



Roj: **STS 3802/2012 - ECLI:ES:TS:2012:3802**

Id Cendoj: **28079110012012100336**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **25/05/2012**

Nº de Recurso: **1184/2009**

Nº de Resolución: **317/2012**

Procedimiento: **Casación**

Ponente: **JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP BI 592/2009,**
STS 3802/2012

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veinticinco de Mayo de dos mil doce.

Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto por Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca, representada por la Procurador de los Tribunales doña Aurora Torres Amann, contra la Sentencia dictada el nueve de marzo de dos mil nueve, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao. Ante esta Sala compareció el Procurador de los Tribunales Juan Antonio Fernández Múgica, en representación de Elkargi, SGR.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. En el concurso de Plásticos Abadiano, SL, tramitado por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao con el número 46/2007, Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca (SGR), representada por la Procurador de los Tribunales doña Aurora Torres Amann, por medio de escrito registrado por el propio Juzgado el día veinticinco de junio de dos mil siete, interpuso demanda de incidente concursal, contra la deudora y la administración concursal, como demandadas.

En dicho escrito, la representación procesal de la sociedad demandante alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que la misma era una sociedad de garantía recíproca, regulada por la Ley 1/1994, de 11 de marzo. Que, el día diecisiete de diciembre de dos mil dos, Banco Guipuzcoano, SA prestó a Plásticos Abadiano, SL ciento veinte mil euros (120.000 ?), con vencimiento de la obligación de devolver el diecisiete de diciembre de dos mil siete. Que la prestamista tenía, según lo pactado, derecho a intereses y comisiones. Que el mismo día, Elkargi, SGR afianzó la deuda de la prestataria ante Banco Guipuzcoano, SA, por el importe del préstamo, esto es, por ciento veinte mil euros (120.000 ?). Que Elkargi, SGR, el mismo diecisiete de diciembre de dos mil dos, reguló convencionalmente sus relaciones con la prestataria, su socia partícipe y deudora afianzada, por medio de una póliza de regularización de la fianza, en la que se determinó la suma máxima garantizada - ciento veinte mil euros (120.000 ?) - y se reconoció el derecho de la fiadora a una comisión por riesgo - 0,5% del saldo máximo garantizado en cada año -, así como a percibir, en su caso, unos intereses moratorios.

También alegó que Plásticos Abadiano, SL fue declarada en concurso por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao, por auto de treinta de enero de dos mil siete.

Que en esa fecha Elkargi, SGR había abonado a la prestamista acreedora, Banco Guipuzcoano, SA, la suma de veinte mil ciento ochenta y un euros con veinticinco céntimos (20.181,25 ?), en cumplimiento de la obligación



que había asumido como fiadora y en satisfacción de parte del crédito de dicha prestamista. Que, según la póliza de regularización de la fianza, a esa suma había que añadir, para completar su crédito contra la prestataria afianzada, las correspondientes a los intereses a que tenía derecho como tal fiadora, calculados hasta la fecha de declaración del concurso - que alcanzaban la cantidad de doscientos dieciocho euros, con noventa y cinco céntimos (218,95 ?) - y a las comisiones que tenía derecho a percibir - en medida de ciento quince euros con siete céntimos (115,07 ?) -. Añadió que, en la mencionada fecha, quedaba por amortizar parte del préstamo concedido por Banco Guipuzcoano, SA a la sociedad declarada en concurso - en concreto, la suma de veinticuatro mil euros (24.000 ?) de principal y de ciento treinta y cinco euros, con sesenta y cinco céntimos (135,65 ?) de intereses -.

Afirmó que, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 85 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, el veintiséis de febrero de dos mil siete, comunicó a la administración concursal su crédito a efectos de reconocimiento y calificación, por los siguientes importes y conceptos: (1º) por pagos efectuados a Banco Guipuzcoano, SA, veinte mil doscientos ochenta y un euros, con veinticinco céntimos (20.181,25 ?) - suma que incluye el principal y los intereses a que tenía derecho la prestamista -; (2º) por los intereses de demora pactados a su favor, como fiadora en la póliza de regularización de la fianza, doscientos dieciocho euros, con noventa y cinco céntimos (218,95 ?); y (3º) por comisiones ciento quince euros, con siete céntimos (115,07 ?).

Que a esas cantidades añadió, por mantenerse aun la fianza con una parte de riesgo en vigor, esto es, como suma aún no pagada a la prestamista y susceptible de ser reclamada por ella, veinticuatro mil ciento treinta y cinco euros con sesenta y cinco céntimos (24.135,65 ?). Que la calificación procedente de tales créditos, que, a los efectos concursales, propuso a la administración concursal fue la siguiente: (1º) veintinueve mil doscientos noventa y seis euros con treinta y dos céntimos (29.296,32 ? : 20.181,25 ? + 115,07 ?), resultante de los pagos efectuados a Banco Guipuzcoano, SA, en cumplimiento de sus obligaciones como fiadora y por comisiones propias, eran el objeto de un crédito ordinario; (2º) veinticuatro mil ciento treinta y cinco euros, con sesenta y cinco céntimos (24.135,65 ? : 24.000 ? + 135,65 ?), potencialmente debidos como riesgo pendiente, por razón de capital e intereses, eran el objeto de un crédito contingente; y (3º) doscientos dieciocho euros con noventa y cinco céntimos (218,95 ?), por los intereses a su favor, constituían el objeto de un crédito subordinado.

Con esos antecedentes, alegó la representación procesal de Elkargi, SGR que la administración concursal calificó su crédito por los mencionados conceptos en los siguientes términos: dieciocho mil euros (18.000 ?) - el principal de la deuda pagada a la prestamista -, como objeto de crédito ordinario; dos mil ciento ochenta y un euros con veinticinco céntimos (2.181,25 ?) - los intereses pagados por la fiadora a la prestamista -, como objeto de un crédito subordinado; y veinticuatro mil euros (24.000 ?) - el principal de la suma no exigida aún por la prestamista -, como objeto de un crédito contingente.

Añadió que su representada formuló reclamación a la administración concursal, en el mismo sentido de la demanda, la cual no fue atendida. Que, en particular, se le dijo que los dos mil ciento ochenta y un euros con veinticinco céntimos (2.181,25 ?) eran objeto de un crédito subordinado porque se trataba, en todo caso, de deuda de intereses.

Que, en resumen, su representada no estaba de acuerdo con que se hubiera calificado como subordinado su referido crédito por intereses, resultante de haberlos pagado ella a Banco Guipuzcoano, SA, y que tampoco lo estaba con la omisión de otros créditos de los que era titular contra la concursada: en concreto, por intereses a su favor - doscientos dieciocho euros con noventa y cinco céntimos (218,95 ?) - y por comisiones pactadas - ciento quince euros con siete céntimos (115,07 ?) -.

Concluyo afirmando que apoyaba su pretensión en que el derecho de crédito contra la concursada, de que era titular, no había nacido con el pago a la prestamista y acreedora, sino con el contrato de regulación de la fianza celebrado con la deudora, al margen del artículo 1839 del Código Civil y de la subrogación por pago. Añadió que ese crédito sería exigible cuando se cumplieron las condiciones pactadas.

En el suplico del escrito de demanda, la representación procesal de Elkargi, SGR interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao una sentencia " en la que, estimando íntegramente la demanda, se resuelva: 1º.- Modificar la clasificación del crédito reconocido como subordinado a favor de Elkargi, SGR, por importe de dos mil ciento ochenta y un euros con veinticinco céntimos (2.181,25 ?) y declarar su calificación como crédito ordinario en la lista de acreedores. 2º.- Incluir en la lista de acreedores los siguientes créditos a favor de Elkargi, SGR: (a) como crédito ordinario, por importe de ciento quince euros con siete céntimos (115,07 ?). (b) Como crédito contingente, sin cuantía propia, con la calificación jurídica de crédito ordinario, por el importe principal pendiente de vencimiento del préstamo garantizado por mi representada (veinticuatro mil euros: 24.000 ?). (c) Como crédito subordinado, por importe de doscientos dieciocho euros, con noventa y cinco euros (218,95 ?). 3º.- Imponer a los demandados las costas causadas en el proceso ".



SEGUNDO. Por providencia de cinco de julio de dos mil siete, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao admitió a trámite en incidente concursal, con el número 282/2007.

Se personó en las actuaciones la administración concursal, que contestó la demanda oponiéndose, en parte, a su estimación.

En dicho escrito, la administración concursal alegó, en síntesis y en lo que importa para la decisión del conflicto, que la demandante había pagado a Banco Guipuzcoano, SA dieciocho mil euros (18.000 ?), en concepto de principal, y dos mil ciento ochenta y un euros, con veinticinco céntimos (2.181,25 ?), en concepto de intereses, lo que hacía el total de veintinueve mil ciento ochenta y un euros con veinticinco céntimos (29.181,25 ?). Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 87, apartado 6, y 92, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, el crédito por dos mil ciento ochenta y un euros, con veinticinco céntimos (2.181,25 ?) era subordinado, ya que se trataba de un crédito generado por la producción de intereses. Que, no obstante, con las demás pretensiones deducidas en la demanda, se mostraba conforme.

En el suplico de su escrito de contestación, la administración concursal interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao que dictara *"resolución por la que se contengan los siguientes pronunciamientos en relación con los créditos de los que es titular Elkargi, SGR: a) Crédito subordinado por dos mil ciento ochenta y un euros con veinticinco céntimos (2.181,25?), por intereses satisfechos. b) Crédito ordinario por ciento quince euros con siete céntimos (115,07), en concepto de comisión pro aval. c) Crédito contingente ordinario por veinticuatro mil euros (24.000,00). d) Crédito subordinado por doscientos dieciocho euros con noventa y cinco céntimos (218,95?), por concepto de intereses moratorios"*.

La sociedad concursada, Plásticos Abadiano, SL, no contestó la demanda, por lo que se declaró precluido para ella el trámite correspondiente.

TERCERO. El Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao procedió a señalar día para la vista del incidente, que se celebró el veintitrés de octubre de dos mil siete, y, finalmente, dictó sentencia el veinticuatro de octubre del mismo año, con la siguiente parte dispositiva: *" Fallo. 1.- Estimar en parte la impugnación por la Procuradora doña Aurora Torres Aman, en nombre y representación de Elkargi, SGR a la lista de acreedores y créditos de Plásticos Abadiano, SL. 2.- Mantener la calificación de los créditos de Elkargi, SGR en la lista de acreedores de Plásticos Abadiano, SL por importe de dieciocho mil euros (18.000 ?) como ordinario y de dos mil ciento ochenta y un euros con veinticinco céntimos (2.181,25 ?), como subordinado. 3.- Incluir el crédito de Elkargi SGR en la lista de acreedores de Plásticos Abadiano, SL, los siguientes créditos: a.- Como crédito ordinario por importe de ciento quince euros con siete céntimos (115,07 ?). B.- Como crédito contingente, sin cuantía propia, con la calificación jurídica de crédito ordinario, por el importe del capital pendiente de vencimiento del préstamo garantizado por dicha sociedad. C.- Como crédito subordinado doscientos dieciocho euros con noventa y cinco céntimos (218,95 ?). 4.- Condenar a cada parte a satisfacer las costas causadas a su instancia y las comunes, si las hubiere, por iguales partes "*.

CUARTO. La sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao de veinticuatro de octubre de dos mil siete fue recurrida en apelación por la representación procesal de Elkargi, SGR.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Vizcaya, en la que se turnaron a la Sección Cuarta de la misma, la cual tramitó el recurso de apelación, con el número de rollo 320/2008, y dictó sentencia con fecha nueve de marzo de dos mil nueve y la siguiente parte dispositiva: *" Fallamos. Que desestimando... contra la sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado Juez de lo Mercantil número Uno de los de Bilbao, en autos de incidente concursal número 282/07, de que el presente rollo dimanara, debemos confirmar e íntegramente confirmamos la sentencia recurrida, imponiendo al recurrente las costas de esta apelación "*.

QUINTO. La representación procesal de Elkargi, SGR preparó e interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de nueve de marzo de dos mil nueve .

Dicho Tribunal, por providencia de cuatro de junio de dos mil nueve, mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de uno de junio de dos mil diez, decidió: *" 1º) Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Elkargi, SGR contra la sentencia dictada, en fecha nueve de marzo de dos mil nueve, por la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección Cuarta), en el rollo número 320/2008, dimanante del incidente concursal número 46/2007 del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Bilbao "*.

SEXTO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Elkargi, SGR contra la sentencia de la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya de nueve de marzo de dos mil nueve, se compone de cinco motivos, en los que la recurrente, con apoyo en la norma del ordinal tercero del apartado 2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, denuncia:



PRIMERO . La infracción, por indebida aplicación, del artículo 92, ordinal tercero, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal.

SEGUNDO . La infracción, por indebida aplicación, del artículo 87, apartado 6, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal.

TERCERO . La infracción, por falta de aplicación, del artículo 89, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal.

CUARTO . La infracción, por indebida aplicación, del artículo 1255 del Código Civil , en relación con el artículo 10, apartado 1, de la Ley 1/1994, de 11 de marzo , sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca.

QUINTO . La infracción, por falta de aplicación, del artículo 1838 del Código Civil , en relación con el artículo 89, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal.

SÉPTIMO. Evacuado el traslado conferido al respecto, las partes recurridas no se han personado ante este Tribunal Supremo.

OCTAVO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el veinticinco de abril de dos mil doce, en que el acto tuvo lugar.

Ha sido Ponente el Magistrado Excmo. Sr. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel,

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Resumen de antecedentes.

En la tramitación del concurso de Plásticos Abadiano, SL se planteó controversia sobre si merecía ser calificado como ordinario o como subordinado el crédito contra la concursada de que era titular Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca (SGR), en la condición de fiadora de la misma, ante Banco Guipuzcoano, SA, en garantía del cumplimiento de la prestación que para la afianzada nació de un préstamo, puesto que la deuda había sido cumplida por la garante, antes de la declaración del concurso.

La cuestión se planteó, exclusivamente, en relación con la suma de dos mil ciento ochenta y un euros con veinticinco céntimos (2.181,25 ?) a que ascendían los intereses generados por el préstamo a favor de la prestamista. Y encuentra su razón de ser en que es la fiadora, que figura en la lista de acreedores como titular del derecho a dicha cantidad, quien pretende se califique éste como crédito ordinario y no subordinado.

En la lista de acreedores elaborada por la administración concursal, el derecho de la fiadora contra la concursada al pago de los intereses abonados a Banco Guipuzcoano, SA, fue calificado como subordinado, en aplicación del artículo 92, ordinal tercero, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio .

Elkargi, SGR impugnó dicha lista por diversos motivos, de los que sólo ha llegado a la casación el que ha sido apuntado.

Entiende la fiadora que, si bien los intereses serían objeto de un crédito subordinado si los hubiera reclamado la entidad prestamista, al reclamarlos ella - tras haberlos abonado a la anterior titular - el derecho adquirió la condición de un crédito ordinario. Para sostener tal conclusión utilizó en el incidente los argumentos que serán examinados seguidamente con los motivos de su recurso de casación.

En las dos instancias el repetido derecho de la fiadora contra la deudora afianzada fue calificado como subordinado, por dos razones que, ordenadas, son las siguientes: (1ª) el crédito era el mismo que el de la acreedora principal, al haberse subrogado la fiadora en su posición como consecuencia del pago - artículo 1839 del Código Civil -; y (2ª) en todo caso, merecía el crédito tal calificación, por resultar la " *menos gravosa para el concurso* " - artículo 87, apartado 6, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio -.

Los motivos del recurso de casación interpuesto contra la sentencia de apelación por Elkargi, SGR son cinco.

SEGUNDO. Enunciación y fundamentos del primero de los motivos del recurso de casación.

En este motivo Elkargi, SGR denuncia la infracción del artículo 92, ordinal tercero, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , a cuyo tenor son subordinados " *los créditos por intereses de cualquier clase, incluidos los moratorios [...]* ".

Como se expuso, en la sentencia recurrida se argumentó que " *los intereses preconcursales, como los reclamados en el caso enjuiciado [...] necesariamente se califican como créditos subordinados, al amparo del artículo 92, tercero* ".

Alega la recurrente que, si bien estaba conforme con que se calificara como subordinado el derecho a los intereses que a su favor había generado la deuda de la afianzada nacida del contrato de regularización de la



garantía que con ella había celebrado, no lo estaba con que tuviera esa condición su derecho a la suma que, por la totalidad de lo debido por la prestataria y afianzada - en concepto tanto de principal, como de intereses -, había previamente abonado a dicha acreedora principal.

Añade que el Tribunal de apelación, al haber entendido que no procedía variar la calificación del derecho a los intereses del préstamo por la circunstancia de que fuera ella la actual titular, en cuanto fiadora y " *solvens* ", en lugar de la entidad financiera prestamista, ya satisfecha, no había tenido en cuenta que su derecho no era el mismo que el de la citada anterior acreedora, dado que había nacido, no de ese pago, sino directamente del contrato que - con el nombre de regularización de la garantía - había celebrado con su afianzada - y socia partícipe, según la Ley 1/1994, de 11 de marzo, sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca -.

También sostiene que el Tribunal de la segunda instancia no había tomado en consideración que los intereses no constituían el objeto de un crédito accesorio desde el momento en que la prestamista dejó de ser su titular, sino que, con el pago, pasaron a ser objeto de un derecho principal del que ella era titular.

TERCERO. Argumentos para su desestimación.

Según la Ley 22/2.003, de 9 de julio, los créditos por intereses, cuyo devengo queda suspendido, como regla general, por la declaración del concurso - artículo 59, apartado 1 -, deben ser calificados como subordinados, cualquiera que fuera su clase, con la salvedad, que no concurre en el supuesto enjuiciado, de los generados por créditos protegidos con garantía real, hasta donde alcance la misma - artículo 92, ordinal tercero -.

Con tal solución, el derecho a los intereses, pese a ser estos accesorios del principal a la entrega del capital que los produce - pues se trata de frutos civiles de lo que es debido a otro: artículos 354 y 355 del Código Civil -, resulta calificado en el concurso, con aquella salvedad, como si fuera independiente del derecho al capital y sigue una suerte que puede ser distinta a la de éste.

La calificación atribuida, por razones objetivas, al crédito a los intereses responde a que se considera que sus titulares han de ser postergados respecto de los que lo son de los créditos ordinarios, por exigirlo así la organización de la comunidad de pérdidas que la norma considera adecuada.

Dicha calificación en el concurso se debe a razones objetivas y no se altera por el hecho de que la correlativa deuda haya sido pagada por el fiador, dado el alcance subrogatorio que el artículo 1839 del Código Civil atribuye a la acción de reembolso que, en cuanto a la cantidad total de la deuda, le reconoce el artículo 1838, ordinal primero del mismo Código, en caso de haber pagado.

La recurrente ha negado en el recurso, al igual que hizo en las dos instancias, que, al pagar a la prestamista la deuda de intereses a cargo de la afianzada, se hubiera subrogado en el derecho de que era titular la acreedora y prestamista. Pero ello no se considera exacto, como se expondrá al examinar los motivos cuarto y quinto de su recurso.

CUARTO. Enunciación y fundamentos del segundo de los motivos del recurso de casación.

Elkargi, SGR afirma en este motivo que el Tribunal de apelación aplicó indebidamente el artículo 87, apartado 6, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio. Dicho artículo, al referirse a los créditos garantizados con fianza, establece - en la redacción anterior a la dada por el Real Decreto Ley 3/2009, de 27 de marzo, que era la vigente al dictarse las sentencias de las dos instancias - que " *[e]n 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* ".

Sin embargo, al exponer los argumentos de apoyo de tal motivo - y con mayor precisión al resumirlos -, lo que la recurrente sostiene es que el Tribunal de apelación no había tenido en cuenta que su derecho a los intereses derivaba de un título distinto del que originó el de igual contenido del que había sido titular la prestamista acreedora; así como que la correlativa deuda de la prestataria, afianzada por ella, carecía de la nota de accesoriedad característica y que su determinación era ajena al transcurso del tiempo, al tener por objeto una cantidad fija.

QUINTO. Argumentos para su desestimación.

Como se advierte con la lectura del resumen expuesto, el motivo nada tiene que ver con el precepto que se dice indebidamente aplicado. Lo cual puede ser consecuencia de que se basa en una norma que no lo fue por la Audiencia Provincial.

Es cierto que el órgano judicial de la primera instancia se había referido, en uno de los fundamentos de su sentencia, al artículo 87, apartado 6, de la Ley 22/2.003, para extraer de su texto determinadas consecuencias jurídicas.



También es cierto que el Tribunal de apelación se manifestó conforme con las argumentaciones que habían dado soporte a la resolución apelada. Sin embargo, tal expresión de coincidencia, dado el tenor del conjunto de la resolución ahora recurrida, aparece referida sólo a lo que, en ella, se identifica expresamente como "*ratio decidendi*" de la otra, ajena por completo a la norma legal que en el motivo se dice infringida.

Procede, por lo expuesto, desestimar este particular del recurso, dado que en él no se ha tenido en cuenta (1º) que la casación procede contra la sentencia de segunda instancia - artículo 477, apartado 2, de la Ley de Enjuiciamiento Civil -, (2º) que no cabe servirse de ella para plantear cuestiones que, aunque hubieran sido objeto de enjuiciamiento en la primera instancia, no lo fueron en la segunda - sentencias de 3 de marzo de 1992 , 117/2004, de 19 de febrero , 482/2004, de 2 de junio , 343/2011 , de 5 de abril - y (3º) que, si el Tribunal de apelación hubiera incurrido en alguna omisión de pronunciamiento, debería la parte legitimada haber interpuesto recurso extraordinario por infracción procesal y, previamente, intentado subsanar la falta - artículos 469, apartado 2 , y 215 de la Ley de Enjuiciamiento Civil -.

Sólo a mayor abundamiento procede indicar, además, que la consecuencia jurídica que el artículo 87, apartado 6, establece y consiste en imponer la calificación que resulte menos gravosa para el concurso, carece de fundamento cuando, como sucede en el caso enjuiciado, hay coincidencia entre las que merecen los créditos de fiadora y acreedora satisfecha.

SEXTO. Enunciación y fundamentos del tercero de los motivos del recurso de casación.

Denuncia Elkargi, SGR la infracción del artículo 89, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio . Dicho precepto, tras referirse a las clases de créditos incluidos en la lista de acreedores, establece que "*[s]e entenderán clasificados como créditos ordinarios aquellos que no se encuentren clasificados en esta Ley como privilegiados ni como subordinados*".

La recurrente insiste en este motivo en el distinto trato que, por su naturaleza y caracteres, merecían sus créditos a recuperar la suma que había abonado a la acreedora principal por los intereses generados a favor de ella por el préstamo y a percibir los intereses convenidos, a cargo de la afianzada y directamente a su favor, en el contrato de regularización de la garantía, ya que aquel era ordinario y éste subordinado.

Sin embargo, en relación con el enunciado del motivo, tan sólo afirma que la norma del apartado 3 del artículo 89 ha sido infringida porque, no siendo su derecho al íntegro reembolso de lo pagado como fiadora privilegiado ni subordinado la lógica consecuencia, a la luz de dicha norma, es entender que se trata de un crédito ordinario.

SÉPTIMO. Argumentos para su desestimación.

La cuestión que, en realidad, se plantea en el motivo tercero no guarda relación con la norma que en él se dice infringida. Al menos en la medida que sería necesaria para que pudiera declararse la infracción.

Realmente, examinadas las alegaciones que se salvan de tal reproche y resultan pertinentes para un enjuiciamiento a la luz del artículo 89, apartado 3, la conclusión a la que se llega no puede ser otra que la de que, con ellas, incurre Elkargi, SGR en una petición de principio, pues utiliza como premisa de su conclusión - la infracción de la norma - una negación - la de que su crédito no es subordinado - que procesalmente no consta como cierta, ya que no fue aceptada como verdadera en las instancias y debería, previamente a ser considerada en el silogismo judicial, declararse que sí lo es - sentencias 138/2012, de 20 de marzo , 445/2011, de 22 de junio , 639/2011, de 20 de septiembre , entre otras muchas -.

OCTAVO. Enunciación y fundamentos del motivo cuarto del recurso de casación.

En el motivo cuarto Elkargi, SGR afirma que se ha producido la infracción del artículo 1255 del Código Civil , que reconoce a los contratantes una potencialidad normativa creadora, puesto en relación con el artículo 10, apartado 1, de la Ley 1/1994, de 11 de marzo , sobre régimen jurídico de las sociedades de garantía recíproca - el cual, al referirse al régimen aplicable a las otorgadas por dichas sociedades, establece que "*[l]a condición de socios de las personas avaladas o garantizadas por la sociedad de garantía recíproca no afectará al régimen jurídico de los avales y garantías otorgados, los cuales tendrán carácter mercantil y se regirán en primer lugar por los pactos particulares si existieran, y, en segundo lugar, por las condiciones generales contenidas en los estatutos de la sociedad, siempre que tanto uno como otros no sean contrarios a normas legales de carácter imperativo*" - y con el repetido artículo 89, apartado 3, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio .

Alega la recurrente que la sentencia recurrida había atribuido a la reglamentación creada por el contrato de regulación de la garantía, por ella celebrado, en su día, con la prestataria afianzada, una finalidad que no era cierta - la de eludir el régimen de calificación de su derecho de crédito a recuperar lo que había pagado a la prestamista acreedora -, dado que el propósito de las contratantes no fue otro que regular sus relaciones jurídicas, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado artículo 10 de la Ley 1/1994 .



Por otro lado, vuelve la recurrente a afirmar en este motivo que su crédito a los intereses pagados, tiene una causa, contractual, distinta de la que vincula al pago el artículo 1839 del Código Civil, como fundamento de la subrogación. Y, además, que el mismo está sometido a una calificación - como ordinario - que no merece su crédito a los intereses directamente a ella debidos por la afianzada como consecuencia del contrato de regularización de la garantía, celebrado conforme a la Ley 1/1994.

NOVENO. Argumentos para su desestimación.

El fiador, una vez cumple la prestación debida por su afianzado, está facultado *ex lege* para recuperar, en vía de regreso, lo que haya pagado. Dispone para ello de la acción de reembolso por la cantidad total de la deuda, en cuyo ejercicio el artículo 1839 del Código Civil - en relación con los artículos 1210, regla tercera, y 1838, regla primera, del mismo texto legal - le favorece, al mandar que sea considerado como subrogado en la posición del acreedor satisfecho, con el fin de permitirle que se beneficie de la antigüedad del crédito garantizado y de sus privilegios, preferencias y garantías.

En caso de concurso del deudor, la subrogación en un crédito subordinado, como es el que tiene por objeto los intereses pagados al acreedor, no favorece al fiador, como consecuencia de la antes mencionada regulación de distribución legal de las pérdidas entre los distintos acreedores. De modo que a los interesados, pese a que pueden, en ejercicio de sus autónomas voluntades, excluir la subrogación como efecto del pago, no les está permitido eludir en el concurso aquella calificación - artículo 6, apartado 2, del Código Civil -, por más que puedan establecerla - artículo 92, ordinal segundo, de la Ley 22/2.003 -.

La norma del artículo 10, apartado 1, de la Ley 1/1994 no sólo no priva de fundamento a la expuesta conclusión, sino que la reafirma, al establecer, como un reflejo concreto de las normas generales, que la autonomía de la voluntad de los contratantes y los redactores de los estatutos de las sociedades de garantía recíproca no puede superar los límites establecidos por las normas legales de carácter imperativo.

DÉCIMO. Enunciación y fundamento del motivo quinto del recurso de casación.

Denuncia la recurrente en este motivo, con carácter subsidiario respecto de los anteriores, que el Tribunal de apelación había infringido en su sentencia la norma del artículo 1838 del Código Civil - reguladora de la llamada acción de reembolso del fiador una vez pagada por él la deuda principal -, en relación con la de la regla tercera del artículo 89 de la Ley 22/2.003.

Alega que, en caso de que se entendiera que ejercitó contra la prestataria afianzada la acción de reembolso, tendría derecho a recuperar todo lo pagado, sin distinción entre el principal y los intereses del préstamo.

UNDÉCIMO. Argumentos para su desestimación.

La fiadora recurrente, al cumplir la deuda de la prestataria, adquirió contra ésta el derecho a lo que establece el artículo 1838 del Código Civil. Pero en el ejercicio de la acción de reembolso " *por la cantidad total de la deuda* " se subrogó en la posición de la acreedora.

Y, al haber sido declarada en concurso la deudora, su crédito a recuperar lo que pagó a la prestamista por los intereses derivados del préstamo, tiene la consideración de subordinado, por las razones objetivas y de origen que resultan de la regla tercera del artículo 92 de la Ley 22/2.003 y han sido expuestas.

DUODÉCIMO. Régimen de las costas del recurso.

En aplicación de la regla general del artículo 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación que desestimamos quedan a cargo de la sociedad recurrente.

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

FALLAMOS

Desestimamos el recurso de casación interpuesto por Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca, contra la sentencia dictada, con fecha nueve de marzo de dos mil nueve, por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Vizcaya.

Las costas del recurso desestimado quedan a cargo de la recurrente.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. -Jose Ramon Ferrandiz Gabriel.-Antonio Salas Carceller.-Encarnacion Roca Trias.- Ignacio Sancho Gargallo.-Rafael Gimeno-Bayon Cobos.-Firmado y



rubricado.- PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia por el EXCMO. SR. D. Jose Ramon Ferrandiz Gabriel, Ponente que ha sido en el trámite de los presentes autos, estando celebrando Audiencia Pública la Sala Primera del Tribunal Supremo, en el día de hoy; de lo que como Secretario de la misma, certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ