



Roj: **STS 1588/2020** - ECLI: **ES:TS:2020:1588**

Id Cendoj: **28079110012020100251**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **08/06/2020**

Nº de Recurso: **1636/2017**

Nº de Resolución: **262/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **IGNACIO SANCHO GARGALLO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 262/2020

Fecha de sentencia: 08/06/2020

Tipo de procedimiento: CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL

Número del procedimiento: 1636/2017

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/04/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Procedencia: Audiencia Provincial de Álava, Sección 1.^a

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

Transcrito por: RSJ

Nota:

CASACIÓN E INFRACCIÓN PROCESAL núm.: 1636/2017

Ponente: Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. José María Llorente García

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Civil

Sentencia núm. 262/2020

Excmos. Sres.

D. Francisco Marín Castán, presidente

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile

En Madrid, a 8 de junio de 2020.



Esta sala ha visto el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación interpuestos respecto la sentencia dictada en grado de apelación por la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava como consecuencia de autos de incidente concursal seguidos ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria. Es parte recurrente la administración concursal de la entidad Calzados Valentino's, S.L., representada por la procuradora Laura Argentina Gómez Molina y bajo la dirección letrada de Ángel. Es parte recurrida la entidad Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca, representada por el procurador Federico Gordo Romero y bajo la dirección letrada de Esteban Martín Armentia.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ignacio Sancho Gargallo.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. Tramitación en primera instancia

1. La procuradora Soledad Carranceja, en nombre y representación de la entidad Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca, interpuso demanda de incidente concursal ante el Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria, contra la administración concursal de la entidad Calzados Valentino's S.L y pidió al Juzgado que dictase sentencia que declare:

"1º. El reconocimiento del crédito total de Elkargi SGR como privilegiado con privilegio especial.

"2º. Por la suma de 218.342,59 euros, desglosada en 214.448,77 euros por los pagos realizados a Luzado EFC, S.A. y a Laboral Kutxa más 2.686,32 euros en concepto de intereses de demora devengados a favor de Elkargi SGR y otros 1.207,50 euros por comisiones de aval pendientes de pago a la misma.

"3º. Estimando por tanto el devengo de intereses bancarios y de demora desde la declaración del concurso hasta su completo pago.

"4º. Declarando la perfecta validez y ajuste a derecho de las hipotecas constituidas e inscritas en el Registro de la Propiedad a favor de Elkargi SGR sobre las tres fincas registrales propiedad de la concursada: nº 86 triplicado, nº 17.154 y 17.156 del Registro de la propiedad nº 4 de Vitoria-Gasteiz".

2. Ángel, administrador concursal de la entidad Calzados Valentino's S.L. contestó a la demanda y pidió al Juzgado que dictase sentencia:

"desestimatoria de la pretensión formulada y acuerde que tras la comunicación de la contingencia de pago subrogatorio debe mantenerse el criterio de la AC con reconocimiento de un crédito concursal ordinario por sustitución de Laboral Kutxa-Caja Laboral en la titularidad del crédito ordinario reconocido en la lista de acreedores por importe de 38.731,65 € y un crédito concursal ordinario por sustitución de Luzado EFC SA en la titularidad del crédito ordinario reconocido en la lista de acreedores por importe de 170.000,00 €".

3. El Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Vitoria dictó sentencia con fecha 3 de marzo de 2016, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallo: Se estima íntegramente la demanda interpuesta por Elkargi S.G.R., representada por la Procuradora Soledad Carranceja contra la administración concursal Ángel, y en consecuencia:

"Se reconoce el crédito de Elkargi SGR como privilegiado con privilegio especial, por la suma de 218.342,59 euros, desglosada en:

"- 214.342,59 euros por los pagos realizados a Luzado EFC, S.A. y a Laboral Kutxa.

"- 2.686,32 euros en concepto de intereses de demora.

"- 1.207,50 euros por comisiones de aval.

"Se condena en costas a la demandada".

4. Con fecha 3 de mayo de 2016 se dictó auto cuya parte dispositiva es como sigue:

"Se complementa la sentencia recaída en el presente incidente concursal de fecha 03.03.2016 con los razonamientos recogidos en la presente resolución.

"Además de la incorporación de los razonamientos anteriores, los dos últimos párrafos del cuerpo de la sentencia, es decir, a partir de "No siendo objeto de discusión los pagos..." y el fallo quedan como sigue:

"Por tanto, se estima parcialmente la demanda por cuanto, sí se reconoce el crédito de Elkargi SGR como privilegiado con privilegio especial, pero el reconocimiento comprende la cuantía de:

"- 208.732,90 euros por el principal pagado por Elkargi en virtud de la fianza a las entidades Luzado y CLP.



"- 2.686,32 euros por los intereses de demora devengados en virtud de la póliza de contra-garantía con hipoteca real.

"- Y 1.207,50 euros, que habían sido reconocidos desde le Informe del art. 75 LC.

"Tercero: Estimada parcialmente la demanda, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad (art. 394 LEC)

"Fallo: Estimando parcialmente la demanda interpuesta por Elkargi S.G.R., representada por la Procuradora Soledad Carranceja contra la administración concursal Ángel :

"Se reconoce a favor de Elkargi SGR un crédito con privilegio especial, por importe de 212.626,72 euros, que resulta de la suma de:

"- 208.732,90 euros por el principal pagado por Elkargi en virtud de la fianza a las entidades Luzaro y CLP.

"- 2.686,32 euros por los intereses de demora devengados en virtud de la póliza de contra-garantía con hipoteca real.

"- 1.207,50 euros, que habían sido reconocidos desde le Informe del art. 75 LC.

"No ha lugar a reconocer el crédito por importe de 5.715,87 euros, ni como ordinario, ni privilegiado, ni subordinado.

"Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".

SEGUNDO. *Tramitación en segunda instancia*

1. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por Ángel , administrador concursal de la entidad Calzados Valentino's S.A. e impugnada por la representación de la entidad Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca.

2. La resolución de este recurso correspondió a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava, mediante sentencia de 23 de enero de 2017, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Fallamos: Desestimar el recurso interpuesto por el Administrador Concursal de Calzados Valentinos SA, Ángel contra la sentencia dictada por el Juzgado de Mercantil de Vitoria en el incidente concursal nº 734/14. Y estimar parcialmente la impugnación de Elkargi SGR representada por la procuradora Soledad Carranceja contra la misma sentencia, y, en consecuencia, debemos declarar y declaramos.

"Que se reconoce el crédito de Elkargi SGR como privilegiado con privilegio especial, por la suma de 218.342,59 euros, cantidad que incluye la suma de 5.715,87 € por intereses remuneratorios para el caso que la garantía pactada cubra esta cantidad conforme se dispone en el fundamento jurídico sexto.

"Confirmando el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

"Sin hacer especial pronunciamiento de las costas de esta instancia".

TERCERO. *Tramitación e interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y del recurso de casación*

1. Ángel , administrador concursal de la entidad Calzados Valentino S.L., interpuso recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación ante la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Álava.

Los motivos del recurso extraordinario por infracción procesal fueron:

"1º) Se alega error patente en la valoración de la prueba.

"2º) Vulneración del art. 222 LEC".

Los motivos del recurso de casación fueron:

"1º) Infracción del art. 87.6 LC y del art. 97.4 LC.

"2º) Infracción de los arts. 87.6 y 97.4 LC.

"3º) Infracción del art. 97.1 LC y 87.3 LC.

"4º) Infracción del art. 59.1 LC

"5º) Vulneración de los arts. 85 y 87.3 LC.

"6º) Infracción de los arts. 59.1, 90.3 y 94.5 LC".



2. Por diligencia de ordenación, la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) tuvo por interpuestos el recurso extraordinario por infracción procesal y el recurso de casación mencionados y acordó remitir las actuaciones a la Sala Primera del Tribunal Supremo, con emplazamiento de las partes para comparecer por término de treinta días.

3. Recibidas las actuaciones en esta sala, comparecen como parte recurrente la administración concursal de la entidad Calzados Valentino, S.L., representada por la procuradora Laura Argentina Gómez Molina, y como parte recurrida la entidad Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca, representada por el procurador Federico Gordo Romero.

4. Esta sala dictó auto de fecha 11 de septiembre de 2019, cuya parte dispositiva es como sigue:

"Admitir los recursos de casación y extraordinario por infracción procesal interpuestos por la representación procesal de AC Calzados Valentinos S.L. presentó escrito de interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación contra la sentencia dictada el 23 de enero de 2017, por la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) en el rollo de apelación nº 496/2016, dimanante de los autos de juicio ordinario nº 734/2014 del Juzgado de lo mercantil nº 7 de Vitoria"

5. Dado traslado, la representación procesal de la entidad Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca presentó escrito de oposición al recurso formulado de contrario.

6. Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 2 de abril de 2020, en que ha tenido lugar a través del sistema de videoconferencia habilitado por el Ministerio de Justicia. La firma de la sentencia se ha demorado debido a los efectos del RD 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. *Resumen de antecedentes*

1. Para la resolución del presente recurso debemos partir de la relación de hechos relevantes acreditados en la instancia, tal y como deja constancia de ellos la sentencia recurrida.

Elkargi Sociedad de Garantía Recíproca (Elkargi), el 11 de febrero de 2010 y el 2 de octubre de 2010, concedió a favor de Calzados Valentino's, S.A. sendas pólizas de contragarantía, con garantía hipotecaria, para asegurar la devolución de las operaciones de préstamo que Calzados Valentino's tenía suscritos con Luzaro EFC S.A. (en adelante, Luzaro) y Caja Laboral Popular (en adelante, Laboral Kutxa).

Tras ser declarado el concurso de acreedores de Calzados Valentino's, se instó un primer incidente concursal sobre el reconocimiento y la clasificación del crédito de Elkargi. Como en aquel momento los acreedores financieros Luzaro y Laboral Kutxa no habían ejecutado la garantía otorgada por Elkargi, la sentencia dictada en primera instancia consideró que el crédito de Elkargi era contingente y ordinario. Recurrida la sentencia en apelación en cuanto a su clasificación, la Audiencia, sin llegar a revocar la sentencia apelada, entendió lo siguiente:

"en estos momentos no procede calificar el crédito de Elkargi puesto que todavía no existe, y sólo en caso que tenga que abonar como fiador las cantidades que el concursado no puede pagar al acreedor principal, deberá optarse por la clasificación que corresponda como dice el apartado sexto del art. 87, la menos perjudicial para el concurso".

2. Con posterioridad, como consecuencia de que Luzaro y Laboral Kutxa ejecutaran sus avales, el juez del concurso, a instancia de Elkargi, le reconoció un crédito con privilegio especial de 212.626,72 euros, que incluía lo siguiente: el pago realizado a favor de los acreedores garantizados (208.732,90 euros), más 2.686,32 euros por intereses de demora devengados en virtud de la póliza de contra garantía cubierto por la hipoteca, y 1.207,50 euros por comisiones de aval.

El juzgado rechazó el reconocimiento de un crédito de 5.715,87 euros por intereses remuneratorios y moratorios del crédito principal afianzado, devengados con posterioridad a la declaración de concurso.

3. La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por el administrador concursal (Ángel), e impugnada por Elkargi.

La Audiencia desestima el recurso del administrador concursal, que pretendía fuera clasificado el crédito de Elkargi como crédito ordinario, en aplicación del art. 87.6 LC. Los créditos afianzados por Elkargi, de los que

eran titulares Luzaro y Laboral Kutxa, eran préstamos personales sin garantía real; mientras que en la póliza de contra aval, Elkargi recabó de Calzados Valentino's una hipoteca. La Audiencia razona lo siguiente:

"El párrafo segundo del apartado sexto debe interpretarse en concordancia con el primero cuando dice que los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero "se reconocerán por su importe sin limitación alguna", expresión que debe incluir el importe y la clasificación en el concurso como corresponda.

"Elkargi se preocupó de garantizar su crédito con una garantía real que no puede ser omitida, ni puede desaparecer, se firmó con Valentinos y Elkargi que el concursado aceptó. Ahora, en el procedimiento concursal no existen motivos para perjudicar a quien se ha preocupado de garantizar su crédito, al contrario, una vez pagada la deuda, el crédito de Elkargi debe ser calificado como un crédito nuevo que antes no existía, y la calificación que le corresponde conforme a lo establecido en el art. 91.1.1º LC es la de privilegiado con privilegio especial".

Elkargi, además de oponerse al recurso de apelación, impugnó la sentencia, en lo relativo a la desestimación del reconocimiento de una parte del crédito comunicado, en concreto 5.175,87 euros. Esta suma había sido excluida por la sentencia de primera instancia por entender que era impropcedente su reclamación conforme al art. 59 LC. La Audiencia estima la impugnación, del siguiente modo:

"La prueba practicada en esta segunda instancia no fue admitida por considerar que no era el momento procesal oportuno para presentarla, suponemos que puede estar aportada en otras piezas, por lo que se podrá comprobar. Si esto es así y los intereses remuneratorios pueden abonarse a cargo de la cantidad total afianzada por Elkargi conforme a lo establecido en estas pólizas, se podrán incluir estos intereses, el art. 92.3º LC lo permite".

4. Frente a la sentencia de apelación, la administración concursal interpone recurso extraordinario por infracción procesal y recurso de casación.

SEGUNDO. *Recurso extraordinario por infracción procesal*

1. *Formulación del motivo primero.* El motivo se formula al amparo del ordinal 2º del art. 469.1 LEC, "por infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por error patente en la valoración de la prueba".

En el desarrollo del motivo se razona lo siguiente:

"El motivo se refiere a los fundamentos jurídicos Cuarto y Quinto de la sentencia en los que se establece que tras el procedimiento previo nº 458/13 el crédito contingente de Elkargi no quedó clasificado como ordinario y que por tal razón no cabe estimar la excepción de cosa juzgada ni la alegación de preclusión del art. 97.1 LC planteadas por la AC".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo primero.* Procede desestimar el motivo porque está mal planteado: el error patente en la valoración de la prueba denunciado no se refiere a la prueba practicada para la determinación de los hechos, sino a una cuestión jurídica, la eventual eficacia de cosa juzgada de lo resuelto en el primer incidente de impugnación de la lista de acreedores, respecto del presente procedimiento. En realidad, hay una clara desconexión entre la norma que se denuncia infringida en el encabezamiento del motivo y lo que se expone después en el desarrollo del motivo.

3. *Formulación del motivo segundo.* El motivo se ampara en el ordinal 2º del art 469.1 LEC, por "infracción de las normas reguladoras de la sentencia, por vulneración del art. 222 LEC en materia de cosa juzgada".

En el desarrollo del motivo se expone literalmente lo siguiente:

"Tras la estimación del motivo anterior procederá resolver la excepción de cosa juzgada así como la alegación de preclusión e inmodificabilidad.

"Por tanto en el presente motivo procede determinar si tras la clasificación como ordinario de un crédito contingente y tras la tramitación de procedimiento incidental que lo ratifica, cabe posteriormente calificar como privilegiado ese crédito cuando se cumpla la contingencia (pago por fiador) y mute su estado de contingente a definitivo.

"A tal efecto damos por reproducida la argumentación contenida en los motivos cuarto y quinto del recurso de apelación.

"Dado que este recurso extraordinario por infracción procesal solo puede fundamentarse en los artículos 209 y 214 a 222 LEC, la alegada infracción del art. 97.1 LC se configura como primer motivo de casación.



"Respecto de lo indicado en el motivo cuarto de apelación solo vamos añadir que según resulta del procedimiento previo en la lista de acreedores la AC optó por reconocer el crédito contingente comunicado por Elkargi como forma de dejar constancia en el concurso la facultad de subrogación que el mismo tendría caso de que pagase a los acreedores. Y que por ello se calificó como ordinario (discrepando con la comunicación de Elkargi que lo pretendía privilegiado), ello previendo la aplicación futura del art. 87.6 LC.

"De ello resulta que en la consideración de ésta parte la estimación del presente motivo no resultaría imprescindible para la desestimación de la demanda, pues para ello basta aplicar en sus términos, sin correcciones, el art. 87.6. En todo caso queda planteado éste motivo ya que en el caso de que por la Sala se considere que debe atribuirse alguna consecuencia jurídica al reconocimiento inicial de un crédito contingente, ha de hacerse partiendo también de su clasificación como ordinario".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

4. Desestimación del motivo segundo. El motivo también está mal planteado. En primer lugar, porque parece que su análisis debía depender de la estimación del motivo primero, que ha sido desestimado. Y segundo lugar porque carece de la mínima exposición razonable que permita comprender en qué consiste la infracción que se denuncia cometida (cómo, por qué y en qué ha sido infringida o desconocida la norma citada), sin que sea admisible una motivación por remisión al recurso de apelación, como se pretende. El desarrollo del motivo carece de la "razonable claridad expositiva para permitir la identificación del problema jurídico planteado y para fundamentar adecuadamente la infracción del ordenamiento jurídico alegada en relación con la norma, derecho fundamental, principio general del derecho o jurisprudencia aplicable al caso que se denuncien como vulnerados" (Auto de 30 de enero de 2019 rec. 3406/2016).

TERCERO. Motivos primero y segundo del recurso de casación

1. Formulación de los motivos primero y segundo. El motivo primero denuncia la "infracción del art. 87.6 LC, en lo relativo al criterio de la calificación menos gravosa para el concurso, y del art. 97.4 LC por inaplicación del mismo".

En el desarrollo del motivo, se resume la infracción denunciada del siguiente modo:

"el criterio de la clasificación menos gravosa del inciso final del art. 87.6 LC, al que se remite el art. 97.4.3º LC, es de aplicación a todos los casos en los que exista disparidad entre la clasificación que correspondería al acreedor y al fiador, no siendo procedente, según establece la sentencia recurrida, una interpretación correctora que restrinja su aplicación al supuesto único de que el fiador sea persona especialmente relacionado con el concursado".

El motivo segundo denuncia la infracción de los arts. 87.6 y 97.4 LC, cuando la sentencia recurrida entiende que "tras el pago se produce la sustitución pero con nacimiento de un crédito nuevo".

En el desarrollo del motivo se resume la infracción cometida del siguiente modo:

"la consecuencia de la sustitución del titular del crédito tras pago por fiador regulada en el art. 87.6 LC no es el nacimiento de un crédito nuevo, según establece la sentencia recurrida, sino la modificación de la titularidad del crédito previamente reconocido a Laboral Kutxa y Luzaro".

Procede desestimar ambos motivos por las razones que exponemos a continuación.

2. Desestimación de los motivos primero y segundo. Hemos de partir de la jurisprudencia de esta sala sobre el art. 87.6 LC, en la redacción dada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre.

Elkargi era avalista de los dos préstamos personales que Luzaro y Laboral Kutxa habían concedido a Calzados Valentino's. Declarado el concurso de Calzados Valentino's, mientras no se ejecutó la fianza, el crédito de Elkargi era contingente.

Una vez ejecutada la fianza, operaba la previsión contenida en el art. 87.6 LC. Este precepto, después de regular que "los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador", añade:

"Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador".

En la sentencia 22/2020, de 16 de enero, sintetizamos este tratamiento concursal del crédito garantizado con fianza en el concurso del deudor:

"El pago del fiador, con posterioridad a la declaración de concurso, le legitima para sustituir al acreedor originario como titular del crédito, que seguirá siendo concursal, sin que el hecho de gozar el fiador, no sólo de



la acción subrogatoria (art. 1839 CC), sino también de la de reembolso (art. 1838 CC), permita concluir que la obligación frente al deudor nació con el pago posterior a la declaración de concurso y por ello su crédito es contra la masa. En todo caso, el fiador que paga con posterioridad a la declaración de concurso del deudor, se subroga en la titularidad del crédito, que mantiene la consideración de concursal".

Y, recientemente, en la sentencia 61/2020, de 3 de febrero, declaramos:

"aunque el fiador asuma la condición de acreedor frente a la sociedad deudora principal, respecto de lo pagado al acreedor principal como consecuencia de la fianza, a los efectos previstos en el art. 87.6 LC no cabe hablar del nacimiento de una nueva deuda social, sino más bien de que la existente persiste, sin perjuicio de que ahora sean los fiadores quienes estén legitimados para reclamarla. Cuando menos por lo que respecta al importe de la deuda satisfecha y sus intereses. Cuestión distinta podría ser en lo que respecta al eventual crédito de indemnización de daños y perjuicios, al que legitima también la acción de reembolso, que en este caso no consta se haya ejercitado".

3. De este modo, en la clasificación del crédito de Elkargi, en principio, operaba la regla del segundo inciso del art. 87.6 LC: debía optarse por la calificación menos gravosa para el concurso entre las que correspondían al acreedor y al fiador.

El crédito del acreedor no hay duda de que era un crédito ordinario, en cuanto al principal. Y el crédito del fiador tendría la consideración de crédito con privilegio especial, pero no por la naturaleza del crédito afianzado ni por la consideración subjetiva del fiador, sino porque, como trata de razonar la Audiencia, las dos pólizas de contragarantía se concertaron con una garantía real (una hipoteca) adicional prestada por el deudor principal. Esta garantía no cubría el crédito de los acreedores financieros garantizados por la fianza, sino que se constituyó por el deudor principal y a favor del fiador para garantizar las consecuencias de la ejecución de la fianza. Por esta razón, la constitución de esta garantía no se debe ver afectada por la regla del art. 87.6 LC.

4. Conviene advertir que el caso resuelto por la sentencia 296/2018, de 23 de mayo, es diferente. En ese caso, la garante era una entidad pública cuyo crédito gozaba de un privilegio general (por virtud del art. 91.4 LC), por su condición y los términos en los que había prestado la garantía, pero no de un privilegio especial, de una garantía real sobreañadida.

Y en el caso de la sentencia 61/2020, de 3 de febrero, la pérdida de la garantía se produce como efecto legal derivado de la subordinación del crédito por tener la consideración de persona especialmente relacionada con el deudor (art. 97.2 LC en relación con el art. 93.2.1º LC).

CUARTO. *Motivo tercero del recurso de casación*

1. *Formulación del motivo tercero.* El motivo denuncia la "infracción del art 97.1 de la ley concursal en lo relativo a preclusión de la modificación de la lista de acreedores y el art. 87.3 de la ley concursal en materia de reconocimiento y calificación de los créditos contingentes".

En el desarrollo del motivo se resume la infracción cometida del siguiente modo:

"la aplicación del art. 97.1 LC impide clasificar ahora como privilegiado con privilegio especial el crédito que previamente quedó clasificado, en estado de contingente, como ordinario. Además, no cabe sostener, ni siquiera como hipótesis, que la sentencia de apelación del procedimiento previo pudo venir a determinar el reconocimiento de un crédito contingente sin calificación y dejando pendiente su calificación para un momento futuro, ya que tal tesis vulneraría la obligación legal, ex art. 87.3 in fine, de calificar en la lista de acreedores provisional también los créditos que se encuentren en estado contingente".

Procede desestimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Desestimación del motivo tercero.* Es cierto que, con carácter general, como prescribe el art. 87.3 LC para los créditos sometidos a condición suspensiva y los litigiosos, los créditos contingentes son reconocidos como tales, sin cuantía propia, y con la clasificación que les corresponda. Pero un supuesto como el presente en que el crédito de un fiador de la concursada se ha reconocido inicialmente como crédito contingente, su clasificación no procede hasta que se llegue a ejecutar el afianzamiento y se subroga en la posición del acreedor principal. Es entonces cuando habrá que clasificarlo, de acuerdo con las reglas legales, entre las que destaca la del art. 87.6 LC, según la interpretación jurisprudencial. Es por ello que el primer incidente, tal y como ya advirtió la Audiencia al conocer del recurso de apelación, sólo tenía eficacia legal respecto del reconocimiento del crédito como contingente, de forma que la clasificación debía hacerse con posterioridad, al ejecutarse la garantía. Por esta razón no se ha infringido el art. 97.1 LC, sino que nos hallamos ante un supuesto previsto, por una parte, en el art. 97.3.4º LC y, por otra, en el art. 97.4.3º LC.

QUINTO. *Motivo cuarto del recurso de casación*



1. *Formulación del motivo cuarto.* El motivo denuncia la "infracción del art. 59.1 LC en lo relativo a suspensión del devengo de intereses de los créditos ordinarios".

En el desarrollo del motivo se resume la infracción cometida del siguiente modo:

"la sentencia recurrida reconoce un crédito a favor del fiador por los intereses remuneratorios correspondientes, tras la declaración del concurso, a los préstamos sin garantía real contratados en su día por la concursada y clasificados como créditos ordinarios en el concurso, lo cual contraviene el art. 59.1 LC que establece la suspensión del devengo de intereses tras la declaración del concurso con la sola excepción de los créditos con garantía real".

Procede estimar el motivo por las razones que exponemos a continuación.

2. *Estimación del motivo cuarto.* Es cierto que, una vez declarado el concurso de Calzados Valentino's, el crédito del acreedor principal dejó de devengar intereses remuneratorios, por aplicación de la regla del art. 59.1 LC, según la cual:

"1. Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3.º de esta ley".

El carácter accesorio de la fianza (art. 1826 CC) provoca que, si este efecto de suspensión del devengo de intereses en caso de concurso del deudor principal conlleva que no le sean exigibles los intereses remuneratorios posteriores a la declaración de concurso, y mientras esto sea así, tampoco resulten exigibles estos intereses al fiador.

Con el efecto reflejo de que si, por las razones que sean, como en el presente caso, el fiador hubiera pagado al acreedor estos intereses, no puede reclamarlos al deudor principal, salvo que se llegaran a cumplir los presupuestos del apartado 2 del art. 59 LC, que no es el caso.

La garantía hipotecaria frente al deudor concursado opera respecto de la deuda que le fuera exigible, una vez ejecutada la fianza, que no incluye aquellos eventuales intereses moratorios posteriores a la declaración de concurso. Por esta razón, no cabe justificar el devengo de aquellos intereses remuneratorios en la excepción que el art. 59.1 LC prevé respecto de los intereses remuneratorios cubiertos por la garantía hipotecaria.

En consecuencia, procede estimar este motivo de casación y, por las mismas razones expuestas, tener por desestimada la impugnación de la sentencia de primera instancia realizada por el Elkargi.

No es necesario entrar a analizar los motivos quinto y sexto, que impugnaban el mismo pronunciamiento de la sentencia recurrida, que se deja sin efecto como consecuencia de la estimación del motivo cuarto.

SEXTO. Costas

1. La desestimación del recurso extraordinario por infracción procesal conlleva la imposición al recurrente de las costas generadas por este recurso (art. 398.1 LEC).

2. Estimado en parte el recurso de casación, no procede hacer expresa condena en costas (art. 398.2 LEC).

3. La estimación en parte del recurso de casación ha supuesto la desestimación de la impugnación de la sentencia de primera instancia realizada por Elkargi, razón por la cual le condenamos al pago de las costas generadas por su impugnación (art. 398.1 LEC).

4. En la medida en que se ha confirmado la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el administrador concursal, confirmamos también la condena al pago de las costas generadas con su recurso (art. 398.1 LEC).

5. Se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para recurrir en casación conforme la Disposición Adicional 15.ª, apartados 8 y 9, LOPJ.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.º Desestimar el recurso extraordinario por infracción procesal interpuesto por Ángel , administrador concursal de Calzados Valentino's S.L., contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) de 23 de enero de 2017 (rollo núm. 496/2016).

2.º Estimar en parte el recurso de casación interpuesto por Ángel , administrador concursal de Calzados Valentino's S.L., contra la citada sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 1.ª) de 23 de enero de 2017 (rollo núm. 496/2016), que modificamos en el siguiente sentido.

3.º Confirmar la desestimación del recurso de apelación interpuesto por Ángel , administrador concursal de Calzados Valentino's S.L., contra la citada sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Vitoria de 3 de marzo de 2016 (incidente concursal 734/2014); y desestimar la impugnación formulada por Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca contra esta sentencia del Juzgado Mercantil núm. 1 de Vitoria de 3 de marzo de 2016 (incidente concursal 734/2014), cuya parte dispositiva, integrada con el auto aclaratorio de 3 de mayo de 2016, se confirma.

4.º No hacer expresa condena respecto de las costas generadas por el recurso de casación.

5.º Imponer Ángel , administrador concursal de Calzados Valentino's S.L. las costas del recurso de apelación y del recurso extraordinario por infracción procesal.

6.º Imponer a Elkargi, Sociedad de Garantía Recíproca las costas generadas con su impugnación de la sentencia de primera instancia.

7.º Se acuerda la pérdida del depósito constituido para la interposición del recurso extraordinario por infracción procesal y la devolución del depósito constituido para recurrir en casación.

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

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.