

Concursal

# Derechos del acreedor contra los garantes y deudores solidarios del concursado una vez aprobado el convenio

(STS 653/2021, de 29 de septiembre)

En su Sentencia 653/2021, de 29 de septiembre, el Tribunal Supremo ha aclarado algunos extremos relativos a la relevante cuestión de la extensión subjetiva del convenio a los obligados solidariamente con el concursado, a sus fiadores y a sus avalistas.

## ALBERTO DÍAZ MORENO

Catedrático de Derecho Mercantil de la Universidad de Sevilla  
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

**E**n su Sentencia 653/2021, de 29 de septiembre, el Tribunal Supremo ha aclarado algunos extremos relativos a la relevante cuestión de la extensión subjetiva del convenio a los obligados solidariamente con el concursado, a sus fiadores y a sus avalistas (y, en general, a sus garantes). Esta cuestión, a la que ya se refería el artículo 135 de la Ley Concursal (que es el aplicado en la resolución comentada por razones temporales), se encuentra hoy regulada —en términos que pueden considerarse sustancialmente equivalentes— en el vigente artículo 399 del Texto Refundido de la Ley Concursal.

### 1. Antecedentes

En el 2009 una entidad de crédito concedió a Quintero Terrasa S. L. un préstamo que fue afianzado solidariamente por el administrador de la prestataria. La póliza suscrita contenía una cláusula de *afianzamiento* en la que se venía a disponer lo siguiente: la adhesión o el voto favorable de la entidad prestamista a un convenio concursal de la prestataria o de sus fiadores, fuera cual fuera el contenido de dicho convenio (y aunque implicara quitas y esperas), no impediría en modo alguno la plena subsistencia de los

derechos de aquélla frente a los obligados o garantes no concursados, quienes consentían tal adhesión o voto favorable y renunciaban expresamente a invocar la aprobación y los efectos del convenio concursal en perjuicio de la prestamista.

En marzo del 2016 se declaró el concurso de acreedores voluntario de la entidad Quintero Terrasa S. L. Ante los sucesivos impagos, en marzo del 2017 el banco comunicó a la prestataria el vencimiento de la póliza y su liquidación a 28 de febrero del 2017. El 16 de mayo del 2017 la entidad prestamista interpuso ante el Juzgado de Primera Instancia una demanda de juicio ordinario contra el fiador solidario en la que solicitaba que se declarara vencido anticipadamente el préstamo y que se condenara al demandado al pago del saldo deudor al tiempo de interponerse la demanda, con los intereses correspondientes.

El convenio de acreedores del concurso de Quintero Terrasa S. L. fue aprobado por Sentencia del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Palma de Mallorca de 1 de septiembre del 2017 (ECLI:ES:JMIB:2017:1468). Este hecho se puso de manifiesto en la audiencia previa celebrada en el marco del juicio contra el fiador.

La demanda contra el fiador fue desestimada finalmente en primera instancia al considerarse que el banco demandante no había acreditado que no hubiera votado a favor del convenio cuando, sin embargo, le correspondía la carga de la prueba de ese hecho. La Audiencia Provincial de Palma de Mallorca (Sección Cuarta) desestimó, mediante su Sentencia de 10 de septiembre del 2018 (ECLI:ES:APIB:2018:1734), el recurso de apelación interpuesto por la sociedad prestamista el entender, igual

que el juzgado, que el hecho de no haber votado en favor del convenio del deudor principal debía ser probado por la actora (quien gozaba —en opinión de la Audiencia— de mayor facilidad probatoria por haber intervenido en el concurso, cosa que no hizo el fiador, quien permaneció ajeno a dicho procedimiento). Esta resolución no resulta del todo clara en cuanto al fundamento último de la desestimación, hasta el punto de que el Tribunal Supremo, al resolver posteriormente sobre el recurso interpuesto, llegó a apuntar incluso que parecería desprenderse de su contenido que la Audiencia había entendido que la aceptación del convenio por el acreedor comportaba la pérdida de sus derechos frente al fiador.

La compañía actora interpuso un recurso de casación (con fundamento en dos motivos) y otro extraordinario por infracción procesal (basado en cuatro motivos). Este segundo fue estimado por el Tribunal Supremo en su Sentencia 653/2021, de 29 de septiembre (ECLI:ES:TS:2021:3529), lo que, de una parte, hizo innecesario entrar a conocer propiamente del recurso de casación y, de otra, condujo a dejar sin efecto la sentencia de la Audiencia Provincial y a dictar otra nueva —teniendo en cuenta precisamente lo alegado en el referido recurso de casación—, en la que se estimó la demanda interpuesta por la sociedad prestamista frente al fiador del prestatario concursado.

## **2. La estimación del recurso extraordinario por infracción procesal: la carga de la prueba del sentido del voto del acreedor en el convenio**

El Tribunal Supremo consideró, en contra de lo decidido en ambas instancias, que pesaba sobre el fiador demandado la carga de

probar que el demandante había votado favorablemente el convenio concursal de la sociedad afianzada (o, en otros términos, que no correspondía a ésta probar que no lo había hecho).

A estos efectos la resolución comentada recordó que, cuando la sociedad demandante interpuso la demanda en la que reclamaba al demandado fiador solidario el importe pendiente de pago del préstamo que había afianzado, no se había aprobado aún el convenio en el concurso de acreedores del deudor principal. Por ello, en aquel momento le incumbía la carga de acreditar la existencia de la obligación del deudor principal y del fiador, así como la procedencia de su exigibilidad anticipada (art. 217.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil o LEC). Ahora bien, la aprobación del convenio en el concurso del deudor principal fue un hecho posterior que se puso en conocimiento del juzgado durante la audiencia previa. Por tanto, si el demandado pretendía que este hecho nuevo incidiera en la acción ejercida en la demanda por haber participado el acreedor en la aceptación de la propuesta de convenio, le correspondía acreditar, no sólo la existencia del convenio y su aprobación judicial, sino también que el acreedor lo había aceptado (art. 217.3 LEC).

Por supuesto, estas reglas generales deben complementarse atendiendo a «la disponibilidad y facilidad probatoria que corresponda a cada una de las partes del litigio» (art. 217.7 LEC). A este respecto, el Tribunal Supremo señaló que, dada la forma en que se lleva a cabo la aceptación del convenio por parte de los acreedores (en junta o mediante adhesiones por escrito), queda siempre constancia de qué acreedores votaron a favor de la propuesta o

se adhirieron a ella, así como del importe de sus créditos, para poder calcular así el cumplimiento de las mayorías legales. Por esta razón, en un supuesto como el presente, para acreditar que la entidad prestamista había aceptado el convenio bastaba con aportar la certificación de la votación, que figuraba unida como anexo al texto del propio convenio. Pues bien, al ser el fiador demandado administrador de la sociedad deudora, a quien representó en el concurso, tenía acceso directo al acta en la que constaban los acreedores que habían aceptado la propuesta de convenio, por lo que no le resultaba difícil probar este hecho. Esta facilidad probatoria corroboraba —según expuso el Tribunal Supremo— la procedencia de atribuir al demandado la carga de probar la aceptación del convenio por la sociedad actora, hecho del que pretendía extraer una objeción a la reclamación contenida en la demanda.

Como fácilmente puede entenderse, la cuestión se manifestaba en principio crítica para el resultado del litigio dado que, en el planteamiento inicial del asunto, de la respuesta que se diera dependía la posibilidad de que el fiador demandado invocase con éxito el mandato contenido en el segundo apartado del (hoy derogado) artículo 135 de la Ley Concursal (aplicable al caso por razones temporales y equivalente, en lo sustancial, al vigente artículo 399.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal —TRLR—). No obstante, hay que advertir desde ahora que el contenido del pronunciamiento del Tribunal Supremo lleva a la conclusión de que, dadas las circunstancias del caso, aun cuando se hubiera asumido la tesis de instancia en torno a la distribución de la carga de la prueba, el resultado final habría sido el mismo (*infra*, 3.3).

### 3. La decisión del Tribunal Supremo: los derechos del acreedor contra el fiador del concursado en caso de aprobación de un convenio concursal

Partiendo de lo manifestado al resolver el recurso extraordinario por infracción procesal el Tribunal Supremo pasó a resolver sobre el fondo asunto, con el resultado ya conocido: se estimó la demanda formulada por la entidad de crédito prestamista contra el fiador solidario de la sociedad prestataria y concursada.

En efecto, el fiador demandado no acreditó —como le incumbía— que la sociedad actora (prestamista) hubiera votado en favor del convenio de la prestataria (ni que se hubiera adherido a él). Por tanto, no cabía tener por acreditada dicha circunstancia, lo que llevaba necesariamente a la aplicación del primer apartado del artículo 135 de la Ley Concursal (hoy, art. 399.1 TRLC).

A esta línea de razonamiento nos referiremos seguidamente (*infra*, 3.2). Ahora bien, debe insistirse en que la argumentación desarrollada por el Tribunal Supremo conduce a entender que, aun cuando se hubiera llegado a acreditar ese hecho y, por tanto, hubiese resultado aplicable el segundo apartado del artículo 135 de la Ley Concursal (hoy, art. 399.2 TRLC), la solución del litigio hubiese sido la misma a la vista de los pactos existentes entre las partes (sobre este asunto, *infra*, 3.3).

#### 3.1. Generalidades

En todo caso, y para facilitar la comprensión de la exposición que sigue, convendrá recordar que las normas determinantes para la decisión del litigio se contenían en el (hoy derogado) artículo 135 de la Ley Concursal, cuyo tenor era el siguiente:

1. Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos.
2. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen votado a favor del convenio se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído o por los convenios, que sobre el particular hubieran establecido.

Con diferencias de redacción (e incluso en la propia rúbrica del precepto) reproduce en lo sustancial estas mismas reglas el vigente artículo 399 del Texto Refundido de la Ley Concursal:

1. El convenio no producirá efectos respecto de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el concursado ni frente a los fiadores o avalistas, salvo que esos acreedores hubiesen sido autores de la propuesta, se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o hubieran votado a favor de la misma. Los obligados solidarios, los fiadores y los avalistas no podrán invocar la aprobación del convenio ni el contenido de este en perjuicio de aquellos.

2. La responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado frente a los acreedores que hubiesen sido autores de la propuesta, se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o hubieran votado a favor de la misma se regirá por los pactos que sobre el particular hubieran establecido y, en su defecto, por las normas legales aplicables a la obligación que hubieren contraído.

Estos preceptos (el vigente y el derogado) abordan el problema de determinar en qué medida el convenio puede afectar a los obligados solidariamente con el concursado, a sus fiadores y a sus avalistas (y, en general, a sus garantes). La cuestión, planteada en términos simples, se traduce en saber si los fiadores y avalistas del concursado, o los obligados solidariamente con él por otro título, pueden hacer valer frente al acreedor el contenido del convenio (por ejemplo, la quita o la espera pactadas); o si, por el contrario, deben seguir respondiendo en los términos originales de sus compromisos. Y la ley (antes y ahora) ha respondido tomando como punto de referencia la conducta del acreedor y, en concreto, si manifestó o no su voluntad en favor de la propuesta de convenio finalmente aceptada.

### 3.2. *El sentido del (derogado) artículo 135.1 de la Ley Concursal (sustancialmente equivalente al artículo 399.1 del Texto Refundido de la Ley Concursal)*

La primera regla que se ha de tener en cuenta viene a establecer que, cuando un acreedor no manifiesta su voluntad

conforme con el convenio finalmente aprobado (porque no votó favorablemente la propuesta ni se adhirió a ella) no se ve afectado en sus derechos frente a los fiadores del concursado, a sus avalistas o a quienes se encuentren solidariamente obligados con él. En estas condiciones el convenio no puede perjudicarlos ni beneficiarlos (*neque nocet, neque prodest*) y, en consecuencia, no podrán esgrimir el contenido del convenio contra el acreedor, salvo, naturalmente, que hubiesen acordado con éste —al constituirse la obligación o, posteriormente, al declararse el concurso— la reserva de la facultad de oponer siempre el contenido del convenio, aun cuando el titular del crédito no se hubiera manifestado a favor de él. Por lo demás, conviene precisar que ninguna eficacia tendrán frente a los acreedores que no votaron el convenio (ni se adhirieron a él) las cláusulas de éste que establezcan la liberación de los fiadores, avalistas y obligados solidarios o que dispongan la renuncia a tales garantías (STS de 8 de enero de 1997 [ECLI:ES:TS:1997:20]), aunque tales estipulaciones sí vincularán a quienes votaron a favor de aquél.

El Tribunal Supremo, con reiteración de lo dicho en sus Sentencias 549/2021, de 20 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3038), y 586/2021, de 27 de julio (ECLI:ES:TS:2021:3233) (en las que declaró que la regla se extiende también a las garantías reales prestadas por terceros no deudores —«garantes reales»—), explicó que la norma pretende preservar los derechos del acreedor concursal que no ha votado a favor del convenio aprobado frente a los terceros afectados por el incumplimiento de un crédito concursal (ahora el texto refundido aclara —aunque es algo que cabía deducir del anterior régimen por vía

interpretativa— que la aplicación de este principio exige que el acreedor no haya sido autor de la propuesta ni se haya adherido a ella). A esto añadió —en línea con los precedentes citados— que el sacrificio que comporta para el acreedor que no acepta la propuesta de convenio quedar vinculado («arrastrado») por lo acordado por otros acreedores con el deudor encuentra justificación dentro del concurso por la finalidad de facilitar, con esta reestructuración de la deuda, la continuidad de la actividad económica del deudor concursado. Es decir, el referido sacrificio (en particular las quitas y esperas convenidas colectivamente, pero no consentidas por el acreedor) está justificado en lo que concierne a las relaciones con el concursado, pero no lo estaría en el ámbito de las garantías, previstas precisamente para el caso de incumplimiento del deudor (finalmente concursado). En suma, «[l]os terceros que hubieran prestado garantías no tienen por qué beneficiarse de las razones concursales que justifican el reseñado arrastre de efectos, pues están fuera del concurso».

Por tanto, al no constar acreditado el voto a favor del convenio (o la adhesión) de la sociedad prestamista actora, resultaba de aplicación la norma comentada, lo que derivaba en que los derechos de ésta frente al fiador no se podían ver afectados por el contenido del convenio. Procedía, por tanto, estimar la reclamación efectuada.

### 3.3. *El sentido del (derogado) artículo 135.2 de la Ley Concursal (sustancialmente equivalente al artículo 399.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal)*

El Tribunal Supremo quiso completar su argumentación poniendo de manifiesto que, en este caso, aunque hubiera llegado a acreditarse que el acreedor demandante había votado efectivamente a favor del convenio (o se había adherido a él), la conclusión habría sido la misma (si bien por razones diferentes).

En efecto, frente a los acreedores que hubieran votado a favor del convenio (o que hubieran suscrito la propuesta finalmente aceptada o se hubieran adherido a ella), la responsabilidad de los obligados solidarios, fiadores o avalistas del concursado se regirá por las normas aplicables a la obligación que hubiesen contraído o por los convenios que sobre el particular hubiesen celebrado. Ello significa, en suma, que la posibilidad de hacer valer el contenido del convenio frente al acreedor dependerá, en primer lugar y a falta de pacto en otro sentido, de lo dispuesto en la disciplina propia de la obligación de refuerzo y, en particular, del régimen de oponibilidad de excepciones frente al acreedor.

En suma, como indica la sentencia comentada, «si el acreedor vota a favor, para determinar en cada caso cómo afecta el convenio aprobado a sus derechos frente a terceros obligados solidarios o fiadores habrá que atender al régimen legal y convencional aplicable a sus respectivas obligaciones». Teniendo en cuenta, eso sí, que «no debe confundirse la referencia del artículo 135.2 de la Ley Concursal a “los convenios, que sobre el particular hubieran establecido” con el convenio aprobado en el concurso».

Esta confusión ya no es posible a la vista del tenor del vigente artículo 399.2 del Texto Refundido de la Ley Concursal

(en el que se ha sustituido la palabra «convenios» por «pactos»), precepto que, además, tal y como subrayó el Tribunal Supremo, resulta más claro que su precedente legislativo por cuanto específica que habrá que estar primero a lo pactado y, en defecto de acuerdo, al régimen legal.

En suma, la ley permite (y permitía también antes) que acreedor y fiador (o avalista, o garante, o deudor solidario) fijen convencionalmente el régimen al que ha de someterse la responsabilidad de estos últimos cuando el primero vote a favor de la propuesta de convenio finalmente aceptada (o firme la propuesta o se adhiera a ella). Estos pactos pueden apartarse de las reglas generales en modos muy diferentes (por ejemplo, estableciendo que el fiador no se valdrá de la quita pactada en el convenio a pesar del voto favorable del acreedor o, en sentido opuesto, determinando que en ese mismo supuesto de quita se extinguirá totalmente la obligación del deudor solidario o del garante) y pueden perfeccionarse antes del concurso —para la eventualidad de que efectivamente se declare— o después de iniciado éste.

Por el contrario, no parece posible introducir eficazmente en el convenio cláusulas que prevean que, a pesar de votar en su favor (o adherirse a él), los acreedores mantendrán sus derechos intactos contra los fiadores, avalistas, garantes u obligados solidarios como si no hubiera convenio (cláusulas de «continuación y mantenimiento» de las garantías en sus propios términos). En efecto, la norma del referido artículo 135.2 (y ahora la del artículo 399.2 TRLC) tiene sentido en la medida en que toma en

consideración los intereses de los sujetos que se acaban de mencionar: la vigencia del convenio concursal supondrá para ellos que su eventual derecho de regreso frente al concursado se verá sometido a dicho convenio. Por ello deben asumir la diferencia entre lo que hayan de pagar al acreedor y lo que luego puedan recobrar del deudor. Pero este resultado es el querido por la ley cuando el acreedor no contribuye con su voto o su adhesión a la aceptación del convenio. Por el contrario, cuando sí lo hace, no puede beneficiarse de especialidad concursal alguna y rigen los pactos establecidos sobre el particular (que pueden ser beneficiosos para los garantes o deudores solidarios) y, en su defecto, las normas generales (las cuales pueden igualmente resultar ventajosas para los deudores de refuerzo dependiendo de la naturaleza de su obligación). Es claro, así, que, al tratarse de una norma específicamente dictada en interés de los deudores solidarios, avalistas, fiadores y garantes del concursado, la regla del derogado artículo 135.2 de la Ley Concursal (y hoy la del art. 399 TRLC) no puede derogarse en su perjuicio sin su consentimiento.

En este caso nos encontramos con un ejemplo de convenio o pacto concluido por las partes *a priori*: en la estipulación de la fianza habían pactado (según se anticipó *supra* en «Antecedentes») que la aceptación por el prestamista de un convenio en el concurso del deudor principal no impediría la subsistencia sin alteración de los derechos de éste frente a los fiadores (quienes consintieron expresamente dicha aceptación) en los términos iniciales del propio afianzamiento.

Lo anterior implicaba, en definitiva, que, aun cuando se hubiera llegado a acreditar (cosa que no sucedió) que el prestamista había votado a favor del convenio (o se había adherido a él), el apartado segundo del artículo 135 de la Ley Concursal (equivalente

al art. 399.2 TRLC) habría conducido a la aplicación de lo expresamente pactado entre fiador y acreedor, lo cual comportaba, en este supuesto, que el contenido del convenio no podía afectar a los derechos de éste contra aquél.

---

*Advertencia legal:* Este boletín sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

Para más información, consulte nuestra web [www.ga-p.com](http://www.ga-p.com), o diríjase al siguiente e-mail de contacto: [info@ga-p.com](mailto:info@ga-p.com).