

2. MERCANTIL

UNA REFLEXIÓN CRÍTICA SOBRE EL ARTÍCULO 87.6 DE LA LEY CONCURSAL, LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES Y EL UTILITARISMO

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

*(«Hay leyes que el legislador no ha meditado mucho
y resultan contrarias a lo que se proponía»)*

Montesquieu, «El espíritu de las Leyes», Libro XXIX, Capítulo IV

I. INTRODUCCIÓN

Sin duda alguna una de las normas jurídicas, no sólo de la Ley Concursal, sino del resto de nuestro Ordenamiento Jurídico que más labores interpretativas «ha sufrido» en los últimos tiempos ha sido el artículo 87.6 de la Ley Concursal en cuanto a la exégesis relativa al conocimiento de la misma en orden a determinar si el crédito del acreedor del deudor concursado en el que goce de fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor concursado ha de reconocerse y clasificarse como crédito subordinado o no en relación con la determinación temporal de dicha «contaminación», todo ello con las consecuencias lógicas que ello implica.

Numerosas han sido las opiniones de los autores y varias las sentencias que ya se han pronunciado al respecto, haciéndose eco de dicha discrepancia doctrinal, la cual pivota sobre dos concepciones diametralmente opuestas de la referida norma jurídica. Una primera interpretación doctrinal que se ha venido llamando «literal» ha mantenido la necesaria calificación del crédito en cuestión como crédito subordinado desde el momento mismo de la comunicación de dicho crédito, mientras que una segunda interpretación, con mayor acogida en la doctrina y en las sentencias que han tratado la cuestión, ha venido defendiendo que dicha subordinación sólo puede predicarse del crédito en cuestión, una vez realizado el pago por el fiador en sede concursal, esto es, postergando dicho momento temporal, después de la práctica —a nuestro juicio— de una ponderación de los intereses en juego según el *mos* de la conocida «jurisprudencia de intereses» y de un «utilitarismo interpretativo».

Evidentemente, ello es así en gran medida a que la norma del artículo 87.6 de la Ley Concursal no puede ser tildada como paradigma, de acuerdo con un verdadero método científico en la creación del Derecho, sino también por lo que la obtención de uno u otro resultado exegético implica en relación con los denominados «intereses en juego», o sea, el del acreedor financiador por una parte y el de la subordinación del crédito de las personas especialmente relacionadas del deudor en el seno de un procedimiento de ejecución colectiva de créditos como es el concurso de acreedores.

En nuestra opinión, el tremendo e inicial interés que suscitó esta cuestión no ha sido constante durante estos últimos tiempos, aunque el hecho de que recientes resoluciones judiciales se hayan decantado también por la denominada interpretación «literal» como, por ejemplo, la sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 20 de mayo de 2008 (*JUR* 2008/204798), hacen que se mantenga dicho interés en cuanto plasman lo vivo y actual de la referida polémica a nivel de nuestra jurisprudencia menor y no digamos en la opinión de los autores.

II. LA *QUAESTIO IURIS* EN LAS PRINCIPALES RESOLUCIONES JUDICIALES

A) SENTENCIAS QUE AFIRMAN QUE LA SUBORDINACIÓN SÓLO SE PRODUCE CUANDO EL CRÉDITO HA PASADO A TITULARIDAD DEL GARANTE O CODEUDOR (CORRIENTE MAYORITARIA)

A continuación expondremos los argumentos interpretativos de cada una, procurando evitar los más coincidentes entre ellas.

- (i) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 5 de Madrid, de 22 de marzo de 2005 (*AC*/2005/741)

El razonamiento de esta sentencia es el siguiente:

«...A falta de jurisprudencia e incluso de resoluciones de las Audiencias Provinciales, dada la reciente entrada en vigor de la Ley Concursal, la doctrina tampoco ofrece una solución uniforme (...).

Las discrepancias en la doctrina e incluso las reservas con las que, en alguno de los casos, se expresa la opinión, ponen de manifiesto las dificultades interpretativas del precepto (...).

Es cierto que la literalidad de la norma, que es el primero de los criterios interpretativos del artículo 3.1 del Código Civil (LEG 1889, 27) abona la tesis de la opción, en todo caso, de la calificación menos gravosa para el concurso, es decir, se haya subrogado o no el fiador como consecuencia del pago al acreedor (...).

3) *“...En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador”.*

Este inciso sí constituye ya una novedad y es la fuente de la polémica interpretativa.

Se trata de determinar cuáles son los créditos que en su calificación deberá optarse por la que resulte menos gravosa para el concurso. Desde luego, es razonable entender que son los créditos en los que el acreedor disfruta de fianza de tercero, se haya producido o no la sustitución y, por tanto, afecta tanto al acreedor como al fiador que se verían contaminados por la “peor” clasificación que pudiera atribuirse a uno o a otro. Pero también es posible considerar que «estos créditos» se circunscriben al del fiador o fiadores que han sustituido al acreedor o acreedores por el pago. El precepto prevé el reconocimiento sin limitación del crédito afianzado a favor del acreedor, la sustitución del acreedor por el fiador en caso de pago por parte del fiador y para este caso la regla especial de calificación.

Además, antes del pago por el fiador, su crédito no ha nacido y su hipotético crédito sólo podría tener la calificación de contingente, supeditado al pago, por lo que si se trata de optar entre la calificación que corresponda al acreedor o al fiador, sólo es posible tal opción cuando opera la sustitución y en este caso habrá que optar entre la que corresponda al acreedor o al fiador.

Por otro lado, el espíritu y finalidad de la norma es evitar que por el mecanismo de la sustitución del acreedor por el fiador, éste pueda ver mejorada su calificación, aprovechándose de la que correspondería al acreedor, y sin que tampoco pueda perjudicar al concurso (es decir, al resto de los acreedores) el hecho de la sustitución cuando el crédito del fiador merece una mejor calificación que la del acreedor, por ejemplo, si éste es subordinado.

En definitiva, la norma es necesaria, pues de no regularse esta situación se producirían las típicas consecuencias de la subrogación, y la regla ahora interpretada evita, precisamente, que por la aplicación sin matización de los artículos 1.212 y 1.839 del Código Civil (LEG 1889, 27), el fiador ostente en el concurso una posición más favorable que la que merece su crédito en atención a su relación con el deudor.

Tampoco se comprende que el acreedor por el mero hecho de reforzar el crédito con la fianza u otra garantía, pueda resultar perjudicado, sobre todo en la situación realmente común de fianza otorgada por personas especialmente relacionadas con el deudor, siendo los fiadores también insolventes, sin poder cobrar el crédito garantizado en el concurso por no alcanzar la masa activa para pagar a los créditos subordinados».

De dicho razonamiento, se extrae que:

- a) La sentencia es dictada en ausencia de pronunciamientos de Audiencias Provinciales y sin que la doctrina sea uniforme.
- b) Admite que la *literalidad* de la norma conlleva que el crédito del acreedor afianzado por persona especialmente relacionada con el deudor ha de calificarse como subordinado.
- c) Considera *razonable y posible* ambas interpretaciones.
- d) El *espíritu y finalidad* de la norma es evitar que la subrogación producida por el pago del fiador especialmente relacionado con el deudor concursado pueda *perjudicar al concurso*.
- e) La norma es *necesaria* para evitar las consecuencias de la citada subrogación.
- f) No se comprende que el acreedor, por el mero hecho de reforzar el crédito con la fianza o garantía, *pueda resultar perjudicado*.

Tratando de ofrecer una construcción lógica de dicho razonamiento judicial, puede afirmarse que el mismo concluye con lo siguiente: *la norma es necesaria, siendo razonable y posible las dos interpretaciones de la misma, una según su literalidad y otra atendiendo a su espíritu y finalidad, debiendo ser los intereses a ponderar tanto el del acreedor garantizado como el perjuicio al concurso, debiendo prevalecer este último en atención al espíritu y finalidad de la norma.*

O lo que es lo mismo pero más sintético:

Donde, «A» es el artículo 87.6 de la Ley Concursal; «b» la interpretación literal; «c» la interpretación correctora; «d» el acreedor garantizado, y «e» es el concurso.

La norma «A», de carácter necesario, tiene como interpretaciones razonables y posibles «b» y «c»; ponderando los intereses de «d» y «e»; la interpretación «c» es la correcta.

- (ii) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Oviedo, de 8 de junio de 2005 (AC/2005/1018)

Como argumentos hermenéuticos, esta sentencia expone lo siguiente:

«...La primera intención que, indiscutiblemente se evidencia de la norma, es la de evitar el fraude que tendría lugar si se permitiera al fiador, persona especialmente relacionada con el deudor, eludir la subordinación a que está afectado su crédito (art. 92-5.º y 93 LC) en el caso de pagar él al acreedor para dirigirse seguidamente contra el concursado. El problema surge cuando la respuesta que la norma, en una lectura gramatical, da a semejante riesgo aparece como desproporcionada a tal finalidad —repárese que llevaría no sólo a calificar ope legis al acreedor principal como subordinado, sino incluso a declarar extinguidas las garantías de cualquier clase, incluidas las reales, de que pudiera venir revestido su crédito (art. 97-2 LC)— a menos que entendamos que aquélla busca además otra finalidad añadida, cual es la de incentivar que el acreedor principal se dirija extraconcursoalmente frente al fiador o avalista para la satisfacción de su crédito, liberando así a la masa del concurso del peso de esa deuda (...)
En conclusión, el inciso segundo del artículo 87-6 LC sólo operará ex post al pago llevado a cabo eventualmente por el fiador, como así se interpreta de su relación con el inciso primero. Una interpretación contraria conduciría al dislate, entre otros muchos, de hacer de peor condición al acreedor que observa la diligencia de garantizar su pago mediante un aval personal, por más que se trate de persona relacionada con el deudor, que al acreedor que desatiende esa garantía y deja su derecho desprotegido. Por otra parte, no se atisba en el texto de la Ley Concursal dato o elemento alguno que permita afirmar su intención de incentivar al acreedor para que reclame al margen del concurso su derecho frente al avalista. Más aún, una interpretación contraria llevada a sus últimos resultados llevaría a tan drásticas consecuencias como la de privar de hecho al acreedor afianzado de su derecho en el concurso (efecto expropiatorio como se le ha llamado por algún autor) lo que no parece que pueda ser afirmado razonablemente».

Las deducciones que podemos realizar de lo anterior pueden ser:

- a) La primera intención indiscutible de la norma es la de evitar el fraude.
- b) La norma es desproporcionada para tal finalidad, salvo que se entienda que puede tener otra finalidad añadida que es el ejercicio extraconcursoal del crédito del acreedor, la cual, finalmente, se descarta.

- c) No puede hacerse de *peor condición* al acreedor con fianza que al acreedor sin fianza.
- d) No se puede *privar* al acreedor con fianza a su derecho en el concurso.

En suma: *aunque la primera intención es evitar el fraude, la norma es desproporcionada sin que tenga como finalidad añadida fomentar el ejercicio extraconcursal del crédito del acreedor, lo que supondría una privación de sus derechos y sin que la situación del acreedor garantizado pueda ser peor que la del acreedor sin fianza.*

De ahí que:

La aplicación de la norma «A» tiene como finalidad evitar el fraude; sopesando los intereses de «d» y «e»; la interpretación «c» es la correcta.

- (iii) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 3 de Barcelona, de 27 de junio de 2005 (AC/2005/266)

La argumentación y la interpretación decisiva propuesta por esta sentencia es la siguiente:

«...Tan razonable es pensar que el legislador quiso con esta norma evitar que el fiador que estuviera especialmente relacionado con el deudor pudiera —si pagaba la deuda— evitar la subordinación colocándose en el lugar de acreedor que había cobrado, como considerar que el legislador concursal tenía como objetivo el forzar a los acreedores a ver satisfechos sus créditos fuera del proceso concursal —reduciendo con ello la masa pasiva— y, por ello, se le incentivaba a ejercitar las acciones fuera del concurso si había fiador, so pena de que en el concurso la condición del fiador llevara a la subordinación global del crédito (...).

Esa consecuencia realmente no podía ser deseada por el legislador y colocaba a las entidades que disfrutaban de fianzas o avales en una situación compleja, ya que fiador y afianzado, si se trataba de socios o de empresas de un mismo grupo, fácilmente podrían verse avocados a situaciones concursales acumuladas (...).

Cualquier solución que se adopte sobre la materia es frustrante para el jurista, frustrante porque la interpretación literal lleva a consecuencias perversas que agudizan su perversidad cuando —como en este caso— deudor y fiadores se declaran en concurso condenando al acreedor a errar en uno y otro procedimiento cerniéndole la sombra de la subordinación en ambos supuestos. Frustrante porque una interpretación no literal obliga a un uso utilitarista de la norma que, en este caso, puede resultar justificado pero que en otros puede llevar a desactivar instituciones capitales del sistema de garantías, empezando por el principio de seguridad jurídica».

Por ello:

- a) Es *razonable* pensar que el legislador quiso evitar el fraude y obligar al ejercicio extraconcursal del crédito con fianza.

- b) No obstante esta interpretación no pudo ser deseada por el legislador, ya que el acreedor con fianza podría verse avocado o perjudicado por el concurso del fiador.
- c) Cualquiera de las interpretaciones es *frustrante* para el jurista.

O sea: pese a la razonabilidad de la interpretación «literal», no es la deseada por el legislador, aunque ambas interpretaciones pueden ser frustrantes.

Por ello:

La aplicación de la norma «A» tiene como finalidad evitar el fraude; para evitar el perjuicio de «d»; la interpretación «c» es la correcta aunque pueda resultar frustrante.

- (iv) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Madrid, de 5 de julio de 2005 (AC/2005/1148)

La presente sentencia comienza su análisis interpretativo afirmando que las dos corrientes doctrinales parten de una *interpretación gramatical* de la norma, diciendo al efecto que:

«...Es la interpretación de la última parte del precepto la que suscita mayores controversias. Ésta dice literalmente: “En la calificación de estos créditos se optará, en todo caso, por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor y al fiador”. No podemos desconocer que las dos corrientes doctrinales aludidas más arriba parten de la interpretación gramatical de esta disposición. Mientras que la calificadora como literalista entiende que la referencia a “estos créditos” alude a “los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero”, la correctora opina que la mención “estos créditos” debe entenderse referida a los créditos de los que sea titular el fiador una vez haya pagado. Menos polémica suscita la interpretación de la expresión adverbial “en todo caso” que, según el Diccionario de la Real Academia Española, significa “como quiera que sea, o sea como fuere” —y aunque para la corriente literalista tendría el significado de “siempre”— la importancia de su significado depende de la interpretación que se dé a la expresión “estos créditos”. De ahí que el quid de la cuestión sea desentrañar el significado de la expresión “estos créditos” (...)

...Como se puede adivinar, la letra del precepto soporta uno u otro significado. Y por ello no podemos detenernos en ella. Hay que acudir a otros criterios que coadyuven a atribuir a la norma un alcance definido» (...).

En cuanto a la finalidad de la norma y según el *criterio teleológico*, para las dos posiciones, es la que a juicio del juzgador sigue:

«...Atendiendo a la interpretación literalista, la finalidad de la norma sería la de postergar el crédito del acreedor que disfrute de fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor. Para la interpretación llamada correctora, el fin de la norma sería evitar que el fiador, especialmente relacionado con el deudor, pueda eludir la calificación que de su crédito le correspondería, según el artículo 92.5.º LC, por el simple hecho de subrogarse, mediante el pago, en la situación del acreedor principal (...).

Como podemos observar, ninguna de las inclusiones, dentro de la categoría de subordinados, se hace de manera gratuita. En todos los casos existe un motivo. Al respecto merece destacarse la expresión contenida en la Exposición de Motivos cuando justifica la creación de esta especial categoría de créditos. Dice que se calificarán como subordinados “aquellos que merecen quedar postergados tras los ordinarios”. “Merecer”, según el Diccionario de la Real Academia Española significa “hacerse uno digno de premio o de castigo”. Y por ello es lógico que en todos los créditos calificados como subordinados exista una razón peyorativa que justifique tal calificación. En todos los casos, tal razón queda expuesta en la Exposición de Motivos, y se desprende del contenido de cada uno de los créditos. Sin embargo, no se alcanza qué motivo de esta índole puede justificar la calificación como de subordinado de los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero especialmente relacionado con el concursado. Por el contrario, el tenor del artículo 1.839 del Código Civil (LEG 1889, 27) sí justificaría la interpretación, mal llamada correctora, del tenor del artículo 87.6 LC (RCL 2003, 1748). Aquel precepto establece que “el fiador se subroga por el pago en todos los derechos que el acreedor tenía contra el deudor”. De ahí que de no contar con la previsión del artículo 87.6 LC podría darse el caso en que el fiador, especialmente relacionado con el deudor, intentara evitar la calificación de subordinado de su crédito, según el artículo 92.5.º LC, satisfaciendo al acreedor principal que ha sido incluido en la lista de acreedores con una calificación más favorable. La justificación del segundo inciso del artículo 87.6 LC se encontraría en la evitación de este fraude» (...).

A continuación, la sentencia acude al criterio sistemático para comprobar si coadyuva o desmiente lo interpretado, exponiendo su juicio del siguiente tenor:

«...En aplicación de lo anterior, observamos que el artículo 87 LC lleva como título “Supuestos especiales de reconocimiento”, y se encuentra incluido en la Sección 2.ª, Capítulo III, Título IV de la Ley, titulada “De la comunicación y del reconocimiento de créditos”. A ésta debe enfrentarse la Sección 3.ª del mismo Título, que se rotula “De la calificación de los créditos”. De esta manera, la Ley incluye las normas relativas a la clasificación de los créditos (artS. 89 a 93 LC) en sede distinta a la correspondiente al artículo 87 LC. Y esta circunstancia no disiente de su contenido» (...).

Por último, alude a la interpretación histórica, del siguiente tenor:

«...Por último, hay que hacer referencia a la aludida interpretación histórica. El Grupo Parlamentario Catalán, tanto en el Congreso de los Diputados como en el Senado, formuló sendas enmiendas contra el inciso objeto de discusión con la finalidad de eliminarlo. De esta manera, la enmienda número 502, presentada por el Grupo Parlamentario Catalán (Convergencia i Unió) al Proyecto de Ley concursal, tenía como justificación que era “de difícil comprensión que la Administración judicial al calificar el crédito, y, por tanto, con anterioridad al pago por el fiador, pueda hacer un ejercicio intuitivo en torno a la calificación del crédito del acreedor principal, pues lo normal es que opere el pago por subrogación adquiriendo el

fiador los mismos derechos que ostenta aquél conforme previene el artículo 1.212 del Código Civil (LEG 1889, 27). Y de no efectuarse el pago, el crédito del acreedor no puede estar sometido a otra calificación que no sea la que le corresponda de acuerdo con lo previsto en el PLC". Y del mismo tenor fue la enmienda número 283, presentada en el Senado. Ambas fueron rechazadas. Sin embargo, no puede atribuirse necesariamente al rechazo de tales enmiendas un significado acorde con la tesis literalista. El fracaso de las referidas enmiendas se debe, necesariamente, a la falta de voluntad del legislador de excluir del artículo 87.6 LC (RCL 2003, 1748) el segundo inciso. Pero con ello el legislador no expresa de una manera inequívoca que el mantenimiento del citado inciso se llevara a cabo con el fin de posponer los créditos con fianza de personas especialmente relacionadas con el deudor. Ni puede deducirse sólo de tal acto. Porque lo que se rechazó en vía parlamentaria fue la eliminación del segundo inciso del artículo 87.6 LC. Pero en el acto de rehusar la enmienda no va de suyo la asunción de la interpretación que el grupo parlamentario, presentador de dicha enmienda, utilizó para su justificación. Si así lo hubiera querido el legislador podía haberlo expresado con mayor claridad y contundencia. No lo hizo. Por tanto, el elemento histórico del iter legislativo consistente en el rechazo de las enmiendas presentadas por el Grupo Parlamentario Catalán no nos es útil a los efectos pretendidos».

De lo anterior se colige lo siguiente:

- a) Para la interpretación de la norma «A» no sirven los criterios literal, que llevaría a admitir ambas corrientes, e histórico.
- b) De acuerdo con el criterio teleológico, la justificación de la norma «A» sería evitar el fraude consistente en la subrogación del fiador especialmente relacionado en la posición más beneficiosa del acreedor.
- c) La norma «A» se encuentra desubicada del contexto de las normas de calificación de créditos.
- d) El elemento histórico del iter legislativo *no es útil* para la interpretación.

Es decir, *sólo el criterio teleológico y el sistemático son válidos para la interpretación de la norma cuya finalidad única es evitar el fraude.*

En virtud de lo anterior:

La aplicación de la norma «A» tiene como finalidad evitar el fraude; estando la norma «A» fuera de contexto; la interpretación «c» es la correcta.

- (v) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Sevilla, de 14 de julio de 2005 (AC/2005/216800)

Con suma importancia al elemento sistemático, pese a lo dicho también en relación con el mismo, se afirma por el juzgador lo siguiente:

«...No se trata tanto de sacar conclusiones tajantes de la ubicación del precepto en un determinado capítulo y sección de la Ley Concursal (puesto

que es cierto que en esta Ley, como en la mayoría, no existe un orden y una sistematización perfectas y hay preceptos “desubicados”), sino de hacer una interpretación sistemática de la previsión legislativa, poniéndola en relación con las demás con las que tiene relación, y sacando las conclusiones que se entienden acordes con tal sistema, y que, por otra parte, no fuerzan, entiendo, la literalidad de la Ley...».

O sea:

Según una interpretación sistemática y relacionada de la norma «A»; la interpretación «c» es la correcta.

- (vi) La sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 29 de junio de 2006 (AC/2005/775)

La Audiencia Provincial de Barcelona justifica su razonamiento de la siguiente forma:

«...Tal finalidad es difícilmente rebatible, por más que pueda discutirse si es la única. Pero si se admite que esa finalidad (evitar la alteración de las reglas en materia de calificación de créditos por virtud de la subrogación por el fiador en la posición del acreedor afianzado) es la que justifica el precepto, no cabe duda que la interpretación que acoge la resolución apelada es la más adecuada para defender y hacer realidad el fin de la norma, sin imponer sacrificios injustificados o por lo menos de dudosa justificación. Se trataría de una interpretación “correctora” sólo en la medida en que, sin desbordar el acomodo en el tenor de la norma (que, ya hemos dicho, está necesitada de interpretación), ajusta el sentido gramatical a la finalidad perseguida.

La interpretación enfrentada, en cuanto determina atribuir al crédito del acreedor principal, que conforme a las reglas legales sería ordinario o bien privilegiado, la condición de crédito subordinado por el hecho de contar con la garantía personal de tercero especialmente relacionado con el concursado, y la consiguiente pérdida de garantías reales (“ex” art. 97.2 LC), desborda esa finalidad y requiere, para su razonable defensa, añadir otra más, como es la indicada de hacer padecer al crédito del acreedor principal dentro del concurso para estimular al acreedor a buscar su satisfacción fuera de él.

No obstante, ni la Exposición de Motivos ni ningún precepto de la Ley (como no sea el propio 87.6) permiten sostener con fundamento esa finalidad adicional que, de estar en la mens legislatoris, por su indudable trascendencia práctica, extraña que no se expresara directa y explícitamente. Más que finalidad que inspire la regla legislativa aparecería como un efecto o consecuencia práctica de los términos empleados, si es que se acepta la interpretación contraria, sin aparente conexión con expresadas razones de política económica legislativa. Frena, además, su deducción el hecho de que el propio sistema, del que se podría inferir esa finalidad, no prevé el lógico remedio o excepción para el supuesto, previsible, de que el acreedor no pueda lograr la satisfacción extraconcursal por el fiador, fundamentalmente por razón de la insolvencia de éste, haya sido o no declarado en concurso. Si tal finalidad inspira la norma, estimamos, no cabe duda que

el ordenamiento concursal la habría expresado, hubiera previsto las devastadoras consecuencias de su aplicación práctica y establecido las pertinentes excepciones a la regla».

Es decir:

- a) La interpretación correctora *ajusta* el sentido gramatical a la finalidad perseguida, que es la evitación del fraude.
- b) No es finalidad de la norma estimular el ejercicio extraconcursal de la acción del acreedor.

Con lo que puede extraerse que sólo la interpretación correctora se «ajusta» tanto al texto como al fin único de la norma.

Por lo tanto:

La norma «A» sólo tiene como finalidad evitar el fraude; las consecuencias de la interpretación «b» no se han previsto por el sistema; luego, la interpretación «c» es la correcta.

- (vii) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Barcelona, de 13 de junio de 2007 (AC/2008/159)

El fundamento de esta sentencia es:

«...De esta manera, y siguiendo el tenor literal del precepto (aquí sí), cuando dice “y sin perjuicio de su sustitución del titular del crédito” en el caso de pago por fiador es cuando se justifica la decisión plasmada por el legislador, máxime cuando continúa el precepto indicando que, llegado este caso, es cuando se deberá optar por la calificación que mejor resulte para el crédito...».

Esto es, la lectura del precepto en cuestión abona la interpretación «c».

- (viii) La sentencia de la Audiencia Provincial de Palencia, de 2 de octubre de 2007 (AC/2008/242)

Su razonamiento es el siguiente:

«...Esta Sala, aun reconociendo lo dudosa que resulta la cuestión, en trance de tener que resolver el conflicto concreto planteado, se decanta por la segunda de dichas posturas. No es sólo que la misma viene ya avalada por diversos pronunciamientos judiciales, no conociendo hasta la fecha resolución alguna que siga el contrario, sino que además la consideramos como más conforme al espíritu y finalidad del precepto, que no es otra que la de evitar el referido fraude en la calificación del crédito del fiador frente al deudor principal, situación que sólo es posible que se produzca o pueda producir cuando el fiador paga al acreedor principal, no habiendo razón alguna para entender que el legislador haya querido convertir en subordinado todo crédito contra el concursado que esté garantizado con fiador especialmente relacionado con éste, y de, haberlo querido, debió decirlo

expresamente (se trata, sin duda, de una consecuencia excesivamente dura para el acreedor) incluyendo el supuesto claramente en la lista de los créditos “subordinados” del artículo 92, mientras que el pronunciamiento del artículo 87.6 no hace una clasificación de los créditos, sino que supone una mera prevención ante la posibilidad del citado fraude, siendo tal interpretación perfectamente compatible con la dicción del precepto cuyo texto no ha de ser forzado en momento alguno».

De esta forma: la interpretación correctora es la acorde con el «espíritu» y «finalidad» de la norma, que no es otro que evitar el «fraude», puesto que si el legislador hubiera querido mantener la interpretación «literal» tendría que haberlo dicho «expresamente», confirmando tal tesis una interpretación sistemática.

Así pues,

Las consecuencias de la interpretación «b» no han sido previstas por el legislador;
luego la interpretación «c» es la correcta.

B) SENTENCIAS QUE AFIRMAN QUE LA SUBORDINACIÓN SE PRODUCE SIN TENER QUE ACAECER EL PAGO DEL FIADOR (CORRIENTE MINORITARIA)

- (i) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 10 de Santander, de 16 de marzo de 2007 (JUR/2007/125632)

«...CUARTO.—Ha de tenerse en cuenta que tal calificación no se vincula al titular del crédito sino al crédito en cuanto tal y no constituye una excepción a la subrogación, que opera de conformidad con el artículo 1.839 del Código Civil en toda su extensión. Si el objetivo hubiese sido exceptuar el régimen general de la subrogación, claramente se habría señalado así, vinculando la regla al titular del crédito y no a éste como objeto. Sin embargo, no se está modificando dicho régimen general que se produce igualmente ante un concurso declarado cuando concurren los requisitos legalmente previstos, esto es, el pago por el fiador, en cuyo caso sustituye al titular del crédito. Si lo pretendido hubiese sido diferente, hubiera sido necesario realizarlo expresamente, de modo similar a lo que acontece con el artículo 58 LC con relación a la compensación, sin que sea admisible que de manera tácita y no claramente establecida, se modifiquen los efectos de la fianza legalmente establecidos.

En consecuencia, entendemos que en los casos en que el fiador paga al acreedor en lugar del concursado, se subroga en la posición del titular originario del crédito y la subrogación se produce en toda su extensión, transmitiéndose el crédito en su integridad, extensión y contenido, incluida su calificación.

QUINTO.—Ciertamente es que como se ha adelantado al comienzo de la fundamentación jurídica de esta resolución, existen dos claras posiciones doctrinales y jurisprudenciales en la interpretación de este precepto, y tanto la que aquí se sostiene como la contraria poseen argumentos sólidos a su favor. Sin embargo, la finalidad y espíritu que se considera preside la norma y que es la que determina, en definitiva, la existencia de la interpretación correctora, no resulta patente y evidente. De hecho, las dudas

interpretativas no han surgido de la mera existencia del artículo analizado, sino que se han puesto de manifiesto una vez que se ha visto el resultado práctico que se obtiene con la interpretación literal, en principio e inicialmente no discutida. Tras comprobar la realidad del tráfico económico y mercantil y la incidencia que en el mismo tiene el artículo 87.6 LC, según su sentido literal, se ha acudido a dicha finalidad y espíritu de la norma, considerando que era contradictorio con el resultado práctico a que conlleva la interpretación literal. A partir de ahí se ha tratado de buscar acomodo legislativo a la interpretación correctora, entendiendo que se produce una distinción entre dos créditos y que se exceptiona el régimen general de la fianza. No obstante, ha de tenerse en cuenta que el significado literal de la norma fue necesariamente conocido por el legislador, teniendo en cuenta la enmienda presentada en el trámite parlamentario, por lo que no es posible que por vía interpretativa se dé un cambio radical a su sentido modificando completamente el resultado de la norma.

En este sentido, no puede desconocerse que en dicho trámite parlamentario este precepto fue objeto de una enmienda que, finalmente, no fue acogida, pero que de haber obtenido éxito hubiere supuesto la plasmación de la denominada interpretación correctora.

Atendiendo a estas circunstancias, teniendo en cuenta el escaso periodo de tiempo transcurrido desde la aprobación de la ley y que los antecedentes legislativos permiten concluir que el significado literal era conocido por el legislador, no es posible que por vía interpretativa se dé un cambio radical a su sentido, modificando completamente el resultado de la norma, todo ello, incluso a pesar de que en su estudio y aplicación se haya puesto de manifiesto la incidencia y consecuencias que tiene en el tráfico financiero y que pueda llegar a considerarse que su resultado es excesivo. En cualquier modo, la regla deja siempre abierta la vía al acreedor que disfrute de fianza de un tercero, de satisfacer su crédito fuera del concurso, dirigiéndose directamente frente a dicho fiador.

En definitiva, el artículo 87.6 LC mantiene la unidad e integridad del crédito, así como la subrogación legalmente establecida, que se produciría aún cuando no lo proveyese expresamente, en aplicación de las reglas generales contenidas en los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil. Lo único que añade, con independencia de lo anterior, es una regla especial relativa a la calificación de estos créditos que son únicos con independencia del cambio de titular y en ella, partiendo de la poda de privilegios que preside la ley, opta por aquella que resulta menos gravosa para el concurso.

Téngase en cuenta que de haberse pretendido la modificación de la calificación del crédito ante el cambio de titularidad, la redacción del precepto hubiera resultado de diferente tenor, en primer término porque supondría una excepción a la regla general del artículo 1.839 del Código Civil, con la consiguiente modificación del régimen de la fianza que no puede realizarse tácitamente. En segundo lugar, por la facilidad con la que es imaginarse una redacción en la que se previese dicho efecto.

Además, la interpretación aquí sostenida concuerda con el régimen previsto en la regla 7.ª del artículo 87 para los supuestos de pago parcial por el fiador, que es en el que en realidad nos encontramos y que supone una consecuencia y continuación de la regla anterior. En estos supuestos, cuando se reconoce la totalidad del crédito al acreedor garantizado, aún a

pesar de haber recibido parte por pago del tercero garante, la ley no prevé que se efectúen dos calificaciones distintas para dichos créditos (el correspondiente al acreedor garantizado y el del fiador) sino que alude al reconocimiento a favor del acreedor originario, de así solicitarlo, tanto de la parte que le reste por recibir de su crédito como de la totalidad que le corresponda al fiador que hizo el pago parcial, manteniendo la unidad del crédito y la unidad de la calificación. Esto en tanto que no se establece que en la calificación de la parte ya percibida se tenga en cuenta la identidad de su verdadero titular, esto es, el fiador».

De lo anterior, se extrae que:

- a) La calificación menos gravosa *no se vincula* al titular del crédito, sino al crédito, siendo acorde tal interpretación con el régimen de la subrogación.
- b) La interpretación correctora supondría una *excepción* al régimen de la subrogación, la cual legalmente implica la transmisión del crédito en su integridad, extensión y contenido, incluida su calificación.
- c) Las dudas interpretativas nacen de las *consecuencias prácticas* de la aplicación de la norma, según su significado literal no discutido y conocido por el legislador.
- d) La norma concuerda con las otras normas de reconocimiento de créditos y con el sistema de calificación, ya que sólo impone la unidad en la calificación del crédito sin concretarla.

De lo que puede extraerse como razonamiento el siguiente:

La interpretación literal de la norma concuerda tanto con el sistema jurídico concursal como con el propio de la fianza, corrigiéndose su interpretación por la perversidad de la misma para los intereses del acreedor.

Por lo que:

La interpretación «b» de la norma «A» concuerda con el sistema; los intereses de «d» no justifican la interpretación «c».

- (ii) La sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 10 de Santander, de 19 de marzo de 2007 (*JUR/2007/125617*)

Con idénticos razonamientos que la anterior, a la cual nos remitimos.

- (iii) La sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona, de 20 de mayo de 2008 (*JUR/2008/204798*)

Con claro apoyo en la interpretación literal, su argumento es el siguiente:

«...Para mientras la jurisprudencia, es decir, las Resoluciones reiteradas del TS, no nos ilumine, procede señalar que, conforme al principio in claris non fit interpretatio, la realidad interpretativa del precepto no puede ser otra que la de remitir la referencia de la calificación a los créditos contemplados en el primer párrafo del artículo, es decir, a los créditos en

los que el acreedor disfruta de fianza de tercero, créditos que son los expresamente contemplados en el artículo y que se reconocerán por su importe, sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador. El segundo párrafo del artículo lo que efectúa es la calificación de esos créditos, y lo hace para todos los casos y conforme a la calificación que resulta menos gravosa para el concursado entre las que correspondan al acreedor o al fiador. El legislador está contemplando, y así se deriva del precepto, los créditos en los que el acreedor disfruta de fianza de tercero y a ellos les aplica la regla de calificación del segundo párrafo, y a ellos se está refiriendo necesariamente el sintagma "estos créditos". Todas las demás interpretaciones no hacen más que tratar de eludir un efecto no aceptado o estimado perjudicial desde las perspectivas de determinados intereses, que no son otros que los de las entidades crediticias, tan dignos de defensa como otros, pero que no se avienen con la expresión literal del precepto y que ven disminuidas las garantías de cobro de sus créditos. Por lo referido, y haciendo propios los argumentos de la sentencia recurrida, se desestima el recurso...».

Es decir, la literalidad ofrece la verdadera «realidad interpretativa» de la norma, por lo que la corrección de la misma sólo obedece a «intereses» particulares.

Por tanto:

La verdadera interpretación de la norma «A» es la «b»;

El fin de la interpretación «c» es evitar el perjuicio de «d».

Integrando los razonamientos interpretativos efectuados por las sentencias, anteriormente expuestas, podríamos ofrecer el siguiente, a modo de corolario:

- La norma «A», de carácter necesario para evitar el fraude, tiene como interpretaciones razonables y posibles «b» y «c».
- Ponderando los intereses de «d» y «e» y para evitar el perjuicio de «d», ya que las consecuencias de la interpretación «b» no han sido previstas por el legislador.
- La interpretación «c» es la correcta, al ser la que se adecúa al fin y al contexto de la misma.

Esto es, en nuestra opinión, la valoración y ponderación de los intereses en juego, es decir, los intereses del concurso y los del acreedor garantizado con fianza de tercero especialmente relacionado con el concursado, ha supuesto hasta la fecha la premisa que ha guiado a los tribunales hacia la conocida como «interpretación correctora» del artículo 87.6 de la Ley Concursal, ante la perversidad de los efectos de la denominada «interpretación literal». Dicha ponderación de intereses y el utilitarismo utilizado por los tribunales para resolver mayoritariamente el conflicto entre las dos mencionadas interpretaciones (con las excepciones expuestas), merece, a nuestro juicio, una crítica desde el fracaso de los propios principios reguladores de ambos sistemas —jurisprudencia de intereses y utilitarismo—, según se ha puesto de manifiesto en la doctrina interpretativa de las normas jurídicas, lo cual nos proponemos hacer en el último apartado IV de este trabajo, no sin antes reflejar

someramente cuáles son los principales fundamentos doctrinales, tanto de la denominada «interpretación literal» como de la conocida como «interpretación correctora».

III. SUCINTA EXPOSICIÓN DE LAS DOS CORRIENTES DOCTRINALES

No es objeto del presente trabajo realizar una prolija exposición de la multitud de opiniones e interpretaciones que, como resultado de tales, han venido proliferando desde la aprobación de la tan debatida norma jurídica.

En nuestra opinión, y debido a lo arduo del debate, considero que poco más se puede añadir de cierto interés en defensa de una u otra postura, si no es desde una perspectiva diferente. De esta forma, y con el ánimo de concisión del que intentamos dotar a esta breve exposición y con el espíritu de ubicar sistemáticamente el presente análisis, resumiremos las posturas de PERDICES, en la línea de la interpretación «literal» propugnada por el profesor ROJO, y la de CARRASCO, en la línea de la interpretación «correctora» defendida por el profesor OLIVENCIA, al considerarlas bastante explícitas en sus conclusiones en pro y en contra de las opiniones vertidas sobre la verdadera interpretación de la norma (siendo igualmente de las más citadas por las sentencias expuestas), remitiéndonos desde ahora a la extensa bibliografía al respecto citada en los trabajos de estos autores para quien quiera profundizar más en los razonamientos de ambas corrientes doctrinales, así como a los numerosos trabajos existentes en adscripción a una u otra corriente. Puesto que el propósito de este trabajo, y como hemos apuntado anteriormente, consiste en atender a una crítica de la línea judicial mayoritaria, abonada a la interpretación «correctora» por ser, en cierto modo, deudora de postulados interpretativos clásicos propios de la jurisprudencia de intereses y del utilitarismo interpretativo, en nuestra opinión, igualmente mecadores de crítica.

Antes de nada, cabe decir que en el espíritu de ambas líneas interpretativas subyace, a nuestro modo de ver, un cierto grado de contestabilidad recíproca a sus postulados, como no puede ser menos, debido a la oscuridad de la norma debatida, aunque no hayan faltado algunas voces vehementes que hayan calificado como aberrantes los resultados de la postura contraria, lo que, a nuestro juicio, no puede ser debido más que a concretas posiciones de parte sobre la materia, en defensa de uno solo de los intereses en juego, vuelvo a repetir, por la oscuridad de la norma y la dificultad interpretativa de la misma.

A) LA INTERPRETACIÓN «CORRECTORA»

Para CARRASCO (1) la interpretación del artículo 87.6 de la Ley Concursal no puede realizarse desde un punto de vista literal o gramatical, sino que merece la práctica de dos restricciones, a saber, la regla sólo resulta de aplicación cuando el crédito ha pasado a titularidad del garante o codeudor y, en segundo lugar, debe suponer una adquisición total o parcial del crédito, vía subrogación por pago postconcursal. De esta forma, el citado autor opina (2)

(1) Ángel CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, 2.^a ed., Thomson-Civitas, pág. 274 y sigs.

(2) Vid., *op. cit.*, págs. 275 y 276.

que: «...la regla de la calificación menos gravosa viene a significar entonces que por vía de subrogación postconcursal, el fiador no puede pretender ejercitar el regreso como un acreedor privilegiado si el acreedor común no lo era, aunque el fiador (codeudor) lo fuera; para ello debería haber pagado o consignado antes del concurso. Si el crédito era privilegiado pero el reembolso no, el fiador o codeudor no podrán subrogarse en este privilegio, pues si hubiera querido fortalecer su crédito de regreso debería haberse preocupado por buscar él mismo una garantía, o haber pagado o consignado antes de la quiebra, para insinuarse de esta forma como acreedor privilegiado por vía de subrogación».

CARRASCO afirma que la interpretación literal no interesa al debate ni tampoco la interpretación auténtica de la voluntad del legislador sino que (3): «...Importa sólo qué razones materiales existen para considerar que el acreedor de un concursado debe ser rebajado al rango de subordinado por el solo hecho de que el crédito esté afianzado por un "insider" del concursado», finalizando con una aporía de la interpretación «correctora» del siguiente tenor (4):

«...Por tanto, benditos sean los buenos jueces que corrigen las malas literalidades de las leyes y desechan las interpretaciones auténticas del legislador».

Desde este momento, no podemos resistirnos a entender las alabanzas realizadas a los jueces desde el prisma de la interpretación «correctora», como cercanas incluso a los postulados de la Escuela del Derecho Libre (*Freirecht*). Como prueba de este paralelismo, cabe recordar las palabras de uno de sus máximos exponentes Ernst FUCHS (5), quien propuso incluso la siguiente adición al articulado del BGB: «En la interpretación de la ley no se atenderá a su sentido literal, sino que investigará su voluntad y espíritu. Para ello tendrá en cuenta, tanto su significado económico y social, como el desarrollo de las relaciones. Si la ley permite diversas interpretaciones, preferirá las que vayan mejor dirigidas al progreso de la vida y del tráfico. Donde la finalidad de la ley o un apremiante interés del comercio o de la vida jurídica lo exijan, el Juez perfeccionará el texto legal mediante normas jurídicas que lo restrinjan, extiendan, corrijan o completen». Es decir, cuando un apremiante interés del comercio lo exija (evidentemente, en nuestro caso, el interés del acreedor afianzado por persona especialmente relacionada), el Juez perfeccionará la norma jurídica corrigiéndola.

Tampoco podemos olvidar las palabras del Profesor DE CASTRO (6), con las que el eximio jurista criticaba tal concepción en la realización e interpretación del Derecho: «...Es una lamentable consagración del criterio individualista [en referencia al célebre art. 1 del Código suizo y la excesiva potestad otorgada por el mismo al juez] obliga al Juez a dar al caso la solución que corresponda a su convicción política, personal, desconociendo los principios morales sobre los que se basa la vida de la nación. Parecida censura se puede dirigir a todas las doctrinas del Derecho libre. Tiene un sentido político de enemiga a la organización, fuerza y cohesión del Estado; su base filosófica es positivista o individualista, las más de las veces teñida de materialismo marxista, desconoce la existencia de valores objetivos y, en contra de la Constitución del Estado, coloca al arbitrio judicial por encima de los demás poderes jurídicos».

(3) Vid., *op. cit.*, pág. 277.

(4) Vid., *op. cit.*, pág. 279.

(5) Ernst FUCHS, *Die Justiz*, 1925.

(6) Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*. Civitas, págs. 452 y 453.

B) LA INTERPRETACIÓN «LITERAL»

PERDICES (7), aún reconociendo la desafortunada redacción de la norma, afirma que ésta tiene una finalidad clara: «...la de asegurar la eficacia de las nuevas reglas de subordinación de créditos, y más concretamente en lo referido a las causas subjetivas de subordinación... La misma supone, en esencia y en su redacción actual, una anticipación de la subrogación a efectos de calificación, de modo que el crédito principal se va a clasificar como si esa sustitución (subrogación) ya se hubiese producido. Ciertamente eso redundará en perjuicio de la calidad del crédito concursal del acreedor principal, que lo ve subordinado, pero sin duda ello se compensa en la mens legislatoris con la posibilidad del acreedor de reclamar extraconcursalmente frente al fiador y, tal vez, y acaso esa sea una vía de investigación interesante, en el beneficio o menor gravosidad para el concurso que ello supone».

Este autor también reconoce que la norma peca tanto por defecto como por exceso, al mantener que (8): «Así, de un lado, deja fuera supuestos que, siguiendo la lógica del legislador, debería comprender, como los del acreedor principal subordinado afianzado por un garante común o privilegiado, que puede obtener extraconcursalmente la integridad del crédito desplazando sobre los demás acreedores concursales la carga de un reembolso ordinario o privilegiado del fiador. Pero por otro lado, comprende otros supuestos que no tiene sentido que acoja, como los referidos a los supuestos donde acreedor principal y fiador ostentan créditos de distinta clase pero ninguno de ellos subordinado, y donde la letra de la ley parece conducir inexplicablemente a una calificación "a la baja" del crédito privilegiado».

PERDICES finaliza ingeniosamente su análisis de la siguiente forma (9):

«Así, aun admitiendo que a la vista del artículo 87.6 LC, tal vez lo mejor sería dejar actuar al Derecho y a sus intérpretes sin las constricciones de la letra de la ley, procediendo simplemente a la derogación de la norma, nos atrevemos a pensar en una redacción de un tenor que podría ser el siguiente:

"Los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de terceros 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. En este último supuesto, y si el fiador fuese persona especialmente relacionada con el deudor, el crédito en que se subrogue pasará, en todo caso, a clasificarse como subordinado. No obstante, se podrá clasificar inmediatamente como subordinado el crédito garantizado con fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor si se acredita la posibilidad de su titular de satisfacer su interés, íntegramente y sin perjuicio propio, con cargo a dicho garantía"».

O sea, como hemos visto para uno de los mayores defensores de la interpretación «correctora», la solución pasa por la función del juez *ome bueno* para llevar a cabo dicha corrección desechando las interpretaciones auténticas del legislador, mientras que para otro de los principales autores que se inclinan por la interpretación «literal», la solución pasa por una derogación de la norma o bien una modificación de la misma.

(7) Antonio B. PERDICES HUETOS, *Fianza y concurso. Las garantías personales en la Ley Concursal. Estudios de Derecho Concursal*. Thomson-Civitas, 1.ª ed., 2005, pág. 80.

(8) Vid., *op. cit.*, pág. 81.

(9) Vid., *op. cit.*, pág. 107.

IV. LA INTERPRETACIÓN «CORRECTORA» Y LA JURISPRUDENCIA DE INTERESES

Para un acercamiento a la Jurisprudencia de intereses, resulta de enorme interés el conocimiento de los trabajos de don Jerónimo GONZÁLEZ publicados en esta misma Revista, debido al análisis y crítica que de la misma hizo el ilustre jurista (10) (11), como de hecho puso de manifiesto José Luis DE LOS MOZOS en otro trabajo publicado también en esta Revista (12).

Desechando a la Escuela del Derecho Libre que «libera» al juez de la norma escrita, la jurisprudencia de intereses viene presidida por la ponderación de intereses o la teoría de conflictos.

Expone don Jerónimo GONZÁLEZ (13) que para la jurisprudencia de intereses toda norma jurídica decide un conflicto de intereses, descansa en su actuación recíproca y aparece como un componente de fuerzas. El fin de la Ley apunta hacia el interés vencedor, su contenido pondera las energías de los combatientes y en cuanto a la función judicial, advierte que (14): «...si el Juez se halla obligado a observar la Ley, tiene, como el legislador, intereses que deslindar y conflictos que resolver. La lucha entre las partes los pone de relieve, y, al decidirla, debe aplicar la ponderación fijada por el legislador. Además ha de tenerse en cuenta que nuestras leyes son escasas en comparación con los innumerables problemas de la vida, imperfectas y no exentas de contradicciones. El legislador moderno se hace cargo de todo ello, y no espera del Juez una servil y literal sumisión, sino una obediencia racional que atienda a los intereses en juego; ni solamente la subsunción lógica bajo los mandatos promulgados, sino el complemento de los defectuosos y la rectificación de los equivocados. En resumen: el juez no debe circunscribirse a la aplicación de lo mandado; ha de custodiar los intereses protegidos por la Ley».

En una reflexión final sobre la jurisprudencia de intereses, don Jerónimo GONZÁLEZ (15) no le quita ciertos méritos a la misma, aunque al final la viene a calificar de ilusoria más que de realista, al pronunciarse del siguiente modo: «La escuela de Tubinga tiene el indiscutible mérito de centrar los problemas capitales de la jurisprudencia sobre dos quicios de extraordinaria validez: a) el texto legal que los partidarios del derecho libre habían arrojado por la borda en la borrasca que a fines del siglo pasado corría la justicia; b) la doctrina del interés protegible, entendido, no en el sentido del materialismo histórico, sino como energía latente en las aspiraciones humanas, vulgares o nobles, prácticas o románticas. Con ello ha dado el golpe de muerte al logicismo, o mejor, ha reducido la construcción a sus verdaderos límites, ha superado los problemas normativos de los cognitivos y de formulación sistemática y, sobre todo, ha llamado la atención de los juristas hacia los sectores vitales y hacia las funciones de la sociedad. Pero sin listas de intereses, ni jerarquía de valores, ni módulos de

(10) Don Jerónimo GONZÁLEZ, «Jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 126, 1935.

(11) Don Jerónimo GONZÁLEZ, «La Escuela de Tubinga», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 128, 1935.

(12) José Luis DE LOS MOZOS, «Jerónimo González, divulgador y crítico de la jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 619, 1993.

(13) *La jurisprudencia de intereses*, pág. 414.

(14) *La jurisprudencia de intereses*, pág. 417.

(15) *La Escuela de Tubinga*, págs. 574 y 575.

reducción, ni reglas para medir las variadas dimensiones de los impulsos, deseos o anhelos humanos y la energía de las corrientes sociales, la ponderación de fuerzas o intereses es una ilusión más que una realidad asequible a corto plazo».

HECK (16), uno de los acuñadores de esta jurisprudencia de intereses, entendía que necesitábamos tener una confianza en el Derecho para poder tener seguridad, tanto en la vida diaria como en la de las grandes empresas, por ello quien invierte debe tener seguridad que sus inversiones e intereses se verán protegidos, seguridad que se trasluce en que cada conflicto jurídico será protegido por una norma jurídica bien ponderada.

En nuestra doctrina, DE CASTRO (17) hizo una crítica demoledora de la jurisprudencia de intereses al decir que: *«La doctrina es, sin embargo, inaceptable. Tiene un vicio de origen insubsanable; parte, como Ihering, de una concepción filosófica positivista, materialista y determinista; se suprime el elemento personal y se desconocen los valores objetivos. Típica de su formación filosófica será la incomprensión asombrada ante el ataque de los representantes de teorías idealistas o realistas, y su ingenua creencia de que el hecho de hablar de intereses morales y religiosos impide el que se le califique de positivista. Su prejuicio positivista es el que le oculta que el hecho de colocar en igual plano a los intereses morales y religiosos que a los materiales, y, como otros tantos apetitos, es materialismo; que estimar a todas las concepciones religiosas, morales y políticas igualmente válidas, es individualismo y escepticismo... El Derecho y la función de los juristas quedan reducidos a la más mezquina técnica, a la de la máquina registradora de las pesadas de intereses hechas por el legislador; la actividad legislativa queda fuera de su objeto y el juez, en caso de laguna de ley, se abandona a su libre arbitrio».*

Pues bien, esta lucha interna de intereses, esta ponderación o conjugación de valores es la que, a nuestro juicio, se está intentado desvelar mediante la «interpretación correctora», es decir, la contraposición formal entre el interés del concurso (por mucho que incluso se haya llegado a afirmar la inexistencia de este concepto, cuando en nuestra opinión resulta bastante clara la existencia del mismo en la Ley Concursal) y el interés del acreedor garantizado con fianza prestada por persona especialmente relacionada con el deudor concursado. Para ello y reconociendo como finalidad de la norma el evitar el fraude consistente en la subrogación del fiador en la posición del acreedor con una calificación de su crédito no subordinada, resulta que es la defensa del interés del acreedor la que ha de prevalecer en esta pugna.

En nuestra opinión, no consideramos que esta interpretación correctora se siente también sobre la base de la ponderación previa de tales intereses en la *mens legislatoris*, sino que su postura reside más en la ulterior labor de ponderación que ha de realizar la autoridad judicial, quien aunque sujeta a la ley pero libre del tenor literal de la misma, ha de fallar conforme a lo que estiman interés general en perjuicio de lo que en su labor subyace, como interés particular.

Como puede verse, el determinismo en la práctica de la tarea interpretativa está servido, el juicio de valor es el realizado y la corrección practicada es la que debe prevalecer para guarecer el interés general del rigor expresado por el legislador.

(16) Philip HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912.

(17) DE CASTRO, vid., *op. cit.*, pág. 455.

Esta «interpretación correctora» y pese a sus alardes interpretativos literales realizados sobre la norma jurídica, sobre todo en relación con la expresión «...*estos créditos...*», no es menos cierto que en realidad se aparta con claridad del tenor de la Ley, aunque asuma la finalidad de la misma generalmente propugnada como es la de evitar el fraude citado. Por supuesto que no es nuestro propósito realizar una defensa del denostado principio *in claris non fit interpretatio*, ya que en realidad y por lo general, no creemos en la existencia de sentidos claros en la norma (18), debiendo en todo caso, realizarse una interpretación de la misma en su dimensión teleológica o finalista, como fin de la verdadera labor del intérprete. Aunque tampoco opinamos que la interpretación literal deba ser desterrada por completo, o criticada hasta sus últimas consecuencias. Esta creencia, desde luego, no puede ser tildada de un apego positivista en relación con la interpretación normativa, máxime viniendo de posturas tan cercanas a la jurisprudencia de intereses que, como hemos tenido ocasión de comprobar, sí parten del texto de la ley para llevar a cabo su particular interpretación de la misma conforme a la escala o jerarquía de valores predeterminada, o incluso, por qué no, configurada *a posteriori*, una vez «enfrentados» los intereses a la perversidad normativa.

La interpretación literal de la ley pervive en aquellas modernas teorías interpretativas donde parece negarse que la misma juegue cualquier papel importante (19). De esta forma, GIMENO PRESA confirma la pervivencia de este sistema interpretativo en las recientes teorías de GUASTINI y HERNÁNDEZ MARÍN, al decir que: «*Tras el examen, estas dos teorías de la interpretación jurídica, la de Guastini y la de Hernández Marín, podemos sostener que la interpretación literal está presente en ambas. Si tenemos en cuenta la definición que el autor italiano da de un significado literal, como el significado prima facie, inmediato de un enunciado lingüístico, y, teniendo además en cuenta que para este autor el lenguaje es siempre vago y ambiguo, la conclusión a la que llegaremos es que ninguna expresión tiene un significado literal. Sin embargo, si partimos de otra definición de significado literal concibiéndolo como los significados que una expresión pueda tener en virtud del sentido en sus términos y de la conexión que éstos tienen en dicha expresión, al margen del contexto (definición, por ejemplo, de la que parte Hernández Marín y que pareciera aceptar el mismo Guastini), nos encontramos con que en la doctrina de Guastini la interpretación literal no sólo juega un rol primordial, sino que es totalmente coincidente con la interpretación jurídica. Centrándonos ahora en la postura de Hernández Marín, tenemos que, dado el concepto del que parte para definir el sentido literal y teniendo en cuenta su teoría de la interpretación del Derecho, está claro que interpretar éste no es nunca interpretarlo literalmente. Sin embargo, consideramos que no es incompatible con la teoría de este autor sostener que en el proceso para determinar el sentido total de una expresión, la determinación del sentido literal juega un rol importante, por lo que si bien interpretar el Derecho no es interpretarlo literalmente, para interpretar aquél se debe tener en cuenta, entre otros aspectos, el sentido literal de la expresión.*

(18) Sobre este tema, vid. Laura MIRAUT MARTÍN, «Reflexiones en torno a la doctrina del sentido claro de los textos jurídicos», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIX, enero de 2002.

(19) Sobre el particular, vid. María Concepción GIMENO PRESA, *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XIX, enero de 2002, pág. 147.

Pues bien, si hemos, por tanto, que conceder un importante rol interpretativo a la interpretación literal, incluso desde teorías que *prima facie* parecen negar dicho valor, no es menos cierto que la «interpretación correctora» tergiversa el texto normativo analizado. De esta forma, PERDICES (20) recoge como apoyo a su tesis el resultado de una consulta realizada al efecto a la Real Academia de la Lengua Española, quien confirmó que la expresión «estos créditos» del segundo inciso de ese artículo se refería a «los créditos en que el acreedor disfrute de fianza de terceros», pudiéndose colegir, por tanto, que no al caso en que en esos créditos se hubiese producido una sustitución del titular.

Admitiendo, como no podía ser de otra forma, que la labor interpretativa tiene como resultado la búsqueda de la finalidad de la norma y si ésta es la de evitar el fraude expuesto, ¿por qué se desdeña la interpretación literal por la corriente correctora de la norma?, ¿por qué se acusa a la corriente, mal denominada literalista, de no atender al espíritu y finalidad de la norma?, pero si ambas posturas defienden que es evitar el fraude, ¿quiere esto decir que dicho fin puede ser conseguido sólo tras la ponderación de los intereses en juego? A nuestro juicio, no. Como hemos expuesto, la interpretación literal de la norma no abona la corrección de la misma, pero es que consideramos que ni siquiera la interpretación teleológica que realiza dicha corriente correctora sea la que debe prevalecer, si no es también ante la perversidad de la ponderación determinista de los intereses en juego.

Es decir, la interpretación finalista realizada por el denominado sector literalista tiene su fundamento teleológico e incluso lógico-sistemático, o sea, evitar el fraude perseguido con respeto a la normativa reguladora de la subrogación en la fianza que supone la subrogación en la calificación del crédito, ¿cómo puede entenderse con respeto íntegro a los efectos del contrato de fianza que es la subrogación la que opera un cambio de calificación del crédito?

Desde luego, creemos que no sólo la redacción de la norma, sino la oportunidad de la misma, no es justificada, todo ello desde el anhelo de contar con un método de fijación del Derecho regido por un principio de economía normativa o legal, configurado por los principios de eficacia que exige la eliminación de las normas innecesarias, puesto que, como decía MONTESQUIEU, las leyes inútiles debilitan las necesarias, así como por el principio de sencillez que implica la no creación y la austeridad o moderación en el establecimiento de instituciones jurídicas, no creando más que las estrictamente necesarias (21).

Si como creemos, los resultados de la norma, pese a la interpretación defendida, exceden al propósito de la misma, no puede mantenerse la referida en nuestro sistema concursal si no es desde una posición maquiavélica respecto de la existencia de la misma, esto es, sin creer que el legislador ha actuado cual Príncipe creyendo en que el fin (evitar el fraude) justifica el medio (la dureza del resultado que, indudablemente conlleva la aplicación del art. 87.6 de la Ley Concursal sin una corrección valorativa del mismo, por otro lado, a todas luces injustificada). ¿O es que en nuestro Ordenamiento Jurídico no

(20) Vid., *op. cit.*, nota núm. 30, pág. 103.

(21) Véase al respecto, Alberto MONTOSO BALLESTEROS, «Incidencia de la seguridad jurídica en la estructura y forma lógica de la norma jurídica», en *Anuario de Filosofía del Derecho*, núm. XV, enero de 1998.

existen normas como el artículo 6.4 y el artículo 7 del Código Civil que permitirían a la administración concursal la calificación del crédito en función de las circunstancias del caso y bajo la «espada de Damocles» de tales preceptos? ¿Cuál es el por qué del mantenimiento de la existencia de una norma como la del artículo 87.6 de la Ley Concursal? ¿Para qué propugnar modificaciones a la misma o interpretaciones auténticas sobrevenidas a la misma, si no es atentar contra el contenido imperativo del enunciado de una norma y volver al estilo suasorio de las viejas leyes que contenían excesivas explicaciones y *rationes* justificativas del mandato legislativo, si no es atentar contra la necesidad de un Ordenamiento Jurídico claro, sencillo y eficaz? Quizá demasiadas preguntas, con la esperanza de obtener nula respuesta. Aunque de una cosa sí que estamos seguros, ¡la proscripción del fraude de ley, del abuso del derecho y del ejercicio antisocial del mismo hubiese bastado, por sí solos, para cumplir con el fin del legislador con la presente norma!

Asimismo, y en dicha creencia una «interpretación correctora» no puede ser el resultado a la exégesis de la norma si no es desde una errónea concepción o creencia de la existencia de que la hermenéutica ha de venir presidida por el mantenimiento de un malentendido interés general (interés del acreedor) sobre un también incompresiblemente enjuiciado como interés particular (interés del concurso).

En fin, no debe olvidarse que como decía DE CASTRO (22): «...*El respeto a la ley impone buscar su verdadero sentido, investigando su fin, pero también ordena que se impida desviar su significado claro con trucos de leuleyo*».

V. LA «INTERPRETACIÓN CORRECTORA» Y EL UTILITARISMO

El haber tratado la conexión, que de contrario ha de aceptarse que al menos aparenta, la interpretación correctora con la jurisprudencia de intereses desde una posición crítica sobre la misma, no supone que en los resultados (no sabemos si también en los planteamientos o razonamientos realizados *a priori* para la resolución del problema) también encontremos ligazones o vínculos con lo que pudiera denominarse utilitarismo interpretativo (ya hemos visto antes, como los panegíricos llevados a cabo ante las resoluciones judiciales mayoritarias expuestas, nos hacen recordar al superlativo papel otorgado por el *Freirecht* a la labor judicial).

Pues bien, resulta ampliamente conocido que el utilitarismo y su precursor BENTHAM, proponen un método para el razonamiento moral, en el que no hay conductas malas o buenas por sí mismas, sino que el calificativo a las mismas sólo puede ser otorgado tras un cálculo o ponderación de los beneficios o perjuicios que supongan para cada caso. La conducta ética acertada es aquella que consigue un mayor beneficio con un menor perjuicio, de forma que consiga la mayor facilidad para el mayor número de interesados.

En nuestro caso, la norma analizada tiene como fin evitar el fraude, mas en la aplicación de la misma se encuentra latente un claro conflicto de intereses —el del acreedor y el del concurso—, los cuales han de ser ponderados o medidos para que el resultado de dicha aplicación normativa lleve a los mayores beneficios con el menor perjuicio. Esto es, volvemos a contraponer interés general frente a interés particular, entendiendo por aquél (desde esta

(22) DE CASTRO, vid., *op. cit.*, pág. 468.

corriente correctora) el interés del acreedor que financia las operaciones y posibilita la práctica de las mismas dentro de un sistema, y por éste, el interés del concurso. La lógica sería similar a la contraposición de intereses que, por ejemplo, existe entre la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, ¿cuál ha de prevalecer?

Como método resolutivo, tradicionalmente han existido en este campo las conocidas teorías conflictualistas, cuyos defensores ante la pugna de intereses manifiestan que ambos intereses existen, pero que son manifiestamente incompatibles. Mientras que, por otro lado, se encuentran las teorías no conflictualistas que sostienen que sólo en la apariencia puede existir dicho conflicto de intereses, no en la realidad, por lo que han de delimitarse correctamente los mismos.

En un trabajo sobre «conflictos de derechos», MORELLI (23) nos expone la crítica que realiza John FINNIS en su obra *Fundamental of Ethics* al utilitarismo, diciendo, sobre todo, que es imposible identificar y valorar todas las consecuencias beneficiosas y perjudiciales que pueden seguirse de un acto.

Así, en el campo del razonamiento jurídico, MORELLI (24) afirma que las objeciones que pueden realizarse al pretender transformarlo en un cálculo de intereses son las siguientes, pues este método utilitarista:

- a) *Pretende “compensar” intereses de un sujeto con los de otro sujeto, cuando se trata de titulares diversos (...).*
- b) *Pretende reducir todos los intereses jurídicos a un denominador común que permita calcular con ellos cuando son inconmensurables (...).*
- c) *No da cuenta de la existencia de derechos fundamentales absolutamente “inviolables”, y que por ello no pueden ser nunca desconocidos (...).*
- d) *Desconoce que si bien puede hablarse de alguna “jerarquía” de derechos, no es lícito desconocer un derecho por más inferior que sea sin cometer una injusticia.*
- e) *Sostiene implícitamente la autolimitación de los derechos, pero es imposible advertir el límite de los derechos si no reconoce un criterio normativo superior».*

Por ello el utilitarismo interpretativo llevado a cabo por la denominada «interpretación correctora» no nos parece adecuado, tanto si en la génesis de su pensamiento late una concepción conflictiva o simplemente delimitadora de ambos derechos. La contraposición de intereses y su valoración no puede ser el método que ofrezca la solución sobre la correcta aplicación del artículo 87.6 de la Ley Concursal. La abstracción realizada de las diversas situaciones en que pueda originarse el pretendido conflicto no supone más que una generalización indiscriminada de los derechos del acreedor y del fiador en la práctica de los mismos. Las situaciones en dicho ejercicio pueden ser de lo más variopinto, sin que podamos aceptar un sacrificio del interés del concurso en pos del interés del acreedor, tal y como está redactada la norma y de acuerdo con el espíritu de la misma comúnmente aceptado.

(23) Mariando G. MORELLI, «Los llamados “conflictos de derechos”. El cálculo de bienes utilitarista y la crítica de John Finnis», en *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, núm. 7, 2003/2004.

(24) Vid., *op. cit.*, pág. 85.

La «interpretación correctora» a lo que realiza, a nuestro juicio, es una corrección en la aplicación de la norma mediante la determinación de una insostenible jerarquía de situaciones o derechos. La confusión producida por la aducida falta de claridad del texto normativo no puede ser resuelto sin atender al resto de criterios interpretativos, o sin atenderlos en su justa consecuencia. Ni el recurso a la aludida interpretación sistemática ni teleológica sirven como correctores o parámetros de valor para el establecimiento de la pretendida jerarquía, ni para la práctica de una predeterminación de la consecuencia jurídica de la norma.

Es el conflicto de valores el que supone que dicha «interpretación correctora» se aparte de la interpretación literal que, como hemos visto, no puede ser desdeñada, así como de la propia interpretación finalista de la norma que no es otra que querer evitar el fraude que pudiera realizar el fiador, sin que la interpretación sistemática realizada (desubicación de la norma, por lo que respecta a las normas de calificación del crédito) pueda ser preferida a la no atención de los efectos de la fianza en la subrogación, lo que supone que la práctica de la misma no califica al crédito, sino que éste ya viene calificado desde el nacimiento del mismo en el patrimonio del acreedor, por seguir hablando de sistema y contexto.

Por ello, la generalización pretendida y predeterminada al vencimiento de uno de los intereses, no puede ser la solución interpretativa a la norma, ya que no podemos olvidar que la conocida como «interpretación literal» tiene sólidas bases, tanto desde el criterio gramatical como desde el teleológico o sistemático.

Es más, tampoco puede desconocerse que en la fase de realización de la ley, el legislador desatendió la llamada sobre los efectos (sin duda) perniciosos de la norma, ya que la enmienda propuesta a su articulado con dichos fines, fue sin más rechazada. No quiere ello decir que pueda afirmarse una asunción y previsión de las consecuencias que se conseguirían con el mantenimiento de la norma sin la enmienda producida, pero al menos sí que puede colegirse que el legislador desoyó la «corrección» propuesta, ¿por qué?, imposible de explicar sino es mediante un abuso de la teoría subjetiva de la interpretación, el cual no es aconsejable realizar.

En fin, estamos ante una norma difícil en su interpretación y cuyos efectos pudieran haberse obtenido mediante el recurso a otros mecanismos protectores existentes en nuestro Ordenamiento Jurídico (fraude de ley y abuso del derecho), lo que aconseja, a nuestro juicio, que para evitar las gravísimas consecuencias de la misma que surgen con la correcta, que no correctora, aplicación de la misma, una derogación del referido texto normativo, en aras a evitar que la ponderación y valoración de los intereses sea el parámetro para la predeterminada solución propuesta y que hasta ahora viene siendo la más generalizada.

¡No caigamos con estas ponderaciones propuestas en el conocido razonamiento de Caifás para condenar a Jesucristo: Es preferible que un hombre inocente muera para salvar a un pueblo!

RESUMEN

CONCURSO

La interpretación correctora del artículo 87.6 de la Ley Concursal (mayoritariamente aceptada) frente a la denominada interpretación literal, no puede mantenerse si no es desde la adopción de postulados propios de la jurisprudencia de intereses y del utilitarismo interpretativo, así como desde una errónea e indebida ponderación de los intereses en conflicto ante la reconocida perversidad de la norma.

ABSTRACT

MEETING OF CREDITORS

A majority has accepted the corrective interpretation of article 87.6 of the Bankruptcy Law over the literal interpretation, but it is impossible to maintain the corrective interpretation without adopting the postulates of case law on interests and interpretative utilitarianism and without weighting the interests in conflict erroneously and unduly in response to the acknowledged wrongness of the rule.