

Roj: STS 2018/2012
Id Cendoj: 28079110012012100198
Órgano: Tribunal Supremo. Sala de lo Civil
Sede: Madrid
Sección: 1
Nº de Recurso: 698/2009
Nº de Resolución: 181/2012
Procedimiento: Casación
Ponente: JOSE RAMON FERRANDIZ GABRIEL
Tipo de Resolución: Sentencia

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintiséis de Marzo 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 el Letrado de la Xunta de Galicia, en representación del Instituto Galego de Promoción Económica, contra la Sentencia dictada el cuatro de diciembre de dos mil ocho, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, que resolvió el recurso de apelación interpuesto, en su día, contra la que había pronunciado el Juzgado de Mercantil número Uno de Pontevedra.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Por escrito registrado el siete de febrero de dos mil ocho, el Letrado de Xunta de Galicia, en representación de Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE), interpuso demanda incidental en el concurso de acreedores de Avigan Granjeros Pontevedreses, SA, que tramitaba el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Pontevedra con el número 88/2005.

En la mencionada demanda, el Letrado de la Xunta de Galicia alegó, en síntesis y en lo que interesa para la decisión del litigio, que el concurso de Avigan Granjeros Pontevedreses, SA se había declarado por auto de treinta y uno de mayo de dos mil cuatro del mencionado Juzgado de lo Mercantil y que, por escritura pública de veinticuatro de julio de dos mil uno, Instituto Galego de Promoción Económica había afianzado a Avigan, que entonces era una cooperativa - Cooperativa de Granjeros Pontevedreses Avigan -, ante cuatro entidades financieras, hasta un máximo determinado y por un plazo de cinco años, con carácter subsidiario, en garantía de la devolución por la deudora principal del setenta por ciento del principal de los préstamos que la sociedad había recibido de dichas entidades.

Añadió que, para asegurar la recuperación de lo que pagase la fiadora, en la misma escritura, Cooperativa de Granjeros Pontevedreses Avigan constituyó hipotecas sobre dos fincas de su propiedad - las registrales números 34180 y 28266 -.

Que, como la prestataria afianzada incumpliera las obligaciones que había asumido ante las prestamistas y fuera declarada en suspensión de pagos - en respuesta a una petición que el Juzgado de Primera Instancia nº Dos de Ponteareas tuvo por formulada por providencia de veintiuno de mayo de dos mil tres - que dio lugar al procedimiento número 201/2003, sobreseído por auto de veintitrés de junio de dos mil cuatro - , las acreedoras instaron la ejecución de las fianzas.

Que los pagos como fiadora los efectuó - el uno de agosto de dos mil cinco y el treinta de noviembre de dos mil seis - la tesorería de la Comunidad Autónoma, con posterioridad a ser declarado el concurso de Avigan Granjeros Pontevedreses, SA, lo que, como se dijo, aconteció el treinta y uno de mayo de dos mil cinco.

Que, en conclusión Avigan Granjeros Pontevedreses, SA le adeudaba las cantidades abonadas a las acreedoras y las comisiones previstas en el contrato de fianza, también impagadas.

Que, en definitiva, como fiadora, ejercitaba una acción de reembolso contra la deudora principal, prevista en el artículo 1838 del Código Civil.

Que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 61, apartado 2, y 84, ordinal sexto del apartado 2 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal, sus créditos debían ser calificados como créditos contra la masa.

En el suplico de la demanda incidental, el Letrado da Xunta de Galicia, en la representación con la que actuaba, interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Pontevedra una sentencia que " declare: a) El reconocimiento de un crédito contra la masa titularidad de Igape-Xunta de Galicia, por importe de trescientos ochenta y nueve mil novecientos treinta y cinco euros con nueve céntimos (389.935,09 #) en concepto de pagos por ejecución de contrato de aval, y de un crédito contra la masa titularidad de Igape por importe de ciento un euros con setenta y cinco céntimos (101,75#) en concepto de comisiones de aval, que están garantizados con hipoteca objeto de inscripción 2ª sobre la finca 28.266 e con hipoteca objeto de inscripción 2ª sobre la finca 34.180, ambas del Registro de Propiedad de Ponteareas. b) Que el importe obtenido por las dos referidas fincas 34.180 y 28.266, se destine en primer lugar al pago de los créditos anteriores, destinando el sobrante la liquidación de las restantes créditos segundo el orden que corresponda (conforme a los artículos 154 y 155 IC). Subsidiariamente, en caso de desestimación de las pretensiones anteriores, se dicte sentencia que declare: a) El reconocimiento de un crédito titularidad de Igape-Xunta de Galicia por importe de trescientos ochenta y nueve mil novecientos treinta y cinco euros con cero nueve céntimos en concepto de pagos por ejecución de contrato de aval, y de un crédito titularidad de Igape por importe de ochocientos cincuenta y dos euros con cuarenta y cinco céntimos en concepto de comisiones de aval ambos con privilegio especial del artículo 90.101º por estar garantizados con hipoteca objeto de inscripción, ambas dos del Registro de la Propiedad de Ponteareas. b) Y que el importe obtenido por las referidas fincas 34.180 y 28.266, se destine en primer lugar al pago de créditos anteriores, destinando el sobrante a la liquidación de los restantes créditos según el orden que corresponda (conforme al artículo 156 de la LC). Todo ello con expresa imposición de costas a los demandados".

SEGUNDO. El Juzgado de lo Mercantil número Uno de Pontevedra admitió a trámite la demanda incidental, por auto de catorce de marzo de dos mil ocho, con el número 43/2008.

En dicho incidente se personó la administración concursal, que se opuso a la estimación de la pretensión deducida por Instituto Galego de Promoción Económica, interesando que el crédito de la demandante no se calificara como contra la masa, dado que se trataba de un crédito concursal.

En el suplico de su escrito de alegaciones la administración concursal interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Pontevedra que " en su día dicte resolución por la que se acuerde la íntegra desestimación de la demanda con la imposición de las costas".

También contestó la demanda la representación procesal de la concursada, Avigan Granjeros Pontevedreses, SA, alegando, en síntesis, que la demanda se había interpuesto extemporáneamente, de acuerdo con el artículo 97 de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal.

Añadió que el crédito de la demandante había nacido no con el pago a los acreedores, sino con el derecho de estos.

En el suplico de su escrito de contestación, la representación procesal de la concursada interesó del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Pontevedra que " dicte en su día sentencia desestimando íntegramente la misma por caducidad de la acción ejercitada y, subsidiariamente, y en el caso de que no se estime de aplicación el instituto de la caducidad, sea rechazada la pretensión de que el crédito del IGAPE sea considerado contra la masa, todo ello con imposición de costas al actor".

TERCERO. Tramitado el juicio verbal, el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Pontevedra dictó sentencia con fecha veintinueve de mayo de dos mil ocho, con la siguiente parte dispositiva: " Fallo. Que desestimó íntegramente la demanda incidental formulada por la letrada de la Xunta de Galicia en nombre y representación del Instituto Gallego de Promoción Económica, contra la administración concursal de Avigan Granjeros Pontevedreses, sin imposición de las costas procesales".

CUARTO. La representación procesal de Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE) recurrió en apelación la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número Uno de Pontevedra de veintinueve de mayo de dos mil ocho.

Cumplidos los trámites, las actuaciones se elevaron a la Audiencia Provincial de Pontevedra, en la que se turnaron a la Sección Primera de la misma, que tramitó el recurso, con el número 746/2008, y dictó sentencia con fecha cuatro de diciembre de dos mil ocho, con la siguiente parte dispositiva: "Fallamos. Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por Instituto Galego de Promoción Económica, contra la sentencia dictada el veintinueve de mayo de dos mil ocho por el Juzgado de lo Mercantil número Uno de Pontevedra, y, en su consecuencia, debemos confirmar y confirmamos dicha resolución. Cada parte asumirá las costas devengadas a su instancia en esta alzada".

QUINTO. La representación procesal de Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE) preparó e interpuso recurso de casación contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de cuatro de diciembre de dos mil ocho .

Dicho Tribunal, por providencia de trece de marzo de dos mil nueve, mandó elevar las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, la cual, por auto de cuatro de mayo de dos mil diez , decidió: " 1.- *Admitir el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE), contra la sentencia dictada, con fecha cuatro de diciembre de dos mil ocho, por la Audiencia Provincial de Pontevedra (Sección Primera), en el rollo de apelación número 746/2008 dimanante de los autos de juicio de incidente concursal número 43/2008, del Juzgado de Primera Instancia de lo Mercantil número Uno de Pontevedra* ".

SEXTO. El recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Instituto Galego de Promoción Económica (IGAPE) contra la sentencia de la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de cuatro de diciembre de dos mil ocho , se compone de un único motivo, en el que la entidad recurrente, con apoyo en la norma del ordinal segundo del apartado 2 del artículo 477 de la Ley de Enjuiciamiento Civil , denuncia.

ÚNICO . La infracción de los artículos 61, apartado 2 , y 84, ordinal sexto del apartado 2, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , concursal, en relación con el artículo 1838 del Código Civil .

SÉPTIMO. Evacuado el traslado conferido al respecto, la parte recurrida no se personó en esta alzada.

OCTAVO. No habiéndose solicitado por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló como día para votación y fallo del recurso el ocho de marzo 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. Establece el artículo 84, apartado 2, ordinal sexto, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio , que tendrán la consideración de créditos contra la masa los que, conforme a la propia Ley, resulten de prestaciones a cargo del concursado en los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento que continúen en vigor tras la declaración de concurso.

Tiene su antecedente la norma en las contenidas en los artículos 61, apartado 2 , y 62, apartado 1, de la misma Ley .

Aquel dispone que la declaración de concurso no afectará, por sí sola, a la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas pendientes de cumplimiento, tanto a cargo del concursado como de la otra parte. Y que las prestaciones a que esté obligado el concursado se realizarán con cargo a la masa.

El artículo 62, apartado 1, establece que la declaración de concurso tampoco afectará a la facultad de resolución de los contratos a que se refiere el apartado 2 del artículo precedente, por incumplimiento posterior de cualquiera de las partes - con una particularidad que no interesa para decidir el recurso -.

Quiso el legislador con ese conjunto normativo remediar los inconvenientes de la insuficiente regulación que habían merecido, en la legislación derogada - calificada en la exposición de motivos de la Ley 22/2.003 como muy deficiente en este punto -, los problemas que se producían cuando el concursado era parte de una relación contractual no consumada y las prestaciones debidas por cada contratante estaban conectadas por vínculo de reciprocidad con las del otro, dada la dificultad de armonizar las rígidas reglas rectoras del procedimiento concursal con las que regulan el funcionamiento de las obligaciones sinalagmáticas.

Conforme a los mencionados artículos de la Ley 22/2.003, si el contratante declarado en concurso no cumple su contraprestación, el contratante perjudicado podrá optar - como permite en general el artículo 1124 del Código Civil - entre reclamarle el pago con cargo a la masa o resolver el vínculo.

Así, la reciprocidad de dicho vínculo contractual se ha convertido en un elemento integrante del supuesto de hecho de las referidas normas. Para determinar en qué consiste hay que partir de que no existe sólo porque las dos partes contratantes queden obligadas. Antes bien, es necesario que entre los respectivos deberes de prestación exista una interdependencia o nexo causal determinante de que cada uno sea y funcione como contravalor o contraprestación del otro.

SEGUNDO. De acuerdo con la mencionada doctrina hemos de decidir el recurso de casación interpuesto por Instituto Galego de Promoción Económica, contra la sentencia de apelación que declaró

correcta la decisión del Juzgado de lo Mercantil que tramitaba el concurso de Avigan Granjeros Pontevedreses, SA y que había sido contraria a calificar como crédito contra la masa el que tenía por titular a aquella entidad, en la posición de fiadora de la concursada.

Concretamente, el derecho afirmado por Instituto Galego de Promoción Económica contra Avigan Granjeros Pontevedreses, SA había nacido, en parte, de haber pagado, después de declarado el concurso, a los acreedores de la concursada. Y, en parte, de las comisiones que habían convenido fiadora y afianzada a cargo de ésta.

Como expresión del relatado conflicto, en el único motivo de su recurso de casación denuncia Instituto Galego de Promoción Económica la infracción de los artículos 84, apartado 2, ordinal sexto, y 61, apartado 2, de la Ley 22/2.003, de 9 de julio, concursal.

Alega la recurrente, al explicar su impugnación, que se cumplían todos los requisitos exigidos por esos artículos para calificar su derecho como crédito contra la masa. Afirma que el contrato de fianza había originado una relación recíproca, al haber quedado la afianzada obligada a pagarle una comisión a cambio de su afianzamiento, que estaba en vigor cuando fue declarado el concurso. Y añade que su crédito al reembolso había nacido, con el pago, después de dicha declaración.

TERCERO. La reciprocidad, convertida en determinante del ámbito de aplicación de los artículos que se dicen infringidos, no es calidad atribuible al derecho de la fiadora al reintegro de lo que pagó a los acreedores de la concursada, pues no tiene correspondencia con contraprestación alguna a favor de la obligada al reembolso y a cargo de la fiadora.

Tampoco el crédito de Instituto Galego de Promoción Económica a las comisiones convenidas a cargo de la deudora principal, concursada, es recíproco de la obligación asumida por aquella de pagar o cumplir por ésta, ya que la relación de fianza propiamente existe entre fiadora y acreedor, que son las dos partes del contrato de garantía - sentencias de 31 de enero de 1977 y 23 de marzo de 1988 -, aunque el último hubiera exteriorizado su aceptación " *ex post* " y por un acto concluyente - en el caso, al reclamar el pago a la fiadora -.

Es cierto que esa respuesta no está referida a la relación que media entre deudora y fiadora, a su causa y estructura. Más a tal cuestión no podemos referirnos, tanto porque los datos fácticos que permitirían una calificación técnicamente admisible de ella no resultan de las actuaciones, como porque en casación no cabe plantear cuestiones no tratadas en la sentencia recurrida, sin previamente denunciar - si es que se plantearon ante el Tribunal de apelación - un defecto de exhaustividad e intentar subsanarlo por el trámite adecuado.

CUARTO. Procede desestimar el recurso por las razones expuestas y aplicar, en cuanto a las costas, la regla general de los artículos 394 y 398 de la Ley de Enjuiciamiento Civil .

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

FALLAMOS

Declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por el Instituto Galego de Promoción Económica (Ilgape), contra la Sentencia dictada, con fecha cuatro de diciembre de dos mil ocho, por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Pontevedra .

Las costas del recurso que desestimamos quedan a cargo de la entidad 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.-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.