveniente. Al señalar el plazo para recurrir el artículo 96.1 de la LC se olvidó de lo que decía el apartado 1 del artículo anterior y fijaba el *dies a quo* en relación con la comunicación del apartado 1 del artículo 95, que a su vez se remitía al artículo 23, en el que se regulaban pluralidad de comunicaciones mediante anuncios y edictos... En la redacción dada al artículo 96.1 LC por el Real Decreto-ley 3/2009, el artículo 96 LC dispone: «las partes personadas podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores, dentro del plazo de diez días a contar desde la notificación a que se refiere el apartado 2 del artículo anterior, a cuyo fin podrá obtener copia a su costa. Para los demás interesados el plazo de diez días se computará desde la última publicación de las previstas en el artículo anterior». A su vez, el artículo 95.2, tras la supresión del apartado 1 en la redacción dada por el Real Decreto-ley 3/2009, dispone: «2. La presentación al juez del informe de la administración concursal y de la documentación complementaria se notificará a quienes se hayan personado en el concurso en el domicilio señalado a efectos de notificación y se publicará en el Registro Público Concursal y en el tablón de juzgado. 3. El juez podrá acordar, de oficio o a instancia de interesado, cualquier publicidad complementaria que considere imprescindible, en medios oficiales o privado».

²⁶ Sentencia de la Sección 8 de la Audiencia Provincial de Alicante de 18 de octubre de 2007 (Ponente Ilmo. Sr. D. Luis Antonio SOLER PASCUAL).

²⁷ YANES YANES, en Comentarios..., *cit.*, p. 3403. En este mismo sentido se manifiestan la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Alicante de 13 de abril de 2007; la sentencia de 31 de julio de 2007, también del mismo juzgado y la sentencia de 9 de octubre de 2006 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Cádiz. Por el contrario, otras resoluciones sostienen que se trata de dos supuestos distintos, así la sentencia de 25 de mayo de 2005 del Juzgado de lo Mercantil número 1 de Madrid, la sentencia de fecha 12 de noviembre de 2007 del Juzgado de lo Mercantil de Málaga y la sentencia de la Sección 4 de la Audiencia Provincial de La Coruña de 12 de febrero de 2008. En todas ellas los identifican y asimilan a los créditos extemporáneos.

²⁸ ETXARANDIO HERRERA CUEVAS, Edorta., en Sobre la posibilidad de plantear expirado el plazo para impugnar la lista de acreedores, pretensiones de modificación del contenido de la misma, *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 7-8, año 2007, pp. 209 y sigs.; GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en Algunas cuestiones... *cit.*, pp. 248 y 249.

²⁹ Este fue el criterio seguido en el II Congreso Mercantil donde mayoritariamente se defendió la tesis de que «a los efectos del concurso el crédito extemporáneo ha desaparecido, y por tanto el acreedor pierde el derecho a ser reintegrado con cargo a la masa activa, y queda privado de todos los derechos que el reconocimiento del crédito le conferiría en el concurso». Se decía que una cosa es que los créditos extemporáneos, por efecto de la preclusión, no puedan ser reconocidos e introducidos como tales créditos en la lista, y otra que ese crédito, por el hecho de que no haya sido comunicado en tiempo, quede extinguido.

³⁰ GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones... cit.*, p. 248.

³¹ Esta fue la solución que mantuvo la sentencia de 25 de marzo de 2008 del Juzgado de lo Mercantil número 4 de Barcelona (Ilmo. Sr. Luis Rodríguez Vega).

³² VILARUBIAS, FELIO, en *Libro Homenaje a Manuel Olivencia*, tomo IV, p. 4797.

³³ GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones... cit.*, pp. 250-251.

³⁴ REVILLA MANCHÓN, F., en El fraude a los principios concursales, *Anuario de Derecho Concursal*, núm. 9/2006 pp. 203 y sigs.

³⁵ En este sentido se manifiesta la sentencia de la Sección 28 de la Audiencia Provincial de Madrid de 22 de febrero de 2007.

³⁶ Fue la tesis propugnada en el II Congreso de Derecho Mercantil.

³⁷ GIMENO-BAYÓN y GIMENO VALENTÍN-GAMAZO, en *Algunas cuestiones... cit.*, p. 252 opinan que esta solución no esta exenta de crítica: 1) La Ley Concursal no regula un trámite singular de reconocimiento de créditos comunicados extemporáneamente; 2) Pero si se admite esta posibilidad y se acepta que pueda realizarse dentro del concurso, no se ve la razón para que no puedan ser reconocidos o rechazados por la administración concursal siguiendo los mismos trámites que con los créditos comunicados en tiempo, y solo en caso de rechazo tendría justificación acudir al litigio; 3) En este caso, es al deudor y no a una supuesta masa pasiva a quien afectaría la reclamación, por lo que deberá este oponerse o no al reconocimiento del crédito y quien podrá oponerse a los efectos del convenio, a tenor del artículo 178.1 LC; 4) No parece muy convincente la posibilidad de sentencias con eficacia condicionada ni que el juez del concurso deba ganar competencia funcional para la ejecución de sentencias una vez finalizado el concurso y fuera de él.

³⁸ VEIGA COPO, A., en *La verificación de créditos en el concurso*, 2009, p. 503.

³⁹ SAP de Pontevedra de 4 de diciembre de 2008 (AC 2009, 1911).

⁴⁰ MARTÍN ARESTI, P., *Garantías personales...*, p. 1611.

⁴¹ CORDERO LOBATO, E., *Comentarios a la Ley Concursal* [Coord. R. Bercovitz], vol. 1, 2004, p. 1034; CARRASCO PERERA, A., *Los derechos de garantía...*, 3.^a ed. 2009, pp. 316-317.

⁴² Sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Bilbao de 30 de junio de 2010 (AC 2010, 1081) y SAP de Barcelona de 18 de diciembre de 2008 (JUR 2010, 47923).

⁴³ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., *Comentarios de la Ley Concursal* [A. Rojo y E. Beltrán, dir.], I, 2004, pp. 1570-1571.

⁴⁴ GALLEGO SÁNCHEZ, A. M.^a: La formación de la masa pasiva. *Derecho Concursal*, 2012, p. 375 considera que: «Si nos encontramos ante el supuesto de que la deuda del concursado esté afianzado por tercero, el crédito se ha de reconocer al acreedor por su importe, y sin limitación alguna...Por otra parte, procede precisar que antes de la ejecución de los avales (tales como avales con cuenta especial, pólizas de afianzamiento), el avalista no tiene crédito concursal, ni siquiera contingente».

⁴⁵ Sentencias del Tribunal Supremo de 13 de febrero de 1988 ([RJ 1988, 1985] y 11 de junio de 1984 [RJ 1984, 3227]) seguida por las Audiencias Provinciales (Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 1.^a, de 27 de marzo de 2001 [JUR 2001, 179016]; de Cádiz, Sección 8.^a, de 21 de marzo de 2003 [AC 2003, 2047]; y de Cáceres, Sección 1.^a, de 28 de junio de 2003).

⁴⁶ En contra, MARTÍN ARESTI, P., Las previsiones de la Ley Concursal..., *cit.*, p. 2934. Indica por su parte CARRASCO PERERA: «En realidad, la norma no es privativa de la fianza, ni tampoco del pago postconcursal. El precepto es mucho más genérico. Viene a significar que, aunque un acreedor tenga un deudor de refuerzo, puede insinuar por el todo su crédito en el concurso del otro codeudor. Sea este deudor principal afianzado o un codeudor solidario. Tampoco importa si el codeudor está o no concursado, si es solidario o no». CARRASCO PERERA, Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 239.

⁴⁷ Similar al artículo 128.1.d) del Decreto Ley número 53/2004, de 18 de marzo portugués.

⁴⁸ De «participación contemplativa» habla PERDICES HUETOS, para el fiador, en Fianza y concurso..., *cit.*, p. 25.

⁴⁹ Describe la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya (Bilbao, núm. 1) de 24 de febrero de 2006 (AC 2006, 298): «Esta circunstancia, que la administración concursal y la concursada discuten, no supone repetir en la lista dos créditos, como se aduce. Hay uno, existente, que se reconoce al Banco, por el préstamo concedido. Hay otro, contingente, para el caso de que los sucesivos vencimientos del préstamo no se atiendan. Cuando la sociedad de garantía recíproca, en su condición avalista, atiende el préstamo fuera del concurso, se subroga en la posición del acreedor satisfecho y se convierte en acreedora de la concursada. El crédito contingente deja de serlo, y lo hace en la cuantía de cada uno de los pagos que verifique (...). Como además ya se está en condiciones de admitir que el crédito contingente ha dejado de serlo y adquiere certeza respecto de las cuantías efectivamente satisfechas por el promotor del incidente, la demanda debe ser estimada e incluirse los créditos en la lista en la forma que se solicita (...), en tanto sean acreditadas suficientemente a la administración concursal, que al tiempo deberá ir disminuyendo la que corresponde al banco, ya que ha percibido el pago no del concursado, sino del avalista, y por lo tanto nada podrá reclamar por ese concepto a la deudora concursada (...). Precisamente por ser el crédito (...) contingente, tiene que declararse «sin cuantía propia», al objeto de conjurar el riesgo, denunciado por la administración concursal, de que se duplique en ese concepto la masa pasiva...».

⁵⁰ PULGAR EZQUERRA, J., El tratamiento de las garantías personales..., *cit.*, pp. 132-133.

⁵¹ Si es con anterioridad deberá ser el fiador quien comunique el crédito. CORDERO LOBATO: Comentarios al artículo 87..., *cit.*, p. 1031.

⁵² CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO, y MARÍN LÓPEZ: Tratado de los derechos de garantía, *cit.*, p. 258 y QUICIOS MOLINA, S., Comentarios al artículo 160 de la LC, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Concursal*, coordinada por RODRIGO BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Madrid, 2004, p. 1732.

⁵³ Indudablemente si el pago es íntegro preconcursal, el fiador que gozase de un derecho de reembolso o acción de regreso contra el deudor principal será el único legitimado para comunicar e instar el reconocimiento de su crédito en el procedimiento concursal.

⁵⁴ Artículo 1839 del Código Civil: «El fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor».

⁵⁵ Si el pago es anterior y total su reconocimiento seguirá el trámite de cualquier otro crédito, esta vez a favor del pagador acreedor actual al momento de la apertura del procedimiento concursal. Si es anterior y parcial, seguirá lo establecido en el artículo 87.7 LC.

⁵⁶ En este sentido, MASSAMORMILE, A.P.: Il regresso del fideiussore nel fallimento del debitore principale, *Diritto e Guirispudenza*, p. 367; PELLEGRINO, *L'accertamento del passivo*, Padova, 1992, p. 259 y ALONSO SÁNCHEZ, B: Derecho concursal y fianza, *Revista de Derecho Privado*, 1993, pp. 51-54. En contra, DI LAURO: Ancora sulla sorte del credito di regresso del fideiussore nel fallimento del debitore garantito, *Diritto Fallimentare*, 2003, p. 518.

⁵⁷ Circunstancia que podría provocar la aplicación del artículo 1852 del Código Civil, pues, es claro que tal acción del acreedor perjudicaría la subrogación del fiador. Artículo 1852: «Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo».

⁵⁸ CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía en la Ley Concursal, *cit.*, pp. 254-255.

⁵⁹ En este sentido, MASSAMORMILE, A.P.: Il regresso del fideiussore..., *cit.*, p. 400.

⁶⁰ SATTA, S.: *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Roma, 1964, p. 163.

⁶¹ Se trata, señala certeramente CARRASCO PERERA, de una disputa sin término posible de acuerdo, pues se construye dogmáticamente sobre el dilema de si el crédito del artículo 1838 del Código Civil es un crédito condicional antes del pago por el fiador. CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía en la Ley Concursal, *cit.*, p. 254.

⁶² PULGAR EZQUERRA: El tratamiento de las garantías personales en la nueva Legislación Concursal, *cit.*, p. 137 y BERMEJO GUTIÉRREZ, Comentarios al artículo 87 de la LC, *cit.*, p. 1570. Aún así, admite la existencia de una comunicación cautelar del crédito condicionado o contingente del fiador para el caso de que no procediese a la comunicación el acreedor principal.

⁶³ En este sentido, PENDÓN MELÉNDEZ en Cuestiones en materia de fianza y concurso..., *cit.*, pp. 308-3049 y MARTÍN ARESTI: Las previsiones de la Ley Concursal en materia de fianzas..., *cit.*, pp. 2929-2930.

⁶⁴ VACARRELLA, R.: La solidarietà pasiva nel fallimento, *Diritto Fallimentare*, 1976, p. 54, nota 19 y CORDERO LOBATO: Comentarios al artículo 87 LC, *cit.*, p. 1034.

⁶⁵ MASSAMORMILE, A.P.: Il regresso del fideiussore nel fallimento, p. 367. En sentido contrario, DI GRAVIO, D.: Il fideiussore escuso dopo il fallimento del debitore e la ragione della sua esclusione del passivo, *Diritto Fallimentare*, 1982, pp. 182-184. En nuestra doctrina, PERDICES HUETOS: Fianza y concurso..., *cit.*, p. 54.

⁶⁶ De esta misma manera ya se había pronunciado la SAP de Pontevedra de 4 de diciembre de 2008 (AC 2009, 191).

⁶⁷ Siempre con la necesaria aceptación del acreedor que no tiene porque verse compelido a soportar un pago parcial de su crédito: «A menos que el contrato expresamente lo autorice, no podrá compelerse al acreedor a recibir parcialmente las prestaciones en que consista la obligación» (art. 1169.1 del Código Civil).

⁶⁸ Esta circunstancia no debe interferir en la facultad establecida en el artículo 87.7 LC «A solicitud del acreedor que hubiese cobrado parte de su crédito de un avalista, fiador o deudor solidario del concursado, podrán incluirse a su favor en la lista de acreedores tanto el resto de su crédito no satisfecho como la totalidad del que, por reembolso o por cuota de solidaridad, corresponda a quien hubiere hecho el pago parcial, aunque este no hubiere comunicado su crédito o hubiere hecho remisión de la deuda», ni en la preferencia recogida en el artículo 160 LC «El acreedor que, antes de la declaración de concurso, hubiera cobrado parte del crédito de un fiador o avalista o de un deudor solidario tendrá derecho a obtener en el concurso del deudor los pagos correspondientes a aquellos hasta que, sumados a los que perciba por su crédito, cubran, el importe total de este». El dato de que la fianza sea meramente parcial es irrelevante, ya que el artículo 87.7 no distingue entre si el pago parcial proviene del cumplimiento parcial del fiador que garantiza la totalidad de la deuda o del pago total que hace el fiador que garantiza solo una parte de la deuda.

⁶⁹ CARRASCO PERERA, CORDERO LOBATO y MARÍN LÓPEZ: Tratado..., *cit.*, p. 264.

⁷⁰ El artículo 1213 del Código Civil contempla un específico supuesto de hecho cual es la subrogación parcial de un tercero en el crédito por razón de un pago parcial, y establece también una específica consecuencia jurídica, a saber: el reconocimiento de un derecho de preferencia a favor del acreedor parcialmente satisfecho frente al subrogado en cuanto a su derecho por la parte restante. ARNAU RAVENTÓS, L.: *Pago parcial, subrogación en el crédito y preferencia para el cobro: el artículo 1213 del Código Civil*, Madrid, 2001.

⁷¹ BONSIGNORI: Il fallimento. IX, *cit.*, pp. 409-410; FERRARA y BORGIOLI: Il Fallimento, *cit.*, pp. 366-368 y BERMEJO GUTIÉRREZ, Créditos y quiebra, *cit.*, pp. 203-204.

⁷² MARTÍN ARESTI, P., en *Garantías personales...*, p. 1617, 2012.

⁷³ ALONSO LEDESMA, C., Comentarios al artículo 160 LC, en *Comentarios a la Legislación Concursal. II*, dirigida por PULGAR EZQUERRA, ALONSO UREBA, ALONSO LEDESMA y ALCOVER GARAU, Madrid, 2005, pp. 1396-1397.

⁷⁴ PULGAR EZQUERRA, J.: El tratamiento de las garantías personales..., *cit.*, p. 140.

⁷⁵ Puede parecer que el artículo 87.7 LC reitera lo establecido en el artículo 160 LC; no obstante, como ha señalado PERDICES HUETOS, «... el artículo 87.7 va mucho más allá que el artículo 160 LC. Así, de un lado, la norma del artículo 160 LC es de aplicación solo en sede de liquidación, de modo que por ejemplo, y de no existir el artículo 87.7 LC, el acreedor principal no tendría a su favor la totalidad del crédito comunicado en sede de

convenio...». PERDICES HUETOS: *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal*, cit., p. 28. En este sentido la sentencia de Juzgado de lo Mercantil Vizcaya, Bilbao, núm. 93/2006 (Núm. 1), de 24 febrero (AC 2006, 139): «El fiador que paga por el deudor dispone de dos acciones para resarcirse. El artículo 1838 del Código Civil permite una acción de reembolso que comprende el principal, intereses, gastos y daños y perjuicios, y el artículo 1839 la acción de subrogación que le coloca en el lugar, y con las garantías, del acreedor al que ha satisfecho».

⁷⁶ Como ha destacado CARRASCO PERERA, «No es que el acreedor insinúe como propio el resto de su crédito y luego se «haga designar» en su favor el crédito de regreso parcial insinuado por el deudor de refuerzo. Al contrario, parece que el acreedor incluirá a su favor en la lista de acreedores el crédito por reembolso o por cuota de solidaridad». CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía...*, cit., p. 244. Señala VALPUESTA GASTAMINZA que el fiador aparecerá como titular del crédito de reembolso, con lo que el artículo 87.7 LC queda reducido a una suerte de insinuación forzosa del garante por parte del acreedor principal. VALPUESTA GASTAMINZA, E.: *Comentarios al artículo 87 LC*, en la obra colectiva *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por FAUSTINO CORDÓN MORENO, Pamplona, 2004, p. 697.

⁷⁷ Aunque el artículo 87.7 LC habla solo de «crédito de reembolso o cuota de solidaridad» (recogidos con carácter general en los artículos 1158 y 1838 del Código Civil) nada nos impide considerar igualmente el supuesto de subrogación (arts. 1210 y 1839 del Código Civil). En este sentido, PERDICES HUETOS: *Fianza y concurso...*, cit., p. 32.

⁷⁸ Entiende CARRASCO PERERA que el acreedor principal no podrá apropiarse de los créditos de reembolso de los codeudores o garantes si no ha comunicado su crédito parcialmente impagado, pues al no haber sido reconocido en el concurso no figurará como acreedor concursal y no podrá efectuar la facultad del 87.7 LC. CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía...*, cit., p. 248. No lo entendemos así. El acreedor principal no ve limitada la facultad prevista en el artículo 87.7 LC al supuesto en el que ha pedido el reconocimiento de su crédito (por el resto) parcialmente impagado. Muy al contrario, se le habilitan varias vías y la lógica hará que tome la decisión que le sea más beneficiosa, por ejemplo, ejercitar su opción del artículo 87.7 LC al estar el crédito del garante garantizado con garantía real y solicitar el resto de su derecho de crédito, extraconcursalmente, al propio fiador o avalista. Lo que puede que no impida que se reconozca su crédito impagado por el resto a instancias del garante (art. 85.2).

⁷⁹ Cabría, asimismo, que tanto garante como acreedor principal comunicaran el crédito de reembolso, a su propio nombre, en cuyo caso un mismo crédito estaría reconocido dos veces en el concurso. En tal caso, deben ser los administradores concursales los que deban atribuir la calificación apropiada a los mismos, haciendo inscribir y reconociendo el del garante, en su caso, como crédito suspensivamente condicionado. CORDERO LOBATO: *Comentarios al artículo 87 de la LC*, cit., p. 1037.

⁸⁰ Circunstancia que deberá ser comunicada al garante según dispone el artículo 95 LC: «La administración concursal, simultáneamente a la presentación del informe, dirigirá comunicación personal, por cualquier medio que acredite su recibo, a cada uno de los interesados que hayan sido excluidos, incluidos sin comunicación previa del crédito o por cuantía inferior o calificación distinta a las pretendidas, indicándoles estas circunstancias y señalándoles un plazo de diez días desde su recibo para que formulen las reclamaciones que tenga por conveniente».

⁸¹ Señalan el carácter de crédito condicional, si bien, no terminan de admitirla, bien por el hecho de que el crédito del garante es actual o bien porque verdaderamente no depende de un hecho incierto, PERDICES HUETOS: *Fianza y concurso...*, cit., p. 32, nota 16 y BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, cit., p. 204, nota 79.

⁸² Ambas en CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía...*, cit., p. 244.

⁸³ CORDERO LOBATO, E., «Comentarios al artículo 87 de la LC», cit., pp. 1035-1036.

⁸⁴ Incluso, habría que señalar, aun cuando el acreedor principal no haya hecho valer la facultad que le proporciona el artículo 87.7 LC de «incluir a su favor» el crédito de regreso,

pero sí lo haya incluido el garante o codeudor solidario. «Si el deudor de refuerzo, señala CARRASCO PERERA, comunicó a su nombre el crédito de reembolso, el crédito estará reconocido con su propio rango y calificación, y la titularidad del mismo durante el concurso habrá pertenecido al garante o codeudor. Mas a pesar de ello, el acreedor puede exigir a los administradores concursales que el pago final se le haga a él y no al verdadero acreedor concursal reconocido (garante o codeudor), como podría hacerlo el titular de cualquier otra acción directa». CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 251.

⁸⁵ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., Comentarios al artículo 87 de la LC, en *Comentarios a la Ley Concursal*, dirigidos por ROJO/BELTRÁN, Madrid, 2004, p. 1575.

⁸⁶ Al margen de que, como destaca CORDERO LOBATO, «la consecuencia sería no solo que el acreedor sería preferido al deudor solidario o al garante personal *solvens* sino, además, que el ejercicio en forma subrogatoria del crédito de estos sujetos habría supuesto la extinción de estos créditos en beneficio del acreedor, sin que, por tanto, aquellos pudieran disponer de la acción de reembolso para su propio beneficio, lo que solo debe admitirse dentro de los márgenes permitidos por el artículo 1111 del Código Civil». CORDERO LOBATO: Comentarios al artículo 87 de la LC, *cit.*, p. 1035.

⁸⁷ PERDICES HUETOS: Fianza y concurso..., *cit.*, p. 28; CORDERO LOBATO, E., «Comentarios al artículo 87 de la LC», *cit.*, p. 1036 y CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía..., *cit.*, pp. 245-246.

⁸⁸ En este sentido, CORDERO LOBATO, E.: Comentarios al artículo 87 de la LC, *cit.*, pp. 1036-1038, a la que sigue CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 251.

⁸⁹ PERDICES HUETOS: Fianza y concurso..., *cit.*, p. 30 y CORDERO LOBATO, E.: Comentarios al artículo 87 de la LC, *cit.*, p. 1037.

⁹⁰ MARTÍN ARESTI, P., en *Garantías personales...* pp. 1617-1619.

⁹¹ Sin embargo, BERMEJO GUTIÉRREZ, N., en *Comentarios de la Ley Concursal*, I (art. 87), p. 1575, sostiene la opinión de que el acreedor solo podrá participar con su crédito.

⁹² CARRASCO PERERA, A., en Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 30.

⁹³ CORDERO LOBATO, en *Comentarios de la Ley Concursal*, vol. I, (art. 87), pp. 1035-1036, considera sin embargo que el reconocimiento de créditos no debe superar el límite de la cantidad que se adeuda.

⁹⁴ CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley Concursal*, vol. 1, pp. 1037-1038.

⁹⁵ Propone CARRASCO PERERA, A., en Los derechos de garantía... *cit.*, p. 309, 3.º ed., Madrid, 2009 que el acreedor haga valer su preferencia a través de un incidente concursal.

⁹⁶ Esta es la posición de CORDERO LOBATO, en *Comentarios a la Ley Concursal* (art. 87 LC), pp. 1035-1036, si bien otros como CARRASCO PERERA, A. en Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 305 y YANES YANES, P. en *Comentarios a la Legislación concursal*, p. 892 consideran que estaríamos ante una titularidad fiduciaria.

⁹⁷ MARTÍN ARESTI, P. en *Garantías personales...*, *cit.*, p. 1620, 2012.

⁹⁸ CARRASCO PERERA, A., en Los derechos de garantía..., *cit.*

⁹⁹ MARTÍN ARESTI, P., en *Garantías personales...*, *cit.*, p. 1620, 2012.

¹⁰⁰ De «sustitución» y no subrogación habla PENDÓN MELÉNDEZ en Cuestiones en materia de fianza y concurso..., *cit.*, pp. 3049-3050. Plantea la sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Vizcaya (Bilbao, núm. 1) de 24 de febrero de 2006 (AC 2006, 298) el problema de la calificación del crédito del garante en el caso de que opte por la acción de reembolso y no por la de subrogación manifestándose en los siguientes términos: «() Sin embargo aunque el devengo de vencimientos del préstamo se produzca después de la declaración de concurso, no puede considerarse como un gasto generado para el ejercicio de la actividad empresarial, porque no nace como consecuencia de la misma, o para asegurar su continuidad, sino como concreción de una obligación adquirida con anterioridad a la declaración de concurso. Tampoco sería de aplicación el artículo 84.2.6.º LC, ya que el préstamo no tiene obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento en vigor tras la declaración de concurso. (...) En consecuencia si el fiador pretende el reembolso de las cantidades abonadas al acreedor, su crédito no puede calificarse de crédito contra la masa, porque no se puede incluir en ninguno de los supuestos

del artículo 84.2, de interpretación restrictiva porque suponen un privilegio. Si lo que pretende el fiador es subrogarse en la posición del acreedor primitivo, que es la otra opción que facilita el artículo 1839 del Código Civil y el contrato suscrito entre la sociedad de garantía recíproca y la concursada, el crédito merecerá la calificación que tendría el del acreedor al que se abona. Sería de aplicación en consecuencia el citado artículo 61.1 LC, lo que significa que el crédito se incluirá en la masa pasiva del concurso, y en tanto que no es un crédito contra la masa, tendrá naturaleza concursal. (...) En efecto, el artículo 84.2 no exige que el crédito concursal tenga que concretarse, forzosamente, con posterioridad a la declaración de concurso. (...) Si el crédito... no es frente a la masa, si la obligación se adquiere antes de la declaración de concurso, aunque como es propio del préstamo se aplacen el reintegro en varios vencimientos, puede justificarse un tratamiento unitario de todo él, y como ha hecho la administración concursal calificar el crédito del banco como crédito concursal por la totalidad de lo que se adeuda, aunque todas las obligaciones no estén vencidas».

¹⁰¹ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., en *Créditos y quiebra*, cit., p. 207.

¹⁰² MARTÍN ARESTI, P., en *Garantías personales...*, cit., pp. 1620-1621 dice: «la regla de calificación del artículo 87.6 LC debe aplicarse teniendo en cuenta el carácter fragmentario del pago al acreedor, de forma que el resto del crédito no satisfecho a este último no podrá quedar afectado por la calificación que (de su calificación) resulte para el crédito del garante, y que será la menos gravosa para el concurso de las que corresponda al acreedor o al garante. Igualmente ha de respetarse aquí la preferencia de cobro derivada del artículo 1213 del Código Civil que, aunque no reconocida expresamente en caso de pago parcial postconcursal, ha de resultar de una aplicación analógica del artículo 160 LC. A diferencia de lo que sucede en el caso del pago parcial preconcursal, en el caso aquí contemplado el artículo 87.6 LC impide que el acreedor ejerza su preferencia de cobro con apoyo en un crédito del garante o del obligado solidario de mayor rango que el suyo propio. En efecto, la aplicación de la regla de calificación de la citada disposición arrojará como resultado un crédito del garante o del deudor solidario calificado con igual o peor rango que el del crédito del acreedor, pero nunca con rango mayor».

¹⁰³ El carácter simultáneo no hace referencia al caso previsto en el artículo 3.5 LC y la declaración judicial conjunta de concurso de varios deudores. En este sentido, CORDERO LOBATO, E.: *Comentarios al artículo 85 de la LC*, cit., p. 1013.

Constituye una norma idéntica al artículo 61 de la *Legge Fallimentare* italiana.

¹⁰⁴ Si bien, en estos casos, es posible que la cuantía por la que el acreedor se insinúe en cada uno de ellos sea distinta, especialmente en consideración a los intereses. CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía...*, cit., p. 236.

¹⁰⁵ Precepto similar al establecido en la Ley Concursal portuguesa 53/2004, de 18 de marzo en su artículo 95.1: «El acreedor puede concurrir por la totalidad de su crédito a cada una de las diferentes masas insolventes de deudores solidarios y garantes, sin embargo, la suma de las cuantías que puede recibir de todas ellas, no podrá exceder la cuantía del crédito». Así, QUICIOS MOLINA, S.: *Comentarios al artículo 161 de la LC*, cit., p. 1734 y CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., pp. 232-233. Este último extiende la aplicación subjetiva del precepto a los casos en que la ley ha impuesto una responsabilidad solidaria extracontractual, y a quien ha ostentado una determinada posición de garante en el nacimiento e incumplimiento de una responsabilidad directa (contractual o extracontractual) de un tercero (por ejemplo, artículos 127 del Código de Comercio, 262.5 de la Ley de Sociedades Anónimas o 172.3 de la LC).

¹⁰⁶ En sentido contrario, CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, cit., p. 233.

¹⁰⁷ Algún problema podrá plantear la exigencia de la «certificación acreditativa de lo percibido» en los distintos concursos. A veces se ha hecho mención del carácter innecesario del párrafo segundo del artículo 161 LC por la duplicidad que se produce cuando se obliga a la administración concursal a entregar una certificación de pago y, acto seguido, debe comunicar el pago al resto de concursos. Incluso, en algún caso se ha llegado a equiparar a

dicha certificación con un título valor que debe presentarse al cobro, pues en caso contrario, el deudor puede denegar la entrega. QUICIOS MOLINA, S.: Comentarios al artículo 161 de la LC, *cit.*, p. 1737 y PERDICES HUETOS: *Fianza y concurso.*, *cit.*, p. 45.

¹⁰⁸ BERMEJO GUTIÉRREZ: *Créditos y quiebra*, *cit.*, pp. 201-203.

¹⁰⁹ RAMÍREZ: *La quiebra. II*, *cit.*, pp. 276-277, nota. 233. Lógicamente, tal y como señala CARRASCO PERERA, «...no debe existir objeción al pacto por el que el acreedor acepta subrogar (parcialmente) al codeudor pagador en su crédito parcialmente pagado durante el concurso. Al concurso le debe dar igual, en principio, que el acreedor se insinúe por 100 o que se insinúe por 40, haciendo cesión del 40 restante a un codeudor o garante que le pagó parcialmente después del concurso». CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía en la Ley Concursal, *cit.*, p. 230, nota. 10.

¹¹⁰ FERRARA, J. R. y BORGIOI, A., *Il Fallimento*, Milano, 1995, p. 365 y RAGO: «La solidarietà pasiva nella Legge Fallimentare», *Il Diritto Fallimentare*, 2003, pp. 973-974.

¹¹¹ En este sentido, siguiendo a la doctrina italiana representada por FERRARA, J.R., y BORGIOI, A.: *Il Fallimento*, *cit.*, pp. 365-367 y BONSIGNORI, A.: *Il fallimento, Trattato di Diritto Commerciale e di Diritto Pubblico dell'economia*, diretto da Francesco Galgano, vol. IX, Padova, 1986, p. 409, BERMEJO GUTIÉRREZ: *Créditos y quiebra*, *cit.*, pp. 203-204, a la que sigue, CARRASCO PERERA: *Los derechos de garantía...*, *cit.*, pp. 231-232.

¹¹² «El acreedor, a quien se hubiere hecho un pago parcial, puede ejercitar su derecho por el resto con preferencia al que se hubiere subrogado en su lugar a virtud del pago parcial del mismo crédito» (art. 1213 del Código Civil).

¹¹³ FERRARA, J.R., y BORGIOI, A.: *Il Fallimento*, *cit.*, pp. 366-368.

¹¹⁴ Lo que no debería impedir, destaca CARRASCO PERERA, la existencia de un pacto por el que el acreedor acepta subrogar (parcialmente) al codeudor pagador en su crédito parcialmente pagado durante el concurso, pues a este no le debe importar quien se insinúa como acreedor, siempre que lo sea hasta el límite de la cantidad debida. CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 230, nota 10.

¹¹⁵ BERMEJO GUTIÉRREZ, N., opina en Comentarios..., *cit.*, p. 1533 que puede tratarse del concurso del garante y su deudor, o del concurso de varios cofiadores.

¹¹⁶ CARRASCO PERERA: Los derechos de garantía..., *cit.*, p. 289.

¹¹⁷ FRIGOLA RIERA, A., en *Reconocimientos...*, p. 2525.

¹¹⁸ «La Ley ha evitado un pronunciamiento expreso sobre la espinosa cuestión de los efectos de la falta de impugnación fuera del concurso. Es claro que la falta de impugnación de la lista de acreedores o del inventario de los bienes y derechos obliga al interesado a pasar por el contenido de estos documentos, con sus correspondientes efectos jurídicos, dentro del concurso. No es inmediatamente evidente, sin embargo, el efecto que la falta de impugnación pueda tener fuera del procedimiento concursal. Aunque el interesado haya perdido la oportunidad de impugnar la lista de acreedores o el inventario, ello debería impedirle combatir los efectos que despliegan estos documentos dentro del concurso, pero no puede concluirse que la pérdida de la posibilidad de impugnación de la lista de acreedores o del inventario equivalga a la falta de recurso de una sentencia declarativa sobre el fondo. Aunque la Ley no haya hecho este extremo, el interesado debe conservar su derecho de acudir a un procedimiento declarativo para que se determine la existencia de sus créditos o de sus derechos sobre los bienes comprendidos en el Inventario» ROJO, A.-BELTRÁN, E., en *Comentarios...*, p. 1722.

(Trabajo enviado el 1-2-2015 y aceptado
para su publicación el 15-4-2015)