

CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL
Revista del Poder Judicial nº 31. Septiembre 1993

Alonso Sánchez, Beatriz

Profesora titular interina de Derecho civil. Universidad de Castilla-La Mancha

DERECHO CONCURSAL Y FIANZA

Estudios

Serie: *Civil*

VOCES: GARANTIA. DERECHO CONCURSAL. FIANZA. CREDITO. CONTRATOS. INSOLVENCIA. QUIEBRA. CONCURSO. SUSPENSION DE PAGOS. DEUDORES. FIADORES.

ÍNDICE

I. Introducción

II. Efectos respecto del fiador del vencimiento anticipado de la obligación principal por declaración de concurso o quiebra del afianzado

III. La pérdida del beneficio de excusión ex artículo 1.831, número 3, del Código Civil

IV. Facultades otorgadas por Ley al fiador en caso de quiebra, concurso o insolvencia del deudor: la acción de relevación o de cobertura del artículo 1.843, número 2, del Código Civil

A) Consideraciones generales

B) Facultad del fiador de insinuar su eventual crédito de reintegro en el pasivo del proceso concursal tramitado al deudor

TEXTO

1. INTRODUCCION

La práctica creciente de los contratos de garantía personal en el actual tráfico jurídico crediticio, en cualquiera de sus diversas modalidades (fianza, aval, garantía a primera demanda, seguro, etc.), viene principalmente determinada por la generalización de los procedimientos concursales, que motiva en las entidades bancarias y crediticias en general la necesidad de adoptar medidas paralelas de aseguramiento que eliminen o aminoren los peligros e inconvenientes que suponen las difíciles y lentas negociaciones sobre los créditos propios de estos procesos universales de ejecución a que aludimos.

Bajo estas líneas intentamos analizar algunas de las principales cuestiones de viva polémica que

presenta el tema relativo a la incardinación de determinados preceptos legales de la disciplina jurídica de la fianza en el seno de la normativa reguladora de la tramitación procesal de los procedimientos de quiebra, concurso o suspensión de pagos, partiendo para ello de considerar hallado al deudor principal en alguna de dichas situaciones de insolvencia o iliquidez patrimonial.

Como ha puesto de relieve GUILARTE ZAPATERO, las situaciones de quiebra, concurso o suspensión de pagos del deudor principal o del fiador plantean cuestiones de una extrema complejidad práctica, referidas a la fianza, de muy dificultosa y opinable solución en ciertas ocasiones por la especial naturaleza de los juicios universales a que dan lugar, por el carácter accesorio y subsidiario de la garantía y por la ausencia, a diferencia de cuanto acontece en otros ordenamientos, de normas específicas para su tramitación en tales situaciones

En el presente estudio los interrogantes que planteamos son los concernientes, por un lado, a la relevancia que, en la relación jurídica de fianza, cabe preconizar de las disposiciones relativas al vencimiento anticipado de las deudas del fallido; por otra parte, ocupará nuestra atención el examen específico de la norma del artículo 1.831, en su número 3, del Código Civil, determinante, como es sabido, de la pérdida del beneficio de excusión por el fiador en los supuestos de quiebra y de concurso del afianzado, y, por último, se intentará observar cuál sea la virtualidad práctica que, dentro del ámbito de los procesos concursales referidos, cabe reconocerse a las facultades de actuación conferidas al garante en el artículo 1.843, en su número 2, del Código Civil, haciendo especial hincapié aquí en analizar la posibilidad hipotética de que dicho precepto brindara al fiador la facultad de, aun antes de haber pagado, insinuarse en el procedimiento concursal de que se trate.

II. EFECTOS RESPECTO DEL FIADOR DEL VENCIMIENTO ANTICIPADO DE LA OBLIGACION PRINCIPAL POR DECLARACION DE CONCURSO O QUIEBRA DEL AFIANZADO

En virtud de la declaración judicial de quiebra o concurso se operará, como uno de los efectos más directos sobre los créditos de los acreedores, el vencimiento anticipado de todas las deudas a plazo o pendientes del deudor quebrado, conforme a lo dispuesto en el artículo 833 del Código de Comercio, o concursado, según previenen los artículos 1.915 del Código Civil y 1.172 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Pues bien, supuesto el vencimiento anticipado de una obligación principal objeto de afianzamiento como consecuencia de la declaración de concurso o de quiebra del deudor directo, ¿debe entenderse asimismo vencida la obligación fideiusoria en el mismo término y por exigible desde entonces al fiador la prestación en que la misma consista, todo ello con independencia de cuál fuere el vencimiento prefijado para la misma?

En el Derecho español algunos autores coinciden en afirmar que, verificando un análisis de lo dispuesto en el número 2 del artículo 1.843 del Código Civil, que extiende, en caso de insolvencia, al fiador la posibilidad de proceder contra el deudor principal, aun antes de haber pagado, y estimando que si el precepto invocado concede tal derecho al fiador es porque la exigibilidad de la deuda asegurada ex artículo 1. 129 opera respecto de la fianza, debe decirse que en el supuesto de fianza se le extiende al fiador el vencimiento anticipado establecido, salvo que la fianza tenga un término de vencimiento específico (2).

Sin embargo, como ha precisado CLEMENTE MEORO, el vencimiento anticipado por declaración de concurso o de quiebra tiene carácter autónomo y finalidad distinta al vencimiento anticipado previsto en el artículo 1. 129. Es un vencimiento a efectos del concurso y de la quiebra lo que hace dudar de sus efectos para con los fiadores (3). En base a ello, concluye el mismo autor señalando que «el acreedor no podrá exigir el inmediato cumplimiento de la obligación al fiador, sino que tendrá que aguardar al normal venci-

miento de la obligación»(4). En parecidos términos, DELGADO ECHEVERRIA, GUILARTE ZAPATERO y RAMIREZ LOPEZ han sostenido la absoluta intrascendencia sobre la situación del fiador de la precipitación del vencimiento de la obligación principal operada por efecto de la declaración de quiebra o concurso del deudor principal (5).

Considero que, efectivamente, cabe entenderse que el vencimiento anticipado de las deudas a que nos referimos tiene relevancia «a los solos efectos del concurso», como así lo precisa el artículo 55.2.º de la Ley de Quiebras italiana, esto es, que la anticipación del vencimiento de las obligaciones exclusivamente afectará a la masa de acreedores del fallido, sin influencia vinculante alguna en los compromisos de los fiadores, ni respecto de los restantes garantes o coobligados del mismo deudor en situación de quiebra o de concurso. En apoyo de esta afirmación cabe argumentar que:

1º.- La finalidad perseguida con la medida del vencimiento anticipado de créditos es la de lograr la agrupación de todos los acreedores del deudor fallido para, a través del proceso de liquidación y venta de los bienes de este último, pagar en la medida de lo posible todas las deudas, vencidas o no, evitándose así que aquellos acreedores que concedieron beneficio de término al deudor pudieran verse perjudicados con la exclusión de sus créditos de la masa pasiva del concurso. Esta razón teleológica, que justifica ampliamente el vencimiento anticipado y correspondiente exigibilidad jurídica de la obligación principal afianzada, no se reproduce en modo alguno por lo que se refiere a la obligación fideiusoria, a la que, por ello, no cabe extender esta medida procesal de anticipación de vencimientos, al perseguir esta medida, como se ha indicado, evitar perjuicios a los derechos de los acreedores de crédito no vencidos, y no la finalidad de proporcionarles alguna ventaja o provecho frente a terceros, ni directa ni indirectamente.

2º. Si, conforme al común criterio jurisprudencial, las convenciones adoptadas en el curso del proceso concursal correspondiente, respecto de las deudas del deudor fallido, no coartan ni interfieren las acciones o derechos que frente a terceros correspondan a los acreedores para la efectividad de sus créditos (cfr., entre otras, las Sentencias de 8 de junio de 1966, 15 de noviembre de 1967 y 7 de junio de 1983), es lógico entender que, en aplicación de la misma regla *res inter alios acta*, los derechos o beneficios que ostentaran los mismos terceros, fiadores o codeudores, no quedarán tampoco influenciados por obra de la primera decisión judicial relativa a las deudas del quebrado o concursado como es la del vencimiento anticipado de todas sus deudas a plazo.

3º.. Finalmente, porque permitir al acreedor perseguir al fiador antes de transcurrir el plazo acordado para la fianza o, incluso, para la obligación principal en cuestión, supondría desconocer el criterio de determinación y extensión del contenido de la obligación fideiusoria reflejado en el apartado primero del artículo 1.827, a cuyo tenor la fianza «... no puede extenderse a más de lo contenido en ella», lo que implica la improcedencia de alterar, sin el consentimiento del garante, los límites objetivos y temporales bajo los cuales la fianza fue contratada.

Debemos concluir, por tanto, afirmando que la reclamación al fiador de un deudor en estado de quiebra o de concurso se encuentra supeditada a la Regada del vencimiento regular de la obligación principal o del vencimiento específico previsto para la fianza. Todo ello, claro está, con independencia de que el fiador voluntariamente opte por pagar antes del término de vencimiento de su obligación, en cuyo caso nos encontraríamos ante la figura de la «subrogación por pago» del artículo 1.210, número 3, del Código Civil, que bien podría interesar al garante, dado que de este modo podría intervenir él mismo, en calidad de acreedor por subrogación, en la tramitación del juicio universal correspondiente y, principalmente, en la deliberación y aprobación de los convenios concursales que se propusieren.

Por último, conviene precisar que las consideraciones realizadas bajo este epígrafe van exclusivamente referidas a los supuestos de declaración de quiebra o de concurso del deudor fiado, no al caso de hallarse este último en estado legal de suspensión de pagos, pues en estos concretos procedimientos universales

no van a tener lugar ninguno de los efectos sobre los créditos que son propios en los demás procesos concursales considerados arriba.

III. LA PERDIDA DEL BENEFICIO DE EXCUSION EX ARTICULO 1.831, NUMERO 3, DEL CODIGO CIVIL

El beneficio de excusión u orden aparece legalmente consagrado en nuestro Derecho en el artículo 1.830 del Código Civil, al señalar que «el fiador no puede ser compelido a pagar al acreedor sin hacerse antes excusión de todos los bienes del deudor». En el ejercicio de este beneficio, propio y específico de la fianza no solidaria, se permite al fiador requerido de pago el poder exigir del acreedor garantizado que, antes de dirigirse formalmente contra él, ejecute los bienes propiedad del deudor principal señalados a tal efecto por el propio fiador en tiempo y forma, según lo prevenido al respecto por el artículo 1.832 del Código Civil.

Ahora bien, el artículo 1.831 del Código Civil sanciona determinadas situaciones jurídicas en las cuales el fiador, no podrá hacer valer este beneficio de excusión y, entre ellas, nos interesaremos aquí por la consignada en el número 3 del mencionado artículo 1.831, en cuya virtud: «La excusión no tiene lugar: 3º.- En el caso de quiebra o concurso del deudor.» La razón que justifica, en estos supuestos, la pérdida por el garante del beneficio de excusión es evidente y clara, dado que la declaración de quiebra (cfr. art. 878 del CC) o de concurso (cfr. art. 1.914 CC) va a incapacitar al deudor para la administración de sus bienes, por lo que, al quedar afectos todos los bienes del quebrado o concursado a las responsabilidades fijadas en el correspondiente juicio universal no podrá nunca el garante designar bienes libres del deudor, como base ello de la operatividad de aquel beneficio de orden. Al respecto, destaca GUILARTE ZAPATERO que «si el beneficio de excusión exige como requisito de viabilidad y de eficacia la designación de bienes realizables del deudor es incuestionable que, por definición, ni el quebrado ni el concursado pueden disponer de ninguno en tales circunstancias. Disponer otra cosa -señala el mismo autor- hubiera sido, simplemente, imponer un trámite inútil, sin ventaja para el fiador, y dilatar injustificadamente la satisfacción del interés del acreedor» (6).

Nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 17 de junio de 1985, entre otras, se ha pronunciado en torno al tema afirmando de un modo rotundo y categórico que «... la sola declaración de quiebra del deudor hace innecesaria la excusión, a tenor del artículo 1.831, número 3, del Código Civil ... ». Y es que, en efecto, la declaración de concurso, como la de quiebra, acredita por sí sola la situación de insolvencia patrimonial del deudor afianzado y el hecho jurídico de la intervención judicial de su patrimonio, no siendo necesario proceder a una previa excusión para comprobar tales extremos.

Se plantea, no obstante, en este punto el interrogante relativo a si debe o no entenderse incluido, a los efectos determinados en el número 3 del artículo 1.831 citado, los supuestos legales de suspensión de pagos, junto a los casos de quiebra y concurso de acreedores expresamente mencionados en el precepto. En el artículo 1.744 del Proyecto de GARCIA GOYENA, antecedente directo del actual artículo 1.831 del Código Civil, en su correlativo número 3 tan sólo se hacía referencia al supuesto de quiebra del deudor afianzado como causa determinante de la pérdida del beneficio de excusión por el fiador. Es en la redacción otorgada al precepto en el Código Civil vigente donde se introduce por vez primera el concurso de acreedores, sin indicarse nada en torno a la suspensión de pagos o cualquier otra situación de insolvencia legal o judicial, si bien debe tenerse presente que la regulación legal de los expedientes judiciales de suspensión de pagos (Ley de 26 de julio de 1922) es posterior en más de tres décadas a la publicación del Código Civil.

Se ha indicado al respecto que sólo la declaración de la quiebra o del concurso determinan la pérdida del beneficio, sin que pueda equipararse a tal efecto una insolvencia más o menos notoria del deudor prin-

cial (7). La mayor parte de nuestra doctrina civilista, manteniéndose fieles a la letra del precepto, mencionan como únicos supuestos de insolvencia judicial del deudor impositivos de una eficaz actuación del beneficio de orden aquellos que tienen su origen en los procedimientos universales de quiebra y de concurso, sin cuestionarse siquiera la posibilidad de incluir entre ellos a los expedientes de suspensión de pagos.

Tan sólo GUILARTE ZAPATERO ha planteado, entre nosotros, como cuestión de solución dudosa, el interrogante relativo a la inclusión o no en el seno del artículo 1.831.3, de las hipótesis de suspensión de pagos del afianzado, apuntando al respecto una posible doble alternativa, señalando así que «si se estima que, en principio, la situación de suspensión de pagos se caracteriza por tener el suspenso bienes suficientes para cubrir el importe de todas sus deudas, y que no hay propia insolvencia, parece que no debe estimarse, sin más, la imposibilidad de actuación del beneficio; pero -añade el autor- si se advierte que los bienes que integran el patrimonio del suspenso quedan intervenidos y fuera de su disponibilidad, resulta difícil admitir que pueda el fiador señalar bienes realizables, susceptibles de inmediata ejecución por el acreedor. En la práctica el beneficio devendrá ineficaz al no poder observarse uno de los requisitos básicos que lo condicionan» (8).

Cierto sector de la doctrina concursalista española, que ha mostrado interés por examinar la figura jurídica de fianza en relación con la suspensión de pagos, se ha pronunciado acerca de la problemática que nos ocupa y parece decantarse a favor de estimar la inoponibilidad del beneficio de excusión por parte del fiador, aunque se tratase de fianza simple, cuando el deudor principal hubiere sido declarado judicialmente en suspensión de pagos. Así, BROCA y MAJADA entienden que tanto en el caso de fianza solidaria como en el caso de fianza simple es procedente la reclamación directa al fiador, pues, dicen, si el deudor principal se halla en estado legal de suspensión de pagos, el patrimonio del suspenso está intervenido y sujeto a las responsabilidades del convenio(9). Cabe igualmente hacer mención al planteamiento llevado a cabo en la materia por SAGRERA TIZON, quien, no obstante, en su extenso trabajo de comentarista de la Ley de Suspensión de Pagos se muestra, a mi entender, algo contradictorio en sus explicaciones. Por un lado, con idénticos términos y argumentaciones a los ofrecidos por los autores antes citados, sostiene SAGRERA TIZON la inviabilidad jurídica del ejercicio por el fiador del beneficio de excusión en las situaciones aquí consideradas, en razón ello, según su criterio, a que el garante se encuentra imposibilitado para designar bienes libres del deudor una vez se halle éste en estado de suspensión de pagos(10). No duda, sin embargo, el mismo autor, en otra Parte de su estudio, en afirmar que el fiador con beneficio de excusión podrá beneficiarse del mismo a pesar del expediente de suspensión de pagos tramitado al deudor fiado, matizando al respecto tan sólo que para su operatividad eficaz será preciso que designe el garante bienes del deudor suspenso en la forma determinada por el artículo 1.832 del Código Civil(11).

Resulta de interés observar cómo todos los autores últimos mencionados apoyan legalmente sus planteamientos en lo preceptuado, no en el artículo 1.831, número 3, del Código Civil, sino en la norma del artículo 1.832 de dicho Código, encaminada ésta a disciplinar, para los casos de válida procedencia del beneficio de orden, la forma de su ejercicio efectivo por el fiador. E igualmente coinciden los concursalistas referidos en invocar, a favor de su particular criterio denegatorio de la posibilidad planteada, la doctrina jurisprudencial contenida en la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de octubre de 1915, en cuyos considerandos, como se comprobará a continuación, no considero que pueda deducirse base jurisprudencial alguna que permita apoyar la interpretación de exclusión del beneficio de excusión en los supuestos de suspensión de pagos del deudor fiado.

Del examen realizado por mi parte de la doctrina contenida en las escasas resoluciones de nuestro Tribunal Supremo abordando la problemática que nos ocupa he llegado a concluir que la posición mantenida por el Alto Tribunal al respecto no es pacífica ni constante. En la Sentencia de 29 de octubre de 1915, invocada por los concursalistas citados, el Tribunal Supremo no declara, como erróneamente parecen

entender dichos autores, que la situación de suspensión de pagos del deudor principal deje expedita la acción del acreedor frente al fiador por imposibilidad de éste para alegar eficazmente la excusión previa de los bienes del fallido. Por el contrario, estimo, cabe inferir de su Considerando primero que el TS parte de la procedencia por ley del beneficio de excusión por el fiador del suspenso, pues, aunque falla rechazando en el caso planteado la actuación válida del beneficio invocado, no funda su inadmisión en su incompatibilidad con las medidas de orden patrimonial propias de estos expedientes de insolvencia, sino en el exclusivo hecho de que la designación de bienes realizada por el fiador no cumplía uno de los presupuestos básicos que, según reza la sentencia, condicionan la operatividad jurídica del beneficio a tenor de lo normado en el artículo 1.832. El defecto de forma aludido en la resolución venía dado, en el criterio del TS, por la circunstancia de haberse practicado por el fiador el señalamiento de bienes sin justificar debidamente por el mismo «... la garantía de una existencia real y efectiva ... ». En contra del parecer del fiador recurrente, para quien la norma del artículo 1.832 del Código Civil sólo precisa de la designación de bienes realizables y suficientes, entiende el Alto Tribunal impropriamente invocado el beneficio de excusión, no porque los bienes designados no fueran realizables o suficientes para cubrir el importe de las deudas, sino por considerar que, en las situaciones de suspensión de pagos, «... no basta para que éste (el fiador) pueda alegar eficazmente la excusión, la referencia que, contestando a la demanda, hizo a la relación del activo presentada por los deudores principales en las diligencias de suspensión de pagos, puesto que aquella relación no tenía más valor que el de la firma de los propios deudores, cuya insolvencia aparecía acreditada con anterioridad en los autos del juicio ejecutivo ... ».

De igual modo, en la Sentencia de 7 de abril de 1975, sobre la base de las mismas premisas legales y remitiendo en su argumentación a la anterior Sentencia que se ha analizado, resuelve el TS la improcedencia en el caso planteado del beneficio de excusión invocado por el fiador del deudor suspenso, pero asimismo puede comprobarse que, al igual que en el supuesto antes visto, la desestimación del recurso del fiador aparece fundada, no en declarar la inviabilidad jurídica del beneficio de excusión en los casos de suspensión de pagos del fiado, sino en razón a no haber sido opuesto dicho beneficio por el garante en tiempo oportuno, conforme previene el artículo 1.832 del Código Civil.

En suma, tanto en esta sentencia como en la citada anteriormente, el Tribunal Supremo viene a admitir implícitamente la eficaz procedencia del beneficio de excusión en los supuestos legales de suspensión de pagos del deudor principal, y rechaza su actuación en los casos concretos considerados en las mismas por estimarse incumplidos por el fiador alguno de los requisitos básicos de operatividad del beneficio enunciados en el artículo 1.832, sin que en ninguna de las dos resoluciones que se han examinado se invoque por el Alto Tribunal como fundamento de su fallo desestimatorio la norma del artículo 1.831, número 3, del Código Civil.

Con un criterio diferente sí se pronuncia, directa y rotundamente, el Tribunal Supremo en la posterior y reciente Sentencia de 6 de octubre de 1986, en la que, de forma clara y sin paliativos, declara la total inadmisibilidad legal del beneficio de excusión por la circunstancia de hallarse el deudor fiado en situación de suspensión de pagos, pues, aunque el supuesto de hecho de la sentencia vaya referido a una fianza solidariamente contraída por el garante, afirma que «... declarado el deudor principal en estado legal de suspensión de pagos, procede la reclamación directa al fiador, ya se trate de fianza solidaria o de fianza simple, por aplicación de lo normado en los artículos 1.831, 1.830 y 1.832 del Código Civil ... ».

La solución al interrogante de si debe o no estimarse comprendido en el ámbito de aplicación normativa del artículo 1.831, número 3, del Código Civil a la suspensión de pagos del afianzado como uno más de los supuestos legales determinantes de la pérdida del beneficio de excusión depende, en mi opinión, del alcance y significado que se otorgue a aquellas disposiciones específicas de la Ley de Suspensión de Pagos que, de alguna u otra forma, impongan para el suspenso concretas limitaciones o restricciones de sus facultades normales de administración y disposición de su patrimonio. Tan sólo una vez que hayamos

examinado dichas normas, y a través del estudio comparativo de las mismas con las que fueren equivalentes en sede de quiebra y de concurso, podremos estar en condiciones de dar una respuesta razonada y más ajustada al interrogante cuestionado, en función de la posibilidad o no de poder predicarse para los casos de suspensión de pagos las mismas razones y fundamentos que justifican la inoponibilidad del beneficio de excusión por parte del fiador de un deudor concursado o quebrado.

Como ya apuntamos al principio de la exposición de este apartado, los artículos 1.914 del Código Civil, relativo al concurso, y 878 del Código de Comercio, respecto de la quiebra, disponen expresamente que por la declaración de concurso o quiebra, respectivamente, queda incapacitado el deudor fallido para la administración de sus bienes, así como para la realización efectiva de actos de dominio sobre los mismos. Y, por otra parte, los artículos 1.164 de la LEC (concurso de acreedores) y 877 (quiebra) previenen, como medida auxiliar conservativa, *la intervención del patrimonio* del deudor concursado o quebrado.

Por el contrario, en los procedimientos de suspensión de pagos, según lo normado en el párrafo 2.º del artículo 4.º de la LSP, quedarán *intervenidas todas las operaciones* del deudor suspenso. Esta intervención, ordenada judicialmente, no implica que el suspenso quede inhabilitado legalmente para llevar a cabo cualquier operación, como sucede en los casos de quiebra o de concurso, puesto que tan sólo supone que deberán concurrir los Interventores designados en «todas las operaciones que el suspenso *pueda hacer con arreglo a la ley*», según reza el artículo 5.2º de la LSP. Debe tenerse en cuenta, además, que de lo preceptuado en el artículo 6.2.º de la LSP se desprende que el suspenso sigue ostentando la necesaria capacidad jurídica para contraer obligaciones, celebrar contratos o verificar pagos, con la única limitación de venir aquél obligado a actuar con la anuencia o mera concurrencia de los Interventores. Y, finalmente, como prueba de la distinta fisonomía de la suspensión de pagos respecto de la quiebra y del concurso, con apoyo en las disposiciones referidas y, más concretamente, en la norma contenida en el artículo 8.º, párrafo 6.º *in fine*, de la LSP se puede afirmar que el deudor suspenso conserva, como regla general, las facultades de administración y disposición de sus bienes, así como la gerencia de sus negocios, aun cuando atenderá el juez a las circunstancias concretas del caso al efecto de «fijar los límites de la actuación gestora del suspenso mientras permanezca en este estado». La facultad de libre disposición de sus bienes por el suspenso vendrá más o menos limitada según lo dispuesto por el juez en cada caso y según, también, la publicidad registral que el juzgador estime discrecionalmente llevar a cabo en el Registro de la Propiedad (art. 4. 1. LSP).

La relevancia de estos distintos rasgos estructurales de la suspensión de pagos respecto de los restantes procedimientos universales ha sido destacada por el concursalista PRIETO-CASTRO al señalar que «a diferencia del quebrado, el suspenso no queda sujeto a ninguna inhabilitación, pero ello ocurre a condición de que la gestión de su empresa no redunde en perjuicio de los acreedores y de sus créditos, y para coadyuvar a que así suceda se nombran tres Interventores», puntualizando el mismo autor, por otra parte, que las únicas limitaciones que va a sufrir el suspenso serán aquellas que el juzgado considere «adecuadas al caso concreto», pero fuera de ello, concluye PRIETO-CASTRO, el suspenso prosigue su normal vida empresarial (12).

De este modo lo ha entendido nuestro Tribunal Supremo. Cabe citar, a título de ejemplo, la Sentencia de 11 de febrero de 1986, en la que se muestran los perfiles distintivos y específicos del juicio universal de suspensión de pagos en lo tocante a los efectos que dicha situación legal de insolvencia genera respecto de la persona y el patrimonio del suspenso, señalándose al respecto que «... como declaran las Sentencias de 9 de abril y 28 de octubre de 1985, la declaración judicial de suspensión de pagos no produce en el deudor ninguno de los efectos personales inmediatos que origina la declaración de quiebra, pues conserva la administración de sus bienes y la gerencia de sus negocios, con las limitaciones que el juez estime convenientes y siempre contando con el concurso de los Interventores para determinadas operaciones, lo que lleva consigo la posibilidad de que, aun después de surgida tal situación, sean entablados juicios ordi-

narios contra el suspenso ... ».

Pues bien, sobre la base suficientemente sólida, a mi entender, de los textos legales citados, así como de los criterios doctrinales y jurisprudenciales sostenidos en torno a la problemática planteada, comentados y analizados según el criterio que he considerado más acertado, creo estar en condiciones de sostener las siguientes afirmaciones:

Primera. Como regla general, cabe admitirse la eficaz procedencia del beneficio de excusión en los casos de suspensión de pagos del deudor principal y, por tanto, puede entenderse que dicha situación concursal no debe ser comprendida dentro del ámbito de aplicación de lo preceptuado en el artículo 1.831, número 3, del Código Civil. No cabe, en efecto, predicar para las suspensiones de pagos los fundamentos jurídicos y de hecho que justifican la medida de inoponibilidad del beneficio de orden en los supuestos de quiebra o de concurso del deudor. El suspenso no queda en modo alguno inhabilitado, no se anulan sus facultades de administración y disposición de sus bienes ni su capacidad contractual, sino tan sólo controladas por los Interventores, dentro de los límites fijados en cada caso por el juzgador, y cuyas funciones se limitan unas veces a elaborar un informe, otras veces a concurrir con el suspenso en las operaciones que éste realizara y sólo en muy determinadas ocasiones prestando su consentimiento o anuencia a la celebración de actos o contratos concretos.

Resaltando la diferencia existente entre los expedientes de suspensión de pagos y los procedimientos de quiebra, observa PLAZA que la suspensión de pagos tiende precisamente a evitar que se produzca la declaración de quiebra, respondiendo ambas situaciones a esquemas y presupuestos muy dispares, siendo por ello que, según afirma el autor, la suspensión de pagos «lejos de constituir una masa de acreedores, que implica ante todo la desposesión de los bienes del suspenso, respeta, con unas u otras garantías, la individualidad de los mismos y, en no pequeña medida, las facultades de disposición y sobre todo de gestión del titular de los bienes afectos, por modo genérico, al cumplimiento de las obligaciones patrimoniales» (13).

Segunda. El artículo 1.832 del Código Civil no permite, ante la imposibilidad de enervar el ejercicio del beneficio de excusión por el cauce legal del artículo 1.831, número 3, fundamentar la exclusión de su actuación en todos los supuestos de suspensión de pagos del deudor fallido, dado que, en principio, pueden concurrir todos y cada uno de los presupuestos básicos señalados en aquel precepto como condicionantes de la viabilidad y eficacia del beneficio. Es evidente que el incumplimiento por el fiador del suspenso de alguno de dichos requisitos determinaría la improcedencia del beneficio de orden invocado, pero no por la circunstancia de hallarse el deudor principal en estado legal de suspensión de pagos, sino por causa del incumplimiento de sus presupuestos operativos.

Ciertamente, las posibilidades reales de que prospere el beneficio de excusión alegado por el fiador de un deudor suspenso se verán lógicamente mermadas en razón a la especial situación personal y patrimonial del fiado, quien, aun no siendo objeto de las prohibiciones y restricciones propias de la normativa de quiebra o de concurso, sufrirá, no obstante, ciertas limitaciones, de mayor o menor extensión, que podrán entorpecer o hacer más dificultosa la previa excusión efectiva de los bienes designados a tal efecto por el garante. Serán, pues, los requisitos de idoneidad de los bienes a designarse por el fiador, esto es, que sean «realizables» y «suficientes», los que podrían en algunos casos plantear dudas acerca de su cumplimiento debido para la efectividad jurídica del beneficio legal del que tratamos, sin que ello nos permita, no obstante, mantener su improcedencia absoluta sin excepciones.

Efectivamente, en la mayoría de los casos el fiador no tendrá problema alguno para designar, en el ejercicio de su beneficio de orden, bienes del deudor suspenso «que sean suficientes para cubrir el importe de la deuda», conforme ordena el artículo 1.832, puesto que, salvo que el juez que conociera del expediente de suspensión de pagos calificara a la misma de insolvencia definitiva, lo característico de estas

situaciones concursales es la solvencia patrimonial del suspenso, siendo su activo superior o igual al pasivo (cfr. art. 8.º de la LSP), aunque el estado de iliquidez provisional por el que atraviesa determine en el deudor la necesidad de solicitar la suspensión de pagos ante la imposibilidad de atender al pago de sus obligaciones en las fechas de sus respectivos vencimientos.

Por lo que se refiere al extremo de que se trate de «bienes realizables del deudor», según tenor literal del mismo artículo 1.832, su cumplimiento efectivo pudiera presentarse mucho más difícil, dada la paralización del ejercicio de acciones individuales y de embargos frente al suspenso (art. 9.º de la LSP) y sobre todo porque la excusión a realizarse hipotéticamente por el acreedor podría llegar a vulnerar el principio de la *par conductio creditorum* que informa a éste como a los demás procesos universales de ejecución, aunque su rigor sea menor. Ahora bien, a mi juicio, la solución de sí cabe o no entenderse «realizables» los bienes que integran el patrimonio del suspenso(14) dependerá en cada caso concreto que se planteara de las limitaciones que hubieren sido impuestas por el juez, del riesgo que la excusión efectiva de determinados bienes del suspenso acarrearía para el cumplimiento de los restantes créditos invocados frente al mismo deudor, debiendo tenerse en cuenta asimismo, a la hora de valorar la viabilidad y conveniencia de practicar la excusión requerida por el fiador, la distancia temporal existente entre el momento de invocación del beneficio de excusión y la fecha de cumplimiento definitivo del convenio alcanzado con el conjunto de los acreedores en el seno del proceso en cuestión, puesto que, de ser breve o de venir cumpliéndose regularmente por el suspenso, no considero que pueda entenderse excesivamente gravoso para el acreedor que deba éste, en el cumplimiento de la excusión a él requerida por el garante, hacerse previo pago de su crédito afianzado a cargo del importe que le correspondiera en la liquidación de los bienes del suspenso según los términos fijados en el convenio aprobado.

Para finalizar con este primer tema que nos ocupa, quisiera poner de manifiesto que, aun hallándose el deudor principal en situación de quiebra, concurso o suspensión de pagos el fiador podrá hacer valer su beneficio de excusión en todos aquellos casos en los que el débito principal objeto del afianzamiento hubiera sido contraído solidariamente por varios codeudores, en cuyo caso podría el fiador designar bienes pertenecientes a aquellos codeudores principales que no se hallaren en situación de insolvencia declarada. Y ello, incluso, aunque la fianza hubiera sido otorgada por el garante en favor exclusivo de aquel deudor solidario que fuera declarado en quiebra o concurso.

IV. FACULTADES OTORGADAS POR LEY AL FIADOR EN CASO DE QUIEBRA, CONCURSO O INSOLVENCIA DEL DEUDOR: LA ACCIÓN DE REVELACIÓN O DE COBERTURA DEL ARTICULO 1.843, NUMERO 2, DEL CODIGO CIVIL

Conforme a lo preceptuado en el artículo 1.843 del Código Civil, en su número 2: «El fiador, aun antes de haber pagado, puede proceder contra el deudor principal: 2.º En caso de quiebra, concurso o insolvencia», indicándose en el último párrafo del mismo artículo 1.843, para esta hipótesis y las demás enunciadas en el precepto, que «la acción del fiador tiende a obtener relevación de la fianza o una garantía que lo ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor y del peligro de insolvencia en el deudor».

Objeto de nuestro estudio será ahora, pues, comprobar cuál fuere la efectiva aplicación práctica de los recursos conferidos al fiador en el precepto transcrito cuando los mismos pretendan hacerse valer por el garante hallándose el deudor principal en situación de quiebra, concurso o insolvencia.

A) Consideraciones generales

Las especiales situaciones en las que se encuentra el deudor principal en las hipótesis contempladas

en este número 2 del artículo 1.843, configuradas como presupuestos de operatividad del remedio cautelar que consagra para el fiador, han conducido a la doctrina a subrayar unánimemente las enormes dificultades prácticas de su aplicación, principalmente en el ámbito de los procesos universales de quiebra y de concurso, donde, por la propia naturaleza de estos procesos, la pretensión del fiador de hacer valer las acciones de relevación o de cobertura resultará totalmente ilusoria. Así, ha observado DIEZPICAZO que si el deudor ha sido declarado en quiebra o en concurso, sus bienes estarán totalmente ocupados, no podrá realizar el pago liberatorio, ni tampoco otorgar al fiador garantías, pues éstas entrañarían un perjuicio para la masa de acreedores⁽¹⁵⁾. Es, precisamente, en razón a la ineficacia casi absoluta de dichos recursos en las situaciones concursales del deudor principal, por lo que el nuevo Código Civil italiano de 1942 procedió a suprimir en su artículo 1.953, número 2 (correspondiente al art. 1.843 del Código patrio), la referencia que en el anterior texto normativo sobre la materia se hacía respecto de la quiebra, limitándose en la nueva redacción del precepto a remitirse a los supuestos de insolvencia sobrevenida del deudor, siguiendo de este modo las construcciones legales ofrecidas al respecto por la mayor parte de los Códigos Civiles europeos (cfr. art. 2.032 del Code, parágrafo 775 del BGB, etc.).

Nuestro Código Civil no menciona expresamente el supuesto de la suspensión de pagos del deudor, pero no cabe duda que, a diferencia de lo que acontece respecto del artículo 1.831.3, analizado anteriormente, la norma del artículo 1.843, número 2, va referida a estas situaciones de insolvencia judicial, dado que en su redacción se hace referencia explícita a los casos de insolvencia del fiado, comprendiéndose en su ámbito no sólo a los supuestos de insolvencia definitiva, como son la quiebra o el concurso, sino también aquellas situaciones de insolvencia provisional, característica ésta de los expedientes de suspensión de pagos, y abarcando incluso a las hipótesis de insolvencia sobrevenida del deudor que no hubiere sido objeto aún de la declaración judicial correspondiente.

Incluso cabe afirmarse que las dificultades que en las situaciones de quiebra y concurso surgen inexorablemente, impidiendo el cumplimiento eficaz y voluntario por parte del deudor de la pretensión de relevación o de cobertura del fiador, se ven notablemente reducidas en los casos de suspensión de pagos. Si es la total inhabilitación personal del quebrado o concursado y su situación de desbalance económico e impotencia patrimonial la razón determinante, en esos casos, de la inviabilidad práctica de los remedios cautelares de que tratamos, en las hipótesis de suspensión de pagos, por el contrario, según ya se indicó, el suspenso tiene bienes suficientes para cubrir todas sus deudas, atravesando meramente una situación de iliquidez o insolvencia provisional que aconsejan la apertura del expediente judicial de la suspensión de pagos, y sin que el mismo comporte para el deudor una inhabilitación absoluta para la administración de sus bienes, ni la plena incapacidad para celebrar válidamente actos o contratos, como podrían ser, según veremos, los encaminados a proporcionar al garante la cobertura suficiente de sus eventuales derechos de reintegro.

En efecto, aunque se entendiera que las acciones de relevación y de cobertura son sólo ejercitables judicialmente ⁽¹⁶⁾ ello no supondría obstáculo alguno para que el fiador pudiera dirigirse directamente contra el deudor suspenso ejercitando frente al mismo el derecho potestativo que le viene reconocido en el artículo 1.843 del Código Civil. La legitimación procesal pasiva del suspenso viene reconocida por el Tribunal Supremo en diversas ocasiones, siendo criterio común en sus resoluciones que dicha legitimación no precisa de ningún complemento o de la concurrencia de los Interventores del suspenso. Así, entre otras, se pronuncian las Sentencias de 9 de abril de 1985 y 11 de febrero de 1986, habiéndose declarado en la primera de ellas que «... no viene dispuesta en la Ley especial una limitación de la capacidad procesal del suspenso, a diferencia de lo ordenado en el artículo 141 del Anteproyecto de Ley Concursal, sobre todo en lo que concierne a la posición pasiva en el litigio ... », y destacando a continuación la misma sentencia que la nulidad prevista en el artículo 6.º *in fine* de la LSP se circunscribe a las concretas operaciones enumeradas en el precepto, «... a las que no puede ser asimilada -matiza el Alto Tribunal - la intervención del

suspense en el juicio ordinario donde ha sido demandado y que en atención a su naturaleza no le afecta para su promoción el principio de la paralización de las acciones individuales a que alude el artículo 9º., sin perjuicio de la abstención de toda acción ejecutiva ... ».

Salvado así el que podrá ser el primer escollo, respecto de la operatividad de los recursos legales del artículo 1.843 por parte del fiador del deudor suspenso, se hace necesario profundizar en el análisis de otras posibles objeciones a la realización efectiva de los mismos recursos que pudieran venir dados por concretas normas de carácter procesal reguladoras de los expedientes de suspensión de pagos. A tal fin, interesa destacar lo preceptuado en el artículo 6.º, párrafo 1.º regla 2.ª, de la LSP, a cuyo tenor literal el suspenso «necesitará asimismo el acuerdo de los Interventores para toda obligación que pretenda contraer y para celebrar todo contrato o verificar todo pago». Se infiere fácilmente de la norma transcrita que la capacidad del suspenso para contratar o para hacer pagos no queda anulada tras la declaración judicial de suspensión de pagos, sino tan sólo precisada de la conformidad de los Interventores (cfr. art. 6.º, penúltimo párrafo, de la LSP).

No son, como parece entender SAGRERA TIZON(17) nulos todos los actos de disposición realizados por el suspenso tras la anotación registral de la suspensión de pagos, pues entiendo que sólo merecen la sanción de nulidad prevista en el artículo 6.º *in fine* de la LSP aquellos actos o contratos que fueren realizados por el suspenso sin la preceptiva anuencia de los Interventores. Además debe tenerse en cuenta, por un lado, que las limitaciones a las facultades de disposición del deudor suspenso serán fijadas en su extensión por el juez, según vimos, en atención a las circunstancias particulares del caso (cfr. art. 8.6 de la LSP) y, por otro lado, que las inscripciones pertinentes en el Registro de la Propiedad de la situación de suspensión de pagos (cfr. art. 42, 4º. de la LH en relación al art. 142 del RH) y, por ende, de las eventuales prohibiciones de disponer del suspenso, dependerán de lo fijado discrecionalmente por el juzgador, quien, según cada caso concreto, podrá ordenar mayor o menor publicidad registral (cfr. art. 4, 1.º, de la LSP).

En base a lo expuesto resulta posible afirmar que en el ejercicio de *su acción de cobertura* podrá el fiador obtener del deudor principal en situación de suspensión de pagos el compromiso por parte de éste de prestarle alguna «garantía que le ponga a cubierto de los procedimientos del acreedor», celebrándose a tal fin entre el garante y el suspenso el correspondiente contrato de garantía, y sin necesidad de mediar para ello planteamiento judicial de acciones por parte del primero. Ahora bien, salvo que el Juez hubiera permitido expresamente al suspenso la posibilidad de realizar por sí solo actos de gravamen sobre los bienes de su patrimonio personal o de su empresa, para que la garantía a obtenerse por el fiador con apoyo en lo normado en el artículo 1.843 sea eficaz y no se vea afectada de la sanción de nulidad prevista en el artículo 6.º de la LSP, en su penúltimo párrafo, será preciso que los Interventores hayan prestado su acuerdo a la asunción de la obligación de garantía por parte del suspenso y en favor del fiador. En el caso de que así sucediera el fiador verá notablemente reforzado su eventual derecho de regreso frente al deudor principal, dado que, en razón a la garantía recibida, ostentaría el garante una situación privilegiada ante el evento de que, habiendo incumplido el deudor el convenio alcanzado en el expediente de la suspensión de pagos, se instara la tramitación del correspondiente proceso universal de quiebra, en cuyo seno podría el garante, que hubiera ya dado cumplimiento a su obligación fideiusoria, hacer valer la garantía previamente obtenida del deudor principal; derecho de garantía que, conforme a lo prevenido por el artículo 1.843 *in fine* del Código Civil, pondrá a cubierto al fiador «del peligro de insolvencia del deudor», esto es, de las consecuencias negativas que sobre el garante del fallido se seguirían de la situación de insolvencia definitiva que supone la quiebra.

Las posibilidades reales de que la operación de garantía verificada por el suspenso en favor del fiador se concluya contando con la anuencia de los Interventores serán, no obstante, muy escasas cuando la misma conlleve algún peligro para los intereses de la masa de acreedores o pueda perjudicar los créditos de éstos. A pesar de ello, estimo que el ejercicio eficaz y válido de la acción de cobertura en los casos de

suspensión de pagos del deudor principal no debe ser tachada de hipótesis meramente teórica sin viabilidad alguna en la práctica, puesto que, en algunas ocasiones, puede esperarse perfectamente que la actitud de los Interventores respecto del acto o contrato pretendido por el fiador sea favorable. No hay que olvidar que en los expedientes de suspensión de pagos no es infrecuente que el activo patrimonial supere en buena medida, en su valor económico, al importe de todas las deudas del suspenso, y que la situación de iliquidez dineraria no implica necesariamente la ausencia de bienes libres en el patrimonio del deudor. De otro lado, como indica PRIETO-CASTRO, el fundamento de las funciones interventoras y de auxilio e información que en la ley se atribuyen a los Interventores es la de posibilitar a los acreedores, a quienes aquéllos representan, el poder participar y controlar la actividad gestora del suspenso e impedir que pueda este último, en el uso de sus intactas facultades de administración y gestión, realizar operaciones que redundaran en perjuicio de los créditos de los acreedores, siendo por ello que «el concurso de los Interventores será más o menos acentuado según la operación de que se trate y el riesgo que entrañe para la masa» (18).

Cabe afirmar, pues que la obtención por el fiador del suspenso de una garantía de cobertura de sus intereses podrá ser factible en aquellos casos en que dicha operación no implique perjuicio alguno en los créditos de los acreedores, como así sucedería, por ejemplo, cuando la garantía a prestarse por el suspenso al fiador consistiera en una prenda de acciones no vencidas de la sociedad suspenso, o cuando, a pesar de constituirse derecho real de garantía sobre alguno de los bienes del deudor, la existencia en el activo del suspenso de otros importantes bienes libres de cargas o gravámenes no haga temer por el cumplimiento efectivo de los acuerdos de pago aprobados en el seno del proceso.

En todas estas hipótesis de ausencia total o casi absoluta de riesgo en los derechos de los acreedores es perfectamente posible que los Interventores presten su conformidad a la operación de garantía del suspenso pretendida por el fiador en base a la facultad que le confiere a éste el precepto analizado.

Razones legales, de justicia y de equidad apoyan las afirmaciones realizadas hasta el momento, pues, si la regla 2.ª del artículo 6.º de la LSP tiene como finalidad proteger los intereses de los acreedores del suspenso, el número 2 del artículo 1.843 del Código Civil tiende por su parte a dotar también al fiador de una justa protección jurídica de sus eventuales derechos de reintegro frente al suspenso, cuya adquisición por el garante aparece como hecho de acontecer casi seguro en razón a la propia situación de impotencia en que se halla el deudor principal. Aun siendo cierto que en todas las situaciones legales de suspensión de pagos deben estimarse prevalentes los intereses presentes y ciertos de los acreedores concurrentes sobre los intereses eventuales de los fiadores, considero, sin embargo, que en aquellos casos en que fuera posible verificar un acoplamiento legal entre la norma sustantiva del artículo 1.843 del Código Civil y la adjetiva recogida en el artículo 6.º de la LSP podrá y deberá tenderse a la aplicación de ambos preceptos legales para, de este modo, conseguir la adecuada protección de todos los intereses en juego.

Bastantes menos probabilidades de éxito tendría el fiador del suspenso que pretendiera, con base en el ejercicio de la *acción de relevación*, conseguir del deudor que éste procediera a relevarle de su compromiso de garantía pagando al acreedor afianzado el importe del crédito objeto de la fianza contratada. La improcedencia casi total de semejante pretensión de pago liberatorio articulada por el garante no es, sin embargo, consecuencia (de ninguna disposición legal, sino que, antes bien, la ya mencionada regla 2.ª del artículo 6.º de la LSP recoge explícitamente, entre las operaciones que el suspenso podrá Nevar a cabo con la concurrencia de los Interventores, la de verificar pagos(19).

No obstante, aunque en base a dicha preceptiva pudiera en teoría sostenerse la viabilidad jurídica de una pretensión de pago dirigida al suspenso por el fiador y en favor del acreedor afianzado, lo cierto es que en la práctica difícilmente dicho pago será realizado alguna vez, dado que no contarla previsiblemente dicho acto del suspenso con el consentimiento de los Interventores. Y ello porque, aunque de verificarse tal pago del crédito principal se operaría una disminución correlativa del pasivo, el desembolso dinerario a

realizarse redundaría en grave perjuicio para los restantes acreedores del suspenso, sobre todo si tenemos en cuenta que, precisamente, como es sabido, lo característico de este juicio universal de ejecución es la falta de liquidez provisional del suspenso para atender al pago de todas sus obligaciones, con lo que al disminuir el caudal de dinero efectivo, ya de por sí escaso, se corre el riesgo de ver incumplidos en el futuro alguno de los pagos parciales en que normalmente se traducen los convenios de espera y quita alcanzados en la tramitación del expediente judicial.

Evidentemente, no existirá problema alguno en la articulación eficaz de la acción de relevación contra el suspenso cuando la pretensión del fiador en la misma consistiera en la sustitución de su persona por la de otro fiador a proponerse al acreedor por el deudor principal, lo que podrá llevarse a cabo y liberar al fiador reclamante siempre que tal sustitución contara con el consentimiento expreso del acreedor garantizado.

B) Facultad del fiador de insinuar su eventual crédito de reintegro en el pasivo del proceso concursal tramitado al deudor

Se ha comprobado hasta ahora que, salvo en casos muy aislados y sólo éstos en el ámbito de la suspensión de pagos, la pretensión del fiador de procurarse alguno de los remedios cautelares que le concede el artículo 1.843 está abocada a fracasar en todos estos supuestos hipotéticos en los que el deudor principal se hallase en situación judicialmente declarada de quiebra o de concurso.

No obstante, las apuntadas dificultades de aplicación práctica de la norma examinada no deben llevarnos a condenarla a un destierro jurídico irremediable, pues su carácter tuitivo, encaminado a otorgar un lógico amparo jurídico a los intereses del fiador puestos en peligro en tales situaciones de insolvencia del deudor, justifica sobradamente la conveniencia de delimitar otras posibles vías alternativas a las que pudieran ser habituales en el ejercicio de las acciones de relevación y cobertura en los demás supuestos legales contemplados en el artículo 1.843. De entenderse que, producida la quiebra o el concurso del deudor, el fiador va a quedar privado de hecho de toda posibilidad de «proceder contra el deudor principal» para, en base al artículo 1.843, número 2, del Código Civil obtener alguna medida de precaución o de seguridad de sus eventuales derechos de reintegro, se estaría colocando al garante en una evidente situación de desamparo y de incertidumbre jurídica. Y ello cuando, de entre todos los supuestos legales que permiten el funcionamiento de la acción de cobertura, es precisamente el de la situación concursal del deudor el que en mayor medida hace aparecer como necesario el dotar al fiador de medidas de tutela preventiva de sus legítimos intereses.

En efecto, es indudable la inminente y seria amenaza que los estados legales de quiebra y de concurso del deudor suponen para las expectativas del fiador dada, por un lado, la certeza casi absoluta de que le será requerido el pago de la obligación garantizada de modo inmediato y, en todo caso, sin posibilidad alguna de invocar el beneficio de excusión que ostentara. Y, por otro lado, porque la tramitación propia de estos procesos concursales origina en el fiador un estado de incertidumbre acerca de la incidencia que en el crédito principal por él garantizado podría tener el convenio concursal que fuera aprobado en el seno del mismo procedimiento, el cual bien podría llegar a modificar sus responsabilidades fideiusorias, de llegar a alcanzarse un convenio solutorio o con renuncia de derechos frente a terceros, o bien podría alterar las condiciones de realización del crédito garantizado y objeto de la eventual subrogación por pago del garante, de aprobarse un convenio concursal de quita y/o espera de las deudas del fallido.

Razones de poderosa equidad aconsejan, por tanto, intentar plantear posibles medios de actuación válida por el fiador de su acción de cobertura ex artículo 1.843 que, respondiendo a las particularidades de las situaciones consideradas, no aparezcan en contradicción con los efectos normales de carácter personal y patrimonial que estos procesos universales determinan para los deudores fallidos y sus bienes.

Ponen de relieve, entre otros, FRAGALI(20) y DELGADO ECHEVERRÍA(21) la enorme variedad de

contenidos que pueden presentar en la práctica las acciones de relevación y de cobertura conferidas por ley al fiador. En efecto, la ley quiere, ante todo, proteger al garante de los riesgos que se le avecinan y, dado el silencio que guarda al respecto, parece admitir la efectividad de cualquier medio de tutela que le pudiera procurar el deudor. Por su parte, GUILARTE ZAPATERO ha precisado al respecto que deberá valorarse siempre la idoneidad de la pretensión del fiador en función de la cuantía de la fianza(22). Siendo ello cierto, estimo, no obstante, que la idoneidad de los medios de cautela que pudieran ser pretendidos por el fiador deberá ser valorada atendiendo asimismo a las particulares situaciones en que se encontrara el deudor, así como al riesgo efectivo que las circunstancias del caso entrañaran para los intereses del fiador.

Pues bien, producida la quiebra o el concurso del deudor principal, un remedio cautelar efectivo que podría serle abierto al fiador por la vía del artículo 1.843 sería el reconocerle la facultad de insinuarse en el proceso concursal de que se trate, incluyendo su eventual crédito de reintegro en su masa pasiva, si bien ello en calidad de acreedor condicional del fallido donde el evento condicionante vendrá dado por el hecho del pago por su parte del crédito objeto del afianzamiento prestado.

No considero que pueda ser rechazada la posibilidad planteada en base a entenderse que el garante carece, antes de verificar el pago, de la legitimación procesal necesaria para comparecer en estos procesos concursales, aduciéndose que en ese momento no ostenta el fiador de la precisa condición de acreedor legítimo del deudor fallido señalada en los artículos 875 del Código de Comercio, para la quiebra, y 1.158 de la LEC, para el concurso de acreedores.

Es criterio dominante en nuestra doctrina el de admitir la participación en los procesos concursales de todos cualesquiera créditos sometidos al cumplimiento de alguna condición (23). Y como acreedor eventual o condicional de un crédito de reembolso aparece considerado el fiador en la propia disciplina reguladora de la fianza. En efecto, si los artículos 1.838 y 1.839 del Código Civil delimitan cuáles sean los derechos del fiador después del pago y el modo de hacerlos valer frente al deudor principal, los artículos 1.843 y 1.852 del Código Civil van orientados directamente a proteger la efectividad de esos derechos en momento anterior a su adquisición por el garante, poniéndolos a cubierto de determinados hechos del acreedor o de determinadas circunstancias del deudor que pudieran poner en peligro la satisfacción del interés del fiador de verse reintegrado de las cantidades que llegare a pagar en el cumplimiento de su obligación fideiusoria.

La condición de acreedor legítimo requerida por el ordenamiento concursal como presupuesto de la intervención de los créditos en los correspondientes procesos universales viene dada por normas materiales o sustantivas y no por aquellas de carácter procesal. Así, destaca PRIETO-CASTRO que «la norma será material cuando afecte a la definición de los derechos subjetivos de los sujetos principales y accesorios que intervienen en el proceso concursal» (24).

El fiador, considerado como «acreedor» de un crédito sometido a una condición suspensiva (cfr. art. 1.114 del CC), no adquirirá el derecho definitivo frente al deudor fallido hasta el momento del cumplimiento del evento condicionante, el pago por su parte del debido afianzado (arts. 1.838 y 1.839 del CC), pero hasta dicho instante el garante es legítimo titular de una expectativa de adquisición del crédito en cuestión protegida por el ordenamiento jurídico. El artículo 1.843 del Código Civil no es sino una manifestación particular de la norma genérica del artículo 1.121, 1.º, del Código Civil destinada a proteger los intereses de los acreedores condicionales, en virtud de la cual: «El acreedor puede, antes del cumplimiento de las condiciones, ejercitar las acciones procedentes para la conservación de su derecho.»

La insinuación del fiador en el pasivo de la quiebra o del concurso del deudor principal resulta, a mi modo de ver, viable y plenamente justificada, siendo criticable que las diferentes normativas reguladoras de los procesos concursales existentes en nuestro Derecho desconozcan la posibilidad de tal intervención de los garantes en los procedimientos correspondientes. Idéntica apreciación crítica del Derecho concursal patrio ha sido expuesta por BENEDITO y CAMARA señalando que «la inasistencia del fiador a la junta de Acreedores, su falta de oportunidades para hacerse escuchar en el momento de adoptar un acuerdo

vinculante, es una de las lagunas de la regulación actual del procedimiento de la suspensión de pagos» (25).

El Tribunal Supremo no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto, pues, a pesar de la abundante jurisprudencia recaída en torno a problemas relativos a la posición jurídica del fiador en los procedimientos concursales incoados al deudor, la mayor parte de las sentencias habidas versan sobre la influencia que dichos procesos y los convenios aprobados en ellos despliega en la relación obligatoria de fianza. En las escasas resoluciones jurisprudenciales en las que el Tribunal Supremo ha entrado a considerar la concurrencia de los fiadores en la quiebra o el concurso del deudor principal (Sentencias de 2 de junio de 1989, 7 de abril de 1975 y 24 de enero de 1989, entre otras), la intervención del fiador enjuiciada tuvo lugar realmente por su simultánea condición de acreedor por otros conceptos del deudor fallido, aun cuando su actitud en el proceso es valorada por el Alto Tribunal para fundamentar en ella la inaplicabilidad en el caso de concretas normas de la fianza que otorgan relevancia decisiva al consentimiento expresado por los garantes de determinadas circunstancias concernientes a la obligación principal, tales como las contenidas en los artículos 1.835 y 1.851 del Código Civil.

Doctrinalmente, la mayor parte de los civilistas patrios que se han preocupado de perfilar el posible alcance objeto del artículo 1.843, número 2, del Código Civil se inclinan por considerar que en el supuesto de que, producida la quiebra o el concurso del deudor, el fiador no hubiera pagado aún la deuda, la única solución que correspondería aquí al garante para defenderse de los perjuicios que se le pueden derivar es la de insinuar su eventual crédito de reintegro en el correspondiente procedimiento concursal. En este sentido, destacan esta posible vía como único remedio cautelar del fiador al que quedaría reducida la aplicación práctica del precepto examinado, entre otros, DIEZ-PICAZO(26) DELGADO ECHEVERRIA(27) y GUILARTE ZAPATERO, quien matiza al respecto que «la inclusión de su crédito tendrá un cierto carácter condicional hasta tanto no verifique el pago de la obligación fiada, de la que resulta deudor el concursado, quebrado o suspenso» (28).

Planteando esta cuestión respecto del avalista cambiario, resuelve ROJO FERNANDEZ-RIO que «la autonomía característica del aval y su carácter cambiario eliminan la posibilidad de que el avalista, antes de haber pagado, pueda proceder contra el avalado" pero, a pesar de ello, no duda a continuación el mismo autor en señalar que «en caso de concurso o quiebra del avalado el avalista podrá, al igual que cualquier otro obligado posterior en el orden cambiario, insinuar su crédito en la masa concursal en concepto de acreedor eventual» (29).

En el ámbito del Derecho comparado, y a diferencia de nuestro ordenamiento concursal, la Ley de Quiebras italiana contiene en su normativa varias disposiciones relativas a la inclusión de créditos en la masa de la quiebra que han permitido a la doctrina italiana fundamentar con base legal precisa la facultad del fiador de participar en el proceso concursal tramitado al deudor.

Parten los autores de considerar en la materia lo dispuesto en el artículo 55, 3.º, de la Ley de Quiebras, en relación con el artículo 95, 2.º de la misma, para deducir de su preceptiva la inclusión de los créditos condicionales en el pasivo del concurso, con reserva para ellos del dividendo que les correspondiera en tanto no se verificase el evento a que estuviera sometida la efectividad del crédito de que se trate. Para PROVINCIALI y RAGUSA MAGGIORE la disposición del artículo 55, a que nos hemos referido, permite nevar a cabo una interpretación no rigurosa de la noción de crédito condicional, pudiéndose estimar que en dicha categoría quedan incluidos también los créditos eventuales, categoría ésta considerada en el Derecho común italiano (cfr. art. 2.852 del *Código*), que pueden ser definidos como aquellos créditos que pueden nacer eventualmente dependiendo de una relación ya existente, donde la producción del evento opera en sustancia de igual forma que al verificarse una condición. En base a ello, consideran los autores citados que podrán figurar en el pasivo, dentro del grupo de los créditos admitidos con reserva, todos aquellos créditos que deriven de una causa ya verificada, pero cuya certeza o liquidación dependa de un acon-

tecimiento futuro. Entre las hipótesis de créditos de tal carácter eventual refieren PROVINCIALI y RAGUSA MAGGIORE el caso de los coobligados del fallido que tuvieran derecho de regreso, codeudores solidarios y fiadores, quienes, por la incerteza de deber responder en lugar del fallido, podrán válidamente pretender la insinuación en el procedimiento concursal antes de operarse el evento que condiciona el ejercicio de tal derecho de regreso(30).

En idénticos términos se pronuncia NUNZIATA, quien, refiriéndose de un modo más específico al eventual derecho de regreso del fiador y a su posible admisión en el pasivo de la quiebra del deudor, sostiene que el fiador podrá insinuarse en el juicio concursal como acreedor condicional, en los términos previstos en los artículos 55 y 95 de la Ley de Quiebras, con base en un crédito que únicamente adquirirá plena eficacia luego que hubiera pagado al acreedor afianzado el importe del mismo (31).

Asimismo, por parte de la doctrina civil italiana que ha examinado la hipotética admisibilidad del fiador en la tramitación de la quiebra del deudor desde la órbita de la facultad conferida al garante en el artículo 1.953, número 2, del *Codice*, correspondiente al artículo 1.843, número 2, del Código patrio, se ha reconocido mayoritariamente que, producida la quiebra del deudor principal, el fiador podrá ejercitar la «acción de relevo» concurriendo con los restantes acreedores al procedimiento concursal y solicitar así la reserva del dividendo que le correspondiera hasta tanto que el acreedor no le reclamase el pago del débito garantizado. Ponen estos autores de manifiesto que ello sería así dado que la exigibilidad por el fiador del fallido de su crédito de regreso dependerá, como crédito eventual, del cumplimiento de la condición de verificarse por el propio garante el pago del crédito garantizado (32).

Resume FRAGALI todo lo expuesto hasta ahora, señalando que «la quiebra impide el ejercicio del relevo o lo suspende. Abierto el concurso -dice- ninguno de los acreedores puede demandar la obtención de cautelas; instar la liberación de la fianza es después de ese momento algo sin sentido, porque, tras declararse la quiebra, la excusión del fiador es el único medio que le queda al acreedor para recuperar íntegramente su crédito, y que el acreedor no consentirá en renunciarlo», pero dicha afirmación la realiza tras dejar sentado que «el artículo 55, 3.º, de la Ley de Quiebras admite la insinuación en el pasivo de la quiebra del deudor principal de igual manera al acreedor que al fiador(33).

En suma, como medio de dotar al fiador de una vía de protección y tutela de sus eventuales derechos de reintegro frente al deudor fallido, debe admitirse que, en el ejercicio de la acción de cobertura que le viene reconocida en el artículo 1.343 del Código Civil, el fiador podrá insinuarse en el pasivo de la quiebra o el concurso del deudor principal en calidad de acreedor condicional. Y ello, incluso, con independencia de que el acreedor afianzado se hubiere o no insinuado en el mismo proceso universal dado que, como ha observado GUILARTE ZAPATERO (34) si el acreedor ha incluido su crédito en el procedimiento correspondiente, aun pareciendo innecesario que lo hiciera el fiador, no existe probablemente ninguna dificultad para ello toda vez que la obligación de garantía y la obligación principal suponen una única cantidad a los efectos de la determinación del pasivo del deudor principal.

NOTAS:

(1) GUILARTE, ZAPATERO, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel AL BALADEJO, tomo XXIII, Jaén, 1980, pág. 249.

(2) Siguen este criterio, en nuestra doctrina, MONTES PENADES, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por Manuel ALBALADEJO, tomo XV, vol. 2.º, Madrid, 1983, págs. 146-147; MORENO QUESADA, «El vencimiento anticipado del crédito por alteración de garantías», en ADC, 197 1, págs. 458 y sigs.

En la doctrina extranjera, apoyan la precedente reclamación anticipada de la deuda al fiador de un deudor declarado judicialmente insolvente, entre otros, LAURENT, *Principii di Diritto civile*, tomo XVII, Milán,

1920, págs. 175-176; FAVARA, «Ancora sui rapporti ira avallo e fidemssiones», en Banca, *Borsa e titoli di credito*, 1968-II, págs. 216 y sigs.; PROVINCIALI y RAGUSA MAGGIOPE, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, Padua, 1988, pág. 261.

(3) CLEMENTE MEORO, *Los supuestos legales de vencimiento anticipado de deudas*, Valencia, 1991, pág. 154.

(4) CLEMENTE MECIRO, ob. últ. cit., pág. 155.

(5) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código civil...*, tomo XXIII, ob. cit., pág. 251; DELGADO ECHEVERRIA, *Elementos de Derecho civil*, de LACRUZ BERDEJO, tomo II, vol. 3.º, 2.ª ed., Barcelona, 1986, pág. 516; RAMIREZ LOPEZ, *Derecho Concursal español. La quiebra*, tomo II, Barcelona, 1959, pág. 264.

(6) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios....* tomo XIII, ob. cit., pág. 136.

(7) Ob. y loc. últ. cit.

(8) Ob. y loc. últ. cit.

(9) BROCA y MAJADA, *Práctica procesal civil*, tomo IV, 21.ª ed., Barcelona, 1988, pág. 2039.

(10) SAGRERA TIZON, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, tomo III, Barcelona, 1974, págs. 145-146.

(11) SAGRERA TIZON, *Comentarios...* ob. cit., tomo II, pág. 524.

(12) PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, *Derecho Concursal. Procedimientos sucesorios. jurisdicción Voluntaria. Medidas cautelares*, 2.ª ed., Madrid, 1986, págs. 85-86 y 89.

(13) PLAZA, *Derecho Procesal civil español*, vol. 2.º, segunda parte, Madrid, 1955, pág. 620,

(14) A juicio de GUILARTE ZAPATERO carecen de la condición de realizables los bienes del suspenso o del quebrado (*Comentarios...*, tomo XXIII, ob. cit., pág. 147).

(15) DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. I, Madrid, 1983, pág. 606. En parecidos términos se pronuncian, entre otros, COSSIO, *Instituciones de Derecho civil*, tomo I, Madrid, 1975, pág. 492; DELGADO ECHEVERRIA, *Elemento*, II, 3.º, ob. cit., págs. 525-526.

(16) Así, DELGADO ECHEVERRIA, *Elementos...*, II, 3.º, ob. cit., pág. 525.

(17) SAGRERA TIZON, *Comentarios a la Ley de Suspensión de Pagos*, ob. cit., tomo I, págs. 382-383.

(18) PRIETO-CASTRO y FERRANDIZ, *Derecho Concursal*, ob. cit., págs. 86 y 89.

(19) La resolución de la DGRN de 15 de febrero de 1962 admite implícitamente esta posibilidad al declarar que el suspenso conserva la administración de sus bienes, con las limitaciones que en su caso establezca el juzgado, sin poder pagar a algún acreedor a no ser con el consentimiento de los Interventores.

(20) FRAGALI, «Della fideiussione», en *Commentario del Codice avile a cura de Scialoja e Branca*, Bolonia-Roma, 1968, pág. 416.

(21) DELGADO ECHEVERRIA, *Elementos...*, II, 3.º, ob. cit., pág. 525.

(22) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, tomo XXIII, ob. cit., pág. 244.

(23) Cfr., entre otros, URÍA, *Derecho Mercantil*, Madrid, 1982, 12.ª ed., reimpr., pág. 830; SAGRERA TIZON, *Comentarios....* ob. cit., tomo I, pág. 222; BROCA y MAJADA, *Práctica procesal civil*, tomo IV, ob. cit., pág. 2123.

(24) PRIETO-CASTRO, *Derecho Concursal* ob. cit., pág. 24.

(25) BENEDITO FRANCES y CAMARA MINGO, «La posición del fiador en caso de suspensión de pagos del afianzado», en *La Ley*, 1985-3.º pág. 908.

(26) DIEZ PICAZO, *Fundamentos ...*, ob. cit., pág. 606.

(27) DELGADO ECHEVERRIA, *Elementos...*, II, 3.º, ob. cit., pág. 526.

(28) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios...*, tomo XXIII, ob. cit., págs. 136 y 250.

(29) ROJO FERNANDEZ-RIO, «El aval», en *Derecho Cambiario. Estudios sobre la Ley Cambiaría y del*

Cheque, dirigidos por Aurelio MENENDEZ, Madrid, 1986, pág. 600.

(30) PROVINCIALI y RAGUSA MAGGIORE, *Istituzioni di Diritto Fallimentare*, ob. cit., págs. 495 a 496.

(31) NUNZIATA, «Credito di regresso del fideiussore e ammissione allo stato passivo del fallito del debitore garantito», en *Diritto e giurisprudenza*, 1982, pág. 178.

(32) Así, entre otros, BO, voz Fideiussione», en *Nuovo Digesto Italiano*, vol. V, Turín, 1938, pág. 1123; PACIFICI-MAZZONI, *Istituzioni di Diritto civile italiano*, 5.^a ed., Florencia-Turín, 1921, pág. 1929; FRAGALI, «Della fideiussione», ob. cit., págs. 414-415 y 428; VENZI, *Manuale del Diritto civile italiano*, Florencia, 1922, pág. 428.

(33) FRAGALI, voz «Fideiussione», en *Enciclopedia del Diritto*, tomo XVII 1968, págs. 373-374.

(34) GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios* tomo XXIII, ob. cit., págs. 250-251.