

EL ACREEDOR REAL COMO DAMNIFICADO DE LA INSOLVENCIA DEL GARANTE

JAVIER YÁÑEZ EVANGELISTA

Abogado*

El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante

Los recientes cambios del Derecho español de la insolvencia introducidos por la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, han modificado sustancialmente el tratamiento del acreedor con garantía real ante la situación de insolvencia del deudor garante. El presente trabajo realiza una primera aproximación a la situación que resulta del cambio normativo exclusivamente en lo que concierne al ejercicio de los derechos del acreedor con garantía real dentro del concurso y la situación de vulnerabilidad en la que queda su crédito.

The secured creditor with a security interest impaired by the guarantor's insolvency

Recent changes in Spanish Insolvency Law introduced by the Law 17/2014 of 30 September and the Royal Decree-Law 11/2014 of 5 September have substantially modified the legal framework concerning a creditor with a secured loan a guarantor insolvent debtor. This paper sets out an initial approach to the situation resulting from the policy change only with respect to the exercise of the rights of the secured creditor in the insolvency proceedings and the vulnerable situation of the credit.

PALABRAS CLAVE

ejecución hipotecaria, concurso, convenio garantía real.

KEY WORDS

Foreclosure, Insolvency Proceedings, Arrangement with Creditors Secured Loan

Fecha de recepción: 16-9-2014

Fecha de aceptación: 1-10-2014

1 · INTRODUCCIÓN. ANTECEDENTES Y OBJETO DEL PRESENTE TRABAJO

Las garantías reales gozan de lo que se ha dado en llamar una oponibilidad *erga omnes* reforzada¹, entendida como la posibilidad de que la garantía siga al bien o derecho gravado, con independencia del patrimonio en que se encuentre. Así, el artículo 1876 del CC señala que la afección que supone la hipoteca sobre los bienes hipotecados es eficaz «cualquiera que sea su poseedor».

En caso de insolvencia del deudor, al concurrir el acreedor garantizado con el resto de acreedores sobre un patrimonio insuficiente, las notas de afección y reipersecutoriedad a las que hemos hecho referencia anteriormente justifican el privilegio del acreedor real para el cobro de su crédito sobre los bienes objeto de la garantía y con preferencia al resto de acreedores integrados en la masa pasiva. El acreedor no solo goza de un privilegio material para el cobro de su crédito, sino que igualmente

dispone de un privilegio de naturaleza procesal, consistente en un derecho de ejecución separada fuera del procedimiento de insolvencia y conforme a las reglas de competencia y procedimiento que se contienen en la legislación procesal.

A la vista de ese doble privilegio, se ha sostenido tradicionalmente que el acreedor garantizado era inmune al concurso del deudor garante, pues la declaración de concurso de este último no privaba al acreedor hipotecario de las facultades inherentes a la garantía real. Esa resistencia de la garantía real al concurso se mantiene con la Ley Concursal del año 2003, si bien con una matización en cuanto al derecho de ejecución separada, consistente en una paralización temporal del ejercicio de ese derecho, por razón de la vinculación de los bienes objeto de garantía con la actividad empresarial o profesional del deudor. De ese modo, según rezaba la exposición de motivos de la Ley 22/2003, se articulaban fórmulas «que sin menoscabar la naturaleza de estos derechos ni perturbar el mercado del crédito, muy sensible a la protección de las garantías en caso de insolvencia del deudor, no impidan sino que hagan viables soluciones beneficiosas para los intereses del concurso». Fuera de esa afección temporal, la garantía real resultaba inmune al concurso y especialmente a la solución convencional que en fase concursal pudiera alcanzar el deudor con sus acreedores,

* Del Área de Derecho Público, Procesal y Arbitraje de Uría Menéndez (Madrid).

1. GARCÍA VICENTE, José Ramón: «Las garantías reales», en AA. VV.: *Enciclopedia de Derecho concursal*, Cizur Menor: Thompson Reuters Aranzadi, 2012, pág. 1833.

salvo que voluntariamente se adhiriesen a ella (artículo 134.2 de la LC).

Esta concepción tradicional de la posición del acreedor real ha sufrido una importante alteración con las reformas operadas en la Ley Concursal, con el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, que tras la posterior tramitación parlamentaria habría dado lugar a la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, y con el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre. Esas modificaciones se han de relacionar con diversos pronunciamientos judiciales que, sobre todo en fase de liquidación, habían supuesto *de facto* una importante limitación de los derechos reconocidos a favor del acreedor hipotecario.

El objeto de este trabajo es realizar una primera aproximación a la situación de vulnerabilidad en la que queda el acreedor real, tras las modificaciones operadas por las normas anteriormente citadas, y centrándonos de forma exclusiva en aquellos aspectos que hayan sido objeto de reforma. En todo caso, y aun cuando se han citado ambas normas, este trabajo se limita al tratamiento del acreedor real dentro del concurso, tal y como ha quedado tras el Real Decreto-ley 11/2014, dejando fuera de su objeto instituciones preconcursales, como son los acuerdos de refinanciación, en los que se también han introducido modificaciones de profundo calado.

A efectos meramente aclaratorios, es importante recordar que el concepto de acreedor con garantía y acreedor con privilegio especial no resultan coincidentes. Como subraya con todo acierto CARRASCO PERERA², la expresión *privilegio especial* no alude a un concepto técnico interno del sistema jurídico español. No es posible considerar coextensivos los términos «*acreedor con garantía real*» y «*acreedor con privilegio especial*» según resulta este último concepto del artículo 90.1 de la LC; y de hecho la propia Ley Concursal no abona esa identificación, al distinguir en el artículo 56 con toda claridad entre la ejecución de garantías reales y el ejercicio de las acciones tendentes a recuperar los bienes vendidos a plazos o financiados con reserva de dominio mediante contratos inscritos en el Registro de Bienes Muebles, las acciones resolutorias de ventas de inmuebles por falta de pago del

precio aplazado, aunque deriven de condiciones explícitas inscritas en el Registro de la Propiedad y las acciones tendentes a recuperar los bienes cedidos en arrendamiento financiero mediante contratos inscritos en los Registros de la Propiedad o de Bienes Muebles o formalizados en documento que lleve aparejada ejecución. Los titulares de los derechos de crédito en que se fundan las tres últimas acciones aludidas no deberán ser considerados acreedores con garantía real. Esa matización tiene especial relevancia en los acuerdos de refinanciación, pues la disposición adicional 4.^a, se refiere a los créditos con garantía real y no a los acreedores privilegiados. Dentro del concurso de acreedores, esta distinción carece sin embargo de mayor trascendencia, salvo en supuestos particulares, como pueda ser la venta de unidad productiva, en relación a la cual los arrendadores financieros se sitúan en una posición más próxima al titular de un vínculo contractual pendiente de cumplimiento, que al de el acreedor garantizado, pues lo cierto es que el bien objeto del leasing, no es propiedad del deudor, tal como expresamente se contempla en el art 82 de la LC.

2 · LIMITACIONES DEL DERECHO DE EJECUCIÓN SEPARADA DEL ACREEDOR TRAS LA DECLARACIÓN DE CONCURSO

2.1 · El concepto de necesidad como presupuesto de la paralización de la ejecución del bien

El derecho de ejecución separada, que con carácter general se reconoce al acreedor con garantía real (art. 55.4 LC), está sometido a una paralización temporal, de modo tal que la realización del bien objeto de la garantía no suponga un obstáculo desproporcionado en el desarrollo de la actividad empresarial o profesional del deudor.

En consonancia con esa idea general, el artículo 56 de la LC impedía a los acreedores con garantía real iniciar nuevas ejecuciones o continuar las que se hubieran iniciado antes de la declaración de concurso, siempre que en uno y otro caso recayesen sobre bienes afectos a la actividad empresarial o profesional del deudor o una unidad productiva.

Una vez superadas las interpretaciones iniciales que vinculaban el concepto de afección con una mayor estabilidad del bien en la actividad productiva, la mayoría de los tribunales se habían inclinado por una concepción funcional, que atendía a la mera vinculación del bien con la actividad empresarial del

² CARRASCO PERERA, Ángel: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Cizur Menor: Aranzadi, 2008, pág. 87. Por convención puede aceptarse la acotación que hace del concepto BLANQUER UBEROS, Roberto: *Las garantías reales en el concurso*, Cizur Menor: Civitas, 2006, pág. 11.

deudor, prescindiendo de cualquier requisito de estabilidad en la integración del bien en la cadena productiva³. Distinto del concepto de afección era el concepto de necesidad que inicialmente se contemplaba en el mismo artículo 56 de la LC, para poder paralizar ejecuciones en las que se hubiera publicado el edicto de la subasta, o en el artículo 55.2 del mismo texto para paralizar la tramitación de los procedimientos de apremio administrativos, iniciados con anterioridad a la declaración de concurso.

Con la promulgación del Real Decreto-ley 4/2014 y, posteriormente, de la Ley 17/2014, el presupuesto objetivo de la paralización temporal ya no es la afección, sino que se exige que los bienes sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional. No podemos considerar esa modificación como un mero lapsus del legislador, sino que tiene una incidencia directa en el ámbito de aplicación de la norma.

Un sector de la doctrina considera que con la modificación operada en el artículo 56.1 se habrían ampliado notablemente los supuestos en los que opera la suspensión del inicio o reanudación de la ejecución, hasta el punto de considerar que la *«nueva regla viene a sancionar en términos llanos que no habrá lugar a iniciar o continuar ejecuciones de garantías reales en general una vez declarado el concurso, con las salvedades contenidas puntualmente en otras leyes (por ejemplo en el RD Ley 5/2005)»*⁴.

No podemos compartir esas conclusiones, pues resultan contrarias a la voluntad del legislador expresada en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 4/2014 e incluso a la interpretación unánime que sobre el concepto de necesidad se venía realizando antes de la reforma.

En primer lugar, la citada exposición de motivos no deja lugar a dudas respecto de la finalidad de la modificación legal operada⁵, pues de su tenor literal se desprende que la reforma opera para restrin-

gir el ámbito de aplicación del artículo 56.1 de la LC, que en algunos supuestos se estaba aplicando con criterios demasiado laxos y desde luego no pretende generalizar la aplicación del precepto.

En segundo lugar, y tal como hemos señalado, el concepto de bien necesario, por contraposición al de bien afecto, es utilizado desde el texto inicial de la Ley Concursal. Pues bien, en la interpretación de ese concepto de necesidad primaba un criterio más restrictivo del utilizado para definir la afección. La necesidad venía a añadir un plus de exigencia a la mera afección, de modo que todo bien necesario resultaba afecto, pero no todo bien afecto era necesario. Esta última categoría quedaría reservada a los bienes que resultan imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial, no siendo suficiente que estén vinculados con la actividad productiva o que se integren en ella⁶. No existe justificación alguna para que esa doctrina emanada precisamente en la interpretación de los artículos 55 y 56 de la LC, no sea de aplicación a la nueva redacción de ese mismo precepto.

Por tanto, hemos de concluir que la modificación operada en el artículo 56.1 de la LC persigue limitar o restringir la paralización del derecho de ejecución separada a favor del acreedor⁷, limitándolo a aquellos supuestos en los que la salida del bien del patrimonio del deudor, derivada de la ejecución a favor del acreedor garantizado, conlleve el cese de la actividad empresarial o profesional que hasta ese momento se estaba desarrollando o suponga al menos un obstáculo muy importante para continuar esa actividad.

Junto al concepto general de necesidad, se concreta en el artículo 56.1 de la LC un supuesto específico de no necesidad, al señalar que *«no se considerarán necesarias para la continuación de la actividad las acciones o participaciones de sociedades destinadas en exclusiva a la tenencia de un activo y del pasivo necesario para su financiación, siempre que la ejecución de la garantía constituida sobre las mismas no suponga causa de resolución o modificación de las relaciones*

³ En este sentido podemos citar el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) de 19 de abril de 2013 o el Auto de la Audiencia Provincial de Barcelona de 26 de Julio de 2012.

⁴ CARRASCO PERERA, Ángel: «Ejecución de garantías reales. Impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía tras la reforma concursal del Real Decreto Ley 4/2014», *Anuario Derecho Concursal*, n.º 32, 2014, pág. 70.

⁵ Señala literalmente sobre este particular la exposición de motivos: *«También se acomete una modificación del artículo 56, para limitar los supuestos de suspensión de ejecución de bienes dotados de garantía real a aquellos que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial»*.

⁶ Autos de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 10 de abril de 2014, Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) de 19 de abril de 2013, Audiencia Provincial de León (sección 1) de 16 de junio de 2011 o Audiencia Provincial de Álava (Sección 1) de 11 de julio de 2013.

⁷ En la misma línea se ha pronunciado CABANAS TREJO, Ricardo: «La garantía real en el precurso de acreedores», *Diario La Ley*, n.º 8317, 23 de mayo de 2014, pág. 2.

contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo»⁸.

Hemos de rechazar que esta norma pueda aportarnos un criterio general interpretativo del concepto de necesidad, por más que se contemple como una proyección a un supuesto concreto de ese requisito. Tal como se razona en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 4/2014, la norma contempla un supuesto concreto en el que el derecho de uso se desliga del derecho de disposición del bien. Ahora bien, no se trata de una nota identificativa en todos los supuestos, de modo tal que también puede considerarse que no son necesarios para la actividad empresarial otros bienes o derechos integrados en la cadena productiva, en los no existe esa disociación entre disposición y uso.

El supuesto fáctico contemplado por la norma presenta numerosas lagunas y no pocas críticas de redacción⁹. Podríamos considerar que se trata de supuestos de tenencia de acciones de una sociedad vehículo de una determinada inversión. Esta sociedad estaría dedicada en exclusiva a la tenencia del activo correspondiente y la financiación afecta al mismo, permitiendo al deudor, titular a su vez de las participaciones sociales de esa sociedad vehículo, una explotación del activo ubicado dentro del patrimonio de esa sociedad vehículo, explotación que estaría basada en un vínculo jurídico distinto del derecho de propiedad. En tal caso, considera el artículo 56.1 que la ejecución de la prenda constituida sobre las acciones de esa sociedad vehículo no afectan al desarrollo de la actividad empresarial del deudor que esté directamente vinculada con el activo propiedad de esa sociedad, sin perjuicio de que se pierda la titularidad de esas acciones y con ello el derecho de propiedad que de forma indirecta se ostentaba sobre el activo, manifestado en el control del capital social de la sociedad que resultaba tenedora de ese activo. En todo caso, resultará

necesario que la pérdida de la titularidad de las acciones de esa sociedad no afecte al título por el que se explota el activo. Quedan fuera del ámbito de aplicación de la norma los supuestos de sociedades *holding*, que limitan su actividad a la tenencia de sociedades filiales, sin participar directamente en la explotación de los activos de estas. También quedan fuera del ámbito de aplicación aquellos supuestos en los que la sociedad vehículo posee varios activos y no solo uno. No obstante, nada impide que se pueda llegar a la misma conclusión por el régimen general, si todos los activos de la sociedad vehículo son explotados por la tenedora de las acciones de aquella sociedad.

2.2 · La paralización de ejecuciones como instrumento de la extensión de efectos del Convenio

Tal como resulta del artículo 56 de la LC, la prohibición del inicio de nuevas ejecuciones tras la declaración de concurso está temporalmente limitada a la aprobación de un convenio que afecte al ejercicio de un derecho, o bien al transcurso del plazo de un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera abierto la fase de liquidación.

Esta redacción se corresponde con la reforma operada por la Ley 38/2011, y por lo tanto es muy anterior a la problemática ahora analizada. No obstante, es lo cierto que la posibilidad de extender los efectos del convenio a los acreedores titulares de la garantía real a la que nos referiremos en otro apartado de este precepto ha resucitado las dudas que surgían en torno al primero de los límites a los que hemos hechos referencia.

En este sentido, la exigencia de que se hubiera aprobado un convenio que no afectase al ejercicio del derecho del acreedor titular de la garantía real suscita dos incógnitas importantes.

En primer lugar, parece que, a diferencia de lo que contempla el artículo 84.3 de la LC, en relación con las ejecuciones para pago de créditos contra la masa, el plazo de un año desde la declaración de concurso se refiere expresamente a los supuestos de ausencia de apertura de la fase de liquidación. ¿Implica que el acreedor hipotecario ha de esperar necesariamente a la tramitación de la sección de convenio y a la resolución sobre él para poder ejecutar la garantía? En segundo lugar e íntimamente relacionado con la primera cuestión, se plantea la posibilidad de considerar un bien necesario para la actividad empresarial del deudor, por razón del

⁸ En la exposición de motivos se justifica la introducción de esta previsión en los siguientes términos: «Dentro de las facultades que tradicionalmente integran el derecho de propiedad (el *ius utendi*, el *ius fruendi* y el *ius disponendi*), no siempre es necesario que concurren todas ellas para que un determinado bien quede afecto a la actividad empresarial. En determinados supuestos es posible separar la facultad de disposición de las de uso y disfrute, sin perjuicio alguno para la continuación de la actividad productiva pero con evidente ventaja para el acreedor que podrá movilizar antes su propia facultad de disposición y que por ello verá disminuidos los costes financieros necesarios para tal movilización».

⁹ Resulta especialmente clarificador en este aspecto CARRASCO PERERA, Ángel: *Los derechos de garantía...*, op. cit., págs. 6 y 7.

papel que dicho bien pueda desempeñar en el cumplimiento del convenio.

Antes de la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2014, parece que no existía justificación alguna para someter al acreedor con garantía real a una limitación de su derecho, concebida en función del resultado de un convenio. El acreedor privilegiado no quedaba afectado por el convenio, salvo que expresamente votase a favor de él o se adhiriese. Era, por tanto, imposible que el acreedor pudiera ser afectado por el convenio en contra de su voluntad, por lo que no resultaba justificado imponer a ese acreedor una espera en el ejercicio de su derecho de ejecución separada cuando, mediante el ejercicio de ese derecho, ya había exteriorizado su voluntad contraria a votar a favor del convenio. Por el contrario, la referencia contenida en el artículo 56 de la LC debía ser objeto de una interpretación coherente con la inmunidad del acreedor privilegiado ante el convenio. Estaba contemplando aquellos supuestos en los que el convenio era objeto de aprobación antes del periodo del año, a computar desde la declaración de concurso.

Tras la reforma operada en el artículo 134.2 de la LC, es posible que, concurriendo las mayorías previstas en la norma, se pueda extender al acreedor privilegiado determinados contenidos del convenio, aun en contra de su voluntad. En este nuevo contexto legal, esa interpretación a la que hacíamos referencia cobra plena vigencia. Efectivamente, la posibilidad de vincular al acreedor con garantía real al contenido del convenio y a los efectos novatorios del crédito que resulten de ese convenio pasa necesariamente porque el acreedor no haya realizado la garantía y con ello haya satisfecho total o parcialmente su crédito en los términos que resultan del artículo 155 de la LC. De esa forma, la prohibición del inicio de nuevas ejecuciones no solo permitiría la continuación de la actividad del deudor durante el procedimiento concursal, sino que aseguraría la posible integración del bien durante la fase de cumplimiento del convenio y la efectiva sujeción del acreedor privilegiado al convenio pactado por la mayoría de los acreedores de la misma clase.

Ahora bien, no se puede alterar la naturaleza y sustento de la prohibición de inicio de nuevas ejecuciones regulada en el artículo 56 de la LC, convirtiéndola en una suerte de medida cautelar de la extensión subjetiva del convenio que pudiera aprobarse, ni tampoco puede conllevar un sacrificio absoluto del derecho de ejecución separada expresamente reconocido al acreedor con garantía real en el artículo 55.4 de la LC.

Efectivamente, no podemos perder de vista tres principios básicos que han de informar la interpretación del artículo 56 de la LC, tantas veces citado: i) La Ley Concursal reconoce con carácter general un derecho de ejecución separada a favor del acreedor hipotecario, que puede ser limitado o afectado, pero no suprimido; ii) en consecuencia, la paralización regulada en el artículo 56 ha de tener un carácter temporal; iii) esa paralización está vinculada a la continuación de la actividad empresarial del deudor y, por lo tanto, solo puede recaer sobre los bienes que resulten necesarios para dicha actividad, desvinculándose de la institución solutoria que finalmente sea utilizada.

En aplicación de los mencionados principios, considero que la paralización del inicio de nuevas ejecuciones debe ajustarse a los siguientes criterios: i) La paralización estará supeditada en todo caso a que los bienes objeto de ejecución sean necesarios para la continuación de la actividad empresarial, y esa condición habrá de mantenerse durante todo el periodo de paralización, sin que la mera previsión de un convenio futuro justifique la paralización temporal del derecho de ejecución separada; ii) la existencia de dos límites al periodo de paralización actúa con carácter alternativo, bastando que concurra uno de ellos para alzarse la suspensión. Por tanto, una vez transcurrido un año sin abrir fase de convenio o liquidación, concurriría uno de los límites contemplados por la norma. Por el contrario, si antes del transcurso de ese periodo del año se abre la fase de convenio, habrá de estarse a su resultado, aunque transcurra el periodo del año. Es más, debemos considerar que no resulta siquiera necesario esperar a la resolución judicial que se pronuncie sobre la fase de convenio, cuando resulta patente que no se puede afectar al derecho del acreedor con garantía real, por no haberse presentado una propuesta de convenio dentro del plazo legal. Si bien, en este último caso surge la duda de exigir el transcurso del plazo anual desde la declaración de concurso.

La segunda de las cuestiones a las que hacíamos referencia guarda especial relación con la fijación de la aprobación de convenio, como límite a la paralización del inicio de ejecuciones. En este sentido, se ha planteado en qué medida la observación del bien como instrumental para el efectivo desarrollo del convenio propuesto equivale a la necesidad de dicho bien a la actividad económica o empresarial del deudor, a los efectos del artículo 56.1 LC, ya que el propio contenido de la propuesta de convenio será la forma en la que pueda continuar el desarrollo de la actividad empresarial

ejecutada por el deudor concursado. Y ello aun cuando transitoriamente se hubiera paralizado la actividad, bien inmediatamente antes del concurso, bien durante su tramitación, siempre que exista a través del convenio la posibilidad de su reanudación por el deudor o por un tercero¹⁰.

Aunque se trata de una interpretación razonable y perfectamente fundada en derecho, no podemos compartirla, en gran parte por los mismos razonamientos antes expuestos. La posibilidad de paralizar ejecuciones en trámite o de impedir el inicio de nuevas ejecuciones está dirigida a permitir la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor durante la fase común del concurso o, en su caso, hasta la aprobación del convenio; no es un instrumento tendente a permitir una reestructuración de la deuda en fase de convenio. Por ello, para apreciar que un bien es necesario para la continuación de la actividad, debe existir esa actividad, resultando incompatible la declaración de necesidad del bien y el cese de actividad del deudor¹¹. Por otra parte, la vinculación de un determinado bien a la continuación de la actividad empresarial durante el cumplimiento del convenio, aun cuando pueda considerarse el elemento esencial en el que descansa la viabilidad del propio convenio, no permite extender al acreedor titular de la garantía real los efectos del convenio. La posibilidad de extensión vendrá determinada por la voluntad mayoritaria de los acreedores garantizados de cada una de las respectivas clases; ello lógicamente viene establecido tras la reforma operada por el Real Decreto-ley 11/2014 en el artículo 134.2 LC. Por tanto, si no se puede establecer una relación entre la vinculación del acreedor con garantía al convenio y la posición del bien objeto de dicha garantía dentro del convenio, carece de justificación vincular la prohibición del inicio de la ejecución con dicho evento futuro. Respecto de la interpretación que haya de hacerse a la aprobación del convenio que no afecte al ejercicio del derecho como límite de la paralización de la ejecución, nos remitimos a las dos interpretaciones expuestas anteriormente, ninguna de las cuales contempla la posición del bien en el cumplimiento del convenio.

¹⁰ Una fundamentada defensa de esta posibilidad la encontramos en el Auto del Juzgado Mercantil n.º 8 de Madrid de 5 de abril de 2011.

¹¹ Resultan expresivos de este criterio los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona (sección 15) de 26 de julio de 2012, Audiencia Provincial de Baleares (Sección 5) de 26 de octubre de 2009 o de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 28) de 22 de diciembre de 2011.

2.3 · El distinto tratamiento de las nuevas ejecuciones frente a las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso

Aun cuando el apartado segundo del artículo 56 de la LC no ha sido objeto de nueva reforma en el año 2014, sí que considero conveniente hacer una breve referencia al distinto tratamiento que se confiere a las ejecuciones que se pretenden iniciar tras la declaración de concurso, frente a las iniciadas con anterioridad, a los efectos de considerar trasladable a las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso los problemas expuestos en el apartado anterior.

Tras la reforma operada por la Ley 38/2011, el tratamiento de las ejecuciones hipotecarias iniciadas antes de la declaración de concurso se contiene en el apartado segundo de la norma, que en un principio se limita a ordenar la suspensión de la ejecución en el estado en que se encuentra, tan pronto conste la declaración de concurso. El mismo precepto señala que esa suspensión solo se alzaría cuando conste en el procedimiento testimonio de la resolución del juez del concurso que considere dichos bienes como no necesarios para la continuación de la actividad empresarial o profesional del deudor.

Una lectura literal de ese apartado podría llevar a la conclusión de considerar que, mientras que en las ejecuciones iniciadas tras la declaración de concurso la posibilidad de paralización está sujeta a los límites materiales y temporales antes expuestos, en el caso de las ejecuciones iniciadas antes de la declaración de concurso la paralización se mantiene hasta la apertura de la liquidación; pero mientras que no se llegue a la fase liquidatoria, la ejecución no puede continuar, salvo que el juez del concurso deje de considerar los bienes como necesarios para la continuación de la actividad. Dicho de otra forma, mientras no se declare el bien no necesario para la continuidad de la actividad empresarial, no es posible alzar la suspensión del procedimiento.

Tal interpretación adolece de dos errores. En primer lugar, introduciría una diferencia de trato entre los acreedores que se encuentran en la misma situación jurídica, sin que el momento de inicio de la acción pueda justificar una diferencia de trato semejante, que, visto el periodo medio de duración del concurso, puede conllevar varios años de paralización de una ejecución hipotecaria durante la fase común. Pero, sobre todo, sería absurda, por cuanto la diferencia de trato, al estar

basada en el momento de inicio del procedimiento, siempre podría eludirse mediante el desistimiento de la ejecución iniciada y el planteamiento de una nueva demanda ejecutiva, que, al estar sujeta a las previsiones del artículo 56.1 LC (por ser de fecha posterior a la declaración de concurso), debería ser necesariamente admitida y tramitada si ha transcurrido el plazo anual desde la declaración de concurso. No parece, sin embargo, que el propósito perseguido por nuestro legislador sea originar esa duplicidad de trámites procesales y el incremento de gastos judiciales para el acreedor hipotecario.

Frente a ello cabe postular una interpretación sistemática del artículo 56 LC, conforme a la cual los límites temporales y materiales de la paralización de las ejecuciones hipotecarias rigen en todo caso, con independencia del momento en que se inicie la ejecución, pues dichos límites son expresión de la ponderación que el legislador ha realizado sobre el alcance del sacrificio que ha de imponerse a los acreedores hipotecarios en el ejercicio de sus derechos. Necesariamente, han de regir para todo acreedor hipotecario, con independencia del momento de inicio de la ejecución. La utilización que en el artículo 56.2 LC se hace del adverbio «sólo», no es a los efectos de individualizar el único supuesto en el que continúa la ejecución hipotecaria, sino para plasmar el cambio de criterio del legislador, que pasa de una regla general, en la que la consideración de bien afecto a la actividad empresarial requería resolución del juez del concurso a la solución contraria, por tanto, la regla general es la suspensión de la ejecución mientras no exista una declaración expresa por parte del juez competente. Esta interpretación permitiría dar una interpretación lógica al artículo 57 LC, cuando contempla la reanudación de las ejecuciones suspendidas por la apertura de la liquidación. Se está en realidad refiriendo tanto a todas las ejecuciones iniciadas antes como a las que lo fueron después de la declaración de concurso y que no se han reanudado al transcurrir el plazo anual previsto en el artículo 56 LC.

Podríamos considerar la existencia de un matiz a la interpretación anteriormente expuesta. En un principio, la aplicación del apartado primero del artículo 56 LC requeriría una expresa resolución del juez del concurso declarando los bienes necesarios para la actividad empresarial, pues de no resultar necesarios, lo que procede es el alzamiento de la suspensión, sin otra consideración para que además continúe la ejecución ante el órgano que inicial-

mente estaba conociendo de ese procedimiento¹². Es cierto que la paralización temporal de las ejecuciones descansa en el carácter necesario del bien objeto de la misma. Es igualmente cierto que la suspensión de las ejecuciones de garantías reales en trámite como un efecto derivado de la declaración de concurso no sustituye a la declaración judicial sobre la necesidad del bien que habrá de efectuar el juez del concurso. Por último, resulta un criterio generalmente admitido por nuestros tribunales considerar que la competencia del juez del concurso se limita a las ejecuciones que se dirijan contra los bienes necesarios para la actividad empresarial o profesional del deudor¹³. Ahora bien, ese planteamiento resulta coherente cuando el juzgado que conocía de la ejecución hipotecaria no ha remitido las actuaciones al juez del concurso y este las ha asumido, pues, en tal caso, ha asumido la competencia para conocer de esta ejecución y, por lo tanto, carece de relevancia que el bien sea necesario para la continuación de la actividad empresarial. En un principio, la suspensión de las actuaciones por el juez civil que estaba conociendo de la ejecución hipotecaria no implica que se remitan las actuaciones al juez del concurso; dicha remisión habría de producirse una vez se alce la suspensión por haber transcurrido los plazos previstos en el apartado primero del artículo 56¹⁴. En ese supuesto se impone una previa declaración sobre el carácter necesario del bien que delimite la competencia del órgano que conocerá de la ejecución. No obstante, si la competencia ha resultado admitida por el juez del concurso, bien por asumir el conocimiento de las actuaciones en suspenso remitidas por el juez de instancia, o bien por considerar que la competencia del juez del concurso se extiende a la ejecución sobre todos los bienes y derechos del deudor, no resulta justificado exigir al acreedor hipotecario que inste un previo pronunciamiento sobre la necesidad del bien, cuando además de no ponerse en tela de

¹² En términos generales acoge este planteamiento el Auto de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9) de 16 de diciembre de 2013, al considerar que en todo caso debe mediar un previo pronunciamiento del juez del concurso sobre el carácter necesario del bien.

¹³ Resultan ilustrativos de este criterio los autos de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 15) de 22 de septiembre de 2010, Audiencia Provincial de Asturias (Sección 1) 28 de junio de 2010 o Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) de 16 de marzo de 2012.

¹⁴ Este es el criterio sustentado por el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 28) de 18 de marzo de 2011, en contra del que se pronuncia el Auto de la Audiencia Provincial de Las Palmas de 28 de octubre de 2011.

juicio ese hecho por ninguna de las partes afectadas —como lo demuestra el hecho de que no se haya interesado con anterioridad la reanudación de la ejecución—, no tiene consecuencia material o procesal alguna. En esos supuestos parece más adecuado entender implícita la solicitud de un pronunciamiento sobre la naturaleza del bien, evitando mayores dilaciones en la tutela de un derecho del acreedor hipotecario, cuyo ejercicio no puede ser objeto de nuevas dilaciones por razón de las vicisitudes del concurso, conforme resulta de los artículos 56 y 57 de la LC.

3 · VULNERABILIDAD DEL VALOR DE LA GARANTÍA

3.1 · Delimitación del privilegio como valor razonable de la garantía

Una de las principales novedades introducidas por el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, consiste en el tratamiento que se da a los acreedores con privilegio especial, ello con referencia a dos aspectos esenciales. En primer lugar, la cuantificación del privilegio especial y, en segundo lugar, la derogación de la inmunidad del acreedor privilegiado frente al convenio, siendo sustituida por la posibilidad de arrastre al acreedor por virtud de la voluntad de una mayoría de los acreedores privilegiados de la clase respectiva. Nos referiremos en este apartado a la primera de las novedades, dejando la segunda para el siguiente apartado.

Tradicionalmente la determinación del privilegio se contemplaba en nuestra Ley Concursal en relación con el importe del crédito, de modo tal que la existencia de una garantía a favor del crédito atribuía carácter privilegiado a la totalidad del crédito¹⁵, con independencia de la proporción que pudiera existir entre el valor de la garantía y el importe del crédito garantizando, lo que en el caso de las infragarantías o superposición de garantías complicaba ciertamente la aprobación del convenio. La adecuación entre el valor de la garantía y el importe del crédito se produ-

cía con la ejecución de la garantía, en fase común o liquidación, pues aquella parte del crédito no satisfecho con el valor de los bienes objeto de la garantía pasaba a tener la consideración de crédito ordinario. Mayores problemas suscitaba la realización de la garantía durante la vigencia del convenio, teniendo en cuenta la ausencia de previsión específica en la Ley Concursal. No obstante, se venía defendiendo una aplicación de la previsión contenida en el artículo 157 de la LC, teniendo en cuenta la naturaleza y fundamento del privilegio especial¹⁶.

Por el contrario, el Real Decreto-ley 11/2014 viene a establecer a una novedosa previsión, en el artículo 90.3 de la LC, conforme a la cual *«El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza»*.

De esta forma, el privilegio se configura no en relación al crédito, sino que pasa a conectarse a la garantía misma¹⁷. A su vez, esta norma de ponerse en relación con la contenida en el apartado 5 del artículo 94 de la LC, que viene a reproducir en ese concursal el esquema de valoración de la garantía contenido en el Real Decreto Ley 4/2014, respecto de los acuerdos de refinanciación.

En este sentido, el artículo 94.5 de la LC establece que *«A los efectos del artículo 90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado»*.

Para determinar el valor razonable del bien sobre el que se calcule a su vez el valor de la garantía, se utilizan criterios coincidente con los que se intro-

¹⁵ En contra, CARRASCO PERERA, Ángel: *Los derechos de garantía...*, op. cit., págs. 53 y 54, que defiende el reconocimiento de un crédito ordinario suspensivamente condicionados del artículo 87.3, con lo que sus titulares quedarán provisionalmente privados de los derechos de adhesión, voto y cobro por el concepto de acreedor ordinario, esto es, por la parte del crédito —inicialmente no determinada— que finalmente quedará sin cubrir con la realización de la garantía.

¹⁶ Resulta especialmente ilustrativo de este criterio el Auto del Juzgado Mercantil n.º 1 de A Coruña de 29 de noviembre de 2011.

¹⁷ PULGAR EZQUERRA, J.: «Ley 17/2014 de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y el Real Decreto Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas», *Diario La Ley*, 8391, 3 de octubre de 2014, pág. 11.

dujeron por el Real Decreto-ley 4/2014, al que nos hemos referido anteriormente. Se distingue según se trate de valores mobiliarios que coticen en un mercado regulado o de instrumentos del mercado monetario, bienes inmuebles o, finalmente, cualesquiera otros bienes o derechos. Se excluyen de las reglas sobre la valoración los activos líquidos, como son el efectivo cuentas corrientes, dinero electrónico o imposiciones a plazo fijo. En el primer caso, el valor razonable se corresponderá con el precio medio ponderado al que hubieran sido negociados en uno o varios mercados regulados en el último trimestre anterior a la fecha de declaración de concurso, de conformidad con la certificación emitida por la sociedad rectora del mercado secundario oficial o del mercado regulado de que se trate. En el caso de bienes inmuebles, mediante tasación emitida por entidad homologada y, en el caso del resto de bienes y derechos, mediante un informe emitido por experto independiente.

Los informes de valoración a los que hemos hecho referencia pueden sustituirse por la valoración realizada por experto independiente dentro de los seis meses anteriores a la declaración de concurso, si bien nada impide que se pueda emitir nuevo informe de experto independiente de concurrir circunstancias que puedan afectar al valor de los bienes. Esta previsión resulta una traslación de lo previsto en la disposición adicional 4.^a de la LC en relación con los acuerdos de refinanciación. El informe de experto independiente es el contemplado en el apartado 4 del artículo 71 *bis*, por lo que nos encontramos ante una previsión cuyo ámbito de aplicación está restringido a los supuestos de acuerdos de refinanciación frustrados en un estadio avanzado y que son seguidos por la solicitud y posterior declaración de concurso.

Se completan en las reglas de valoración una previsión específica sobre situación de concurrencia en proindiviso de varios acreedores sobre el mismo bien y de supuestos en los que la garantía se constituya sobre varios bienes. En el primer supuesto, el valor de la garantía correspondiente a cada acreedor será el resultante de aplicar al valor total del privilegio especial la proporción que en él corresponda a cada uno de ellos, según las normas y acuerdos que rijan el proindiviso. Mientras que en el segundo se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla prevista en el primer párrafo de este apartado, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente.

Las anteriores previsiones son aplicables al acreedor con garantía real sobre un bien integrado en la masa activa del concurso, en la medida en que dicho acreedor sea integrado como tal en la masa pasiva y, por tanto, su crédito esté sujeto a clasificación crediticia. Por el contrario, no le son extrapolables a los titulares de garantías reales respecto de los que el concursado asume la mera función de garante no deudor.

La regulación expuesta hasta ahora presenta diversos interrogantes, si bien nos centraremos en tres de ellos.

Una de las cuestiones a la que no se ofrece una respuesta satisfactoria por la norma, viene referida al alcance del artículo 90.3 de la LC, y más concretamente si la extensión del privilegio al valor razonable de la garantía lo es a todos los efectos, incluso cuando la realización del bien dentro del concurso genera un mayor importe. En segundo lugar, la necesidad de determinados informe de valoración del bien objeto de la garantía nos plantea quién sea el obligado a solicitar y costear dichos informes y, finalmente, no se determina el momento el que ha de calcularse el valor de la garantía, extremos que puede adquirir especial relevancia en determinadas garantías reales sobre valores mobiliarios, sometidos a una importante fluctuación.

Es cierto que el artículo 90.3 de la LC prevé literalmente que el privilegio especial no se extiende a la totalidad del crédito garantizado, sino al valor de la garantía, pasando el resto a ser calificado según su naturaleza. Por otro lado, el artículo 155 de la LC establece que el pago de los créditos con privilegio especial se hará con cargo a los bienes y derechos afectos, ya sean objeto de ejecución separada o colectiva, y, de quedar remanente, se destinará al pago de los demás créditos. El mismo precepto, al regular la rehabilitación del crédito con privilegio especial, considera créditos contra la masa los plazos de amortización de ese crédito pendientes de pago, pero hasta el límite del valor de la garantía. El tenor de estos preceptos parece llevar a una conclusión clara: el privilegio del acreedor no se extiende al valor del bien objeto de la garantía, sino al valor razonable que pudiera alcanzar dicho bien, determinado conforme las reglas del artículo 94.5 en relación con el art 90.3 de la LC. Esta alteración del objeto de la garantía resulta justificada en el caso de la tramitación y aprobación de un convenio, pues ante la ausencia de realización del bien, es necesario determinar qué parte del crédito garantizado está beneficiado por el derecho de abstención y respecto del cual no se podrán extender los efectos,

salvo en el supuesto del artículo 134.2 de la LC. Se pone fin de ese modo al problema de las sobregarantías y los perniciosos efectos que suponen para la obtención de un convenio. Por el contrario, no resulta justificado por la finalidad perseguida por la norma que la declaración de concurso suponga una modificación del derecho del acreedor hipotecario, que le permite hacerse pago con lo obtenido por la enajenación del bien (art. 1858 del CC), quedando reducido ese derecho al valor razonable del bien, en lugar del valor efectivamente obtenido.

No podemos olvidar que la propia exposición de motivos del Real Decreto-ley 11/2014, por el que se modifican los preceptos ahora analizados, sitúa esa modificación en el ámbito del convenio concursal, a fin de evitar una multiplicación *ad infinitum* de los créditos privilegiados no coincidente con el valor del bien objeto de la garantía, pero no pretende que la declaración de concurso suponga una distribución entre el acreedor con garantía real y el resto de acreedores del riesgo de insolvencia del deudor, de forma que el primero asuma en beneficio de la masa una reducción del valor de esa garantía. Es más, la propia exposición de motivos señala literalmente que «*De este modo se sigue manteniendo una regla que parece no solo la más razonable desde el punto de vista económico sino que también es una síntesis de las reglas vigentes en nuestro derecho acerca de la purga de las garantías posteriores, del mantenimiento de las preferentes y de la atribución del eventual sobrante en caso de ejecución por parte de alguno de los titulares de garantías reales*».

Podríamos defender, por tanto, que el valor razonable de la garantía calculado conforme al artículo 94.5 de la LC determina la extensión del privilegio especial, si bien se mantiene un derecho residual del acreedor garantizado —en el supuesto de realización de la garantía que suponga enajenación individualizada del bien— a percibir de la cantidad obtenida por la realización del bien el importe total del crédito para cuya satisfacción se hubiera constituido la garantía y que estuviese pendiente de pago a ese momento, ello con independencia del valor razonable de la garantía que se hubiera fijado en el informe de la Administración Concursal. Este derecho del acreedor hipotecario viene expresamente reconocido en el párrafo segundo del apartado 4.º del artículo 140 de la LC, introducido por el Real Decreto-ley 11/2014, al señalar que «*No obstante lo anterior, si el incumplimiento afectase a acreedores con privilegio especial que hubiesen quedado vinculados al convenio por aplicación de lo dispuesto en el artículo 134.3 o que se hubiesen*

adherido voluntariamente al mismo, podrán iniciar o reanudar la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento y con independencia del eventual inicio de la fase de liquidación. En este caso, el acreedor ejecutante hará suyo el montante resultante de la ejecución en cantidad que no exceda de la deuda originaria, correspondiendo el resto, si lo hubiere, a la masa activa del concurso».

Es cierto que el precepto contempla un supuesto concreto, como es la ejecución separada de la garantía real derivada del incumplimiento de convenio, sin embargo, es igualmente cierto que no existen motivos para hacer de peor condición al acreedor hipotecario que, al amparo del artículo 57 de la LC, reanuda la ejecución de la garantía real una vez abierta la liquidación o al que hace uso de ese derecho de ejecución separada durante la fase común al amparo del artículo 56 de la fase común. En todo caso, la inclusión sistemática de la previsión que ahora comentamos en el artículo 140, vinculado al incumplimiento del convenio, no hace sino reforzar esta interpretación. En cuanto a la valoración de la garantía por determinación del valor razonable del bien objeto, tiene relevancia de cara al convenio y para delimitar el grado de extensión subjetiva del mismo; una vez desaparece la posibilidad de solución negociada, carece de sentido limitar el derecho de afección del acreedor. Pues bien, en ese escenario es indiferente que la posibilidad de convenio se vea frustrada por no poderse cumplir ese convenio, por no alcanzar las mayorías necesarias para su aprobación o por no presentarse propuesta válida de convenio.

La segunda cuestión a la que hacíamos referencia tiene una relevancia menor desde el punto de vista jurídico, pero no es baladí desde un punto de vista de gestión de los costes del concurso y su correcta distribución.

Con excepción de los valores e instrumentos financieros a los que se refiere la letra a) del artículo 94.5 de la LC, la determinación del valor razonable del bien objeto de la garantía real requiere de la emisión de un informe de valoración, al que se refiere el art 94.5 de la LC. No aclara directamente la norma quién haya de aportar dicho informe y sufragar, por tanto, su gasto. Considero, sin embargo, que a través de una interpretación sistemática de la LC podemos llegar a la conclusión de que se trata de una obligación de la AC con cargo a la masa. La comunicación del crédito tiene un contenido concreto, establecido en el artículo 85 de la LC, que también regula los documentos que han de acompañarse a dicha comunicación. En ningún momen-

to este precepto, ni ningún otro de la LC, impone al acreedor titular de la garantía acompañar a su comunicación el informe de valoración del bien, aunque en todo caso y tratándose bienes inmuebles, siempre se podrá acompañar la correspondiente tasación efectuada en relación con el préstamo hipotecario. Por el contrario, y tal como resulta de la ubicación sistemática del artículo 94.5, la valoración de la garantía se realiza en el informe de la AC, que ha de proceder no solo al reconocimiento, sino igualmente a la clasificación del crédito¹⁸. Es cierto que, en supuestos de insuficiencia de masa, le puede resultar imposible a la AC la aportación de ese informe, pero en tales casos lo procedente es acudir a la aplicación del artículo 176 bis en un estadio muy temprano del concurso e incluso antes de la emisión del informe.

Por último, se ha cuestionado el momento al que se ha de atender para calcular el valor de la garantía. Toda vez que la determinación de la masa pasiva se realiza al momento de declaración de concurso, ese es el momento relevante para la calcular el valor de la garantía, sin que se debieran tener en cuenta las modificaciones posteriores, salvo supuestos excepcionales, en los que se diese una fluctuación del valor de la garantía de tal envergadura que debiera tener reflejo en la lista de acreedores, para evitar una imagen distorsionada del valor del privilegio.

3.2 · La extensión de los efectos a los acreedores con garantía real

Siguiendo el criterio establecido en materia preconcursal, el Real Decreto-ley 11/2014 da al traste con esa inmunidad del acreedor privilegiado de la que hablamos al inicio de este trabajo y se sustituye por la introducción de diversas clases de acreedores privilegiados, tanto generales como especiales, a los efectos de establecer unas mayorías de arrastre.

En primer lugar, se sustituyen las mayorías de pasivo ordinario necesarias para la aprobación del convenio. Así, siguiendo los antecedentes existentes en materia de homologación de los acuerdos de refinanciación, se distingue según el contenido del convenio a los efectos de configurar las mayorías necesarias para su aprobación. En el caso de quitas iguales o inferiores al 50 %, esperas hasta 5 años o

conversión de deudas en préstamos participativos por idéntico plazo, será necesario el apoyo de los acreedores representativos del 50 % del pasivo ordinario. Se mantiene la posibilidad de reducir ese porcentaje a la mayoría de los votos a favor frente a los votos en contra, independientemente del porcentaje del pasivo ordinario que representen, en los supuestos de convenio más beneficioso. Se exige un mayoría reforzada del 65 % del pasivo ordinario para imponer quitas superiores al 50 %, esperas superiores a 5 años e inferiores a 10 años, conversión en préstamos participativos por igual plazo, y las demás medidas contenidas en el artículo 100 LC. Se ha suprimido la inclusión en el *quorum* necesario para la aprobación del convenio de aquellos acreedores privilegiados que hubieran votado a favor del convenio. En ese supuesto, tal como establece el artículo 123.2 LC, su voto a favor de una propuesta producirá, en el caso de que sea aceptada por la junta y de que el juez apruebe el correspondiente convenio, los efectos que resulten del contenido de éste respecto de su crédito y privilegio. De la dicción de los dos preceptos citados, se desprende sin ningún género de dudas que el único pasivo relevante para la aprobación del convenio es el pasivo ordinario, de modo tal que no es posible establecer un convenio que afectase exclusivamente a los acreedores privilegiados, aunque cuente con el respaldo de los porcentajes de arrastre contemplados en el artículo 134.2 de la LC. Esta conclusión aparece diáfana en el convenio concursal, sin embargo, sí resultaba más controvertida en relación a la homologación de los acuerdos de refinanciación¹⁹.

Para el cálculo de esas mayorías, hemos de tener en cuenta la regla contenida en el artículo 121 LC referida a la existencia de pactos de sindicación del crédito. En tal caso, se computará a los efectos de constitución y aprobación del convenio el importe total del crédito sindicado si efectivamente votase a su favor un porcentaje de al menos el 75 % del pasivo sindicado, y siempre que el porcentaje no fuese inferior aplicando las reglas internas del préstamo sindicado. La atribución de una regla de mayoría en la decisión del pasivo sindicado, contemplada con menor claridad, en la DA 4.^a de la

¹⁸ Es partidaria de la misma tesis PULGAR EZQUERRA, J.: «Ley 17/2014 de medidas urgentes...», *op. cit.*, pág. 12.

¹⁹ Una defensa de la posibilidad de una extensión de efectos exclusiva para los acreedores con garantía real lo encontramos en NIETO DELGADO, Carlos y YÁÑEZ EVANGELISTA, Javier: «Refinanciaciones: rescisión y extensión de efectos tras la Ley 14/2013 y el Real Decreto-ley 4/2014», *Anuario de Derecho Concursal*, n.º 32, mayo-agosto de 2014, pág. 182.

LC, tal como fue redactada por el Real Decreto-ley 4/2014, tiene un ámbito de aplicación acotado en la norma a los meros efectos de constitución y aprobación del convenio. La misma regla resulta de aplicación a los efectos de computar la totalidad del pasivo sindicado en los porcentajes exigidos por el artículo 134.2 de la LC para arrastrar a los acreedores privilegiados disidentes.

En segundo término, se introduce una clasificación de los acreedores privilegiados, tanto generales como especiales. Se distinguen cuatro categorías según la naturaleza del acreedor: financieros, laborales, públicos y resto de acreedores. A los efectos de incluir a cada acreedor privilegiado en cada una de las categorías, simplemente debemos tomar en consideración tres notas. En primer lugar, que el Fogasa, pese a ser un acreedor público, se incluirá en la categoría de acreedor laboral, cuando se subroga en la posición del trabajador por haber pagado a este, tal como resulta de lo dispuesto en el artículo 97.3 de la LC y 33 del Estatuto de los Trabajadores. En segundo lugar, que el concepto de acreedor financiero, entendido como acreedor de un endeudamiento financiero, se debe equiparar al acreedor titular de un pasivo financiero al que se refiere la DA 4.º de la LC. Finalmente, y respecto de los acreedores públicos, se incluirá a quienes resulten titulares de un crédito público, en los términos que fue definido por la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de julio de 2013²⁰.

La clasificación de los acreedores en categorías tiene relevancia en dos ámbitos. Por un lado, para calcular las mayorías de arrastre que permitan extender los efectos a los acreedores privilegiados y, por otro lado, para la determinación de cuándo nos encontramos ante un convenio no gravoso, que permite no abrir la sección de calificación, conforme resulta del artículo 167 de la LC, precepto este que también ha sido modificado por el Real Decreto-ley 17/2014. En este apartado nos centraremos en la primera de ellas.

Con antecedentes en el Derecho alemán, el artículo 134.2 de la LC establece una posibilidad de arrastre de los acreedores privilegiados, en función

del porcentaje de ese pasivo privilegiado que vote a favor del convenio. Esos porcentajes serán del 60 % o del 75 %, según se trate de las medidas de la letra a) o b) del artículo 124, respectivamente. Esta posibilidad de arrastre había sido previamente introducida en la homologación de los acuerdos de refinanciación por el Real Decreto-ley 4/2014. Ahora bien, en el caso del convenio, el cálculo de las mayorías se realiza individualizadamente para cada una de las clases y además computada de forma individual para acreedores con privilegio general y acreedores con privilegio especial. La exigencia de esas mayorías diferenciadas para cada una de las clases, dificulta la extensión de los efectos del convenio a los acreedores privilegiados, pues cada una de las clases presentará un interés homogéneo y, además, podrá suponer que la extensión de los efectos se extienda a una determinada categoría de acreedor privilegiado con exclusión del resto.

3.3 · Régimen transitorio de los convenios en fase de cumplimiento

Finalizamos este trabajo haciendo una breve referencia al régimen transitorio de los convenios concursales en fase de cumplimiento. La DT 3.ª del Real Decreto-ley 11/2014 contiene una previsión específica referida los convenios que se estén cumpliendo al tiempo de promulgarse esa norma.

La regla general contenida en la norma consiste en que esos convenios habrán de cumplirse en los términos que se hubieran aprobado. Sin embargo, contempla la posibilidad transitoria de que el contenido de tales convenios pueda modificarse, ajustándose cualquier de los supuestos contemplado en el artículo 124, al que hemos hecho referencia anteriormente. Para ello será necesario que la posibilidad de modificación sea instada por el deudor o sus acreedores representativos del 30 % del pasivo como disyuntiva al incumplimiento del convenio, dentro de los años posteriores a la promulgación del Real Decreto-ley 11/2014 y, además, obtenga el respaldo de los acreedores ordinarios, en un porcentaje del 60 % en el caso de las medidas del artículo 124.2a) y 75 % en el caso de las medidas del artículo 124.2b) y de los acreedores privilegiados con un porcentaje del 65 % y 80 %, respectivamente, en el caso de que pretendan extenderse a los mismos los efectos previstos en el convenio. Una vez alcanzadas las mayorías exigidas se extiende a los acreedores privilegiados disidentes y subordinados, salvo los acreedores públicos. Aunque esa posibilidad de modificación del convenio en trámite es una novedad en nuestra

²⁰ La citada sentencia considera que el privilegio general del artículo 91.4 comprende dos tipos de créditos, como son los tributos y otros derechos de contenido económico que cumplan estos dos requisitos: i) sean titularidad de la Administración General del Estado o sus organismos autónomos; y ii) deriven de potestades administrativas.

legislación, ya contábamos con precedentes en la práctica judicial²¹.

Esta regulación legal plantea numerosos interrogantes. En primer lugar, la referencia al incumplimiento del convenio, como escenario que permite su modificación, ha de entenderse en sentido amplio. Por lo tanto, basta que el deudor contemple que no podrá hacer frente al cumplimiento del convenio para poder instar la modificación del convenio. No queda claro si los acreedores solo podrán instar la modificación del convenio cuando se no se atiende el pago de sus créditos como una alternativa a la declaración de incumplimiento, aunque parece que ese es el sentido que tiene la atribución de legitimación al acreedor. Por otro lado, la norma condiciona la posibilidad de modificar el convenio a una efectiva situación de incumplimiento del convenio o al menos de imposibilidad de cumplir. En segundo lugar, no se indica cuál es el porcentaje del pasivo que está legitimado para instar la modificación o, mejor dicho, si ha de tratarse de pasivo ordinario. Creo que la respuesta ha de ser positiva, pues eran los acreedores inicialmente afectados por el convenio en fase de cumplimiento y los que pueden proceder a su aprobación, tal como resulta del artículo 124 LC. En tercer lugar, parece complejo que, en concursos con un volumen de acreedores muy elevado, se pueda realizar un traslado de la propuesta de modificación, y tampoco aclara la norma en qué forma ha de practicarse ese traslado, mediante comunicación individualizada o una publicación en el *BOE* o en el *RPC*. En cuarto lugar, la clasificación de los acreedores privilegiados en clases es una novedad del Real Decreto-ley 11/2014, por lo que no está debidamente realizada tal clasificación en la masiva afectada por ese convenio, si la norma pretende realizar el cómputo de las mayorías por razón de clases de acreedores, parece necesario realizar previamente esa clasificación, y en ese caso

debería reconocerse a los acreedores el derecho a discrepar respecto de esa clasificación. Tampoco especifica la norma si en tales casos se podrá realizar un ajuste al valor del crédito privilegiado al valor razonable de la garantía y qué vías de revisión tendrán esas actuaciones. Finalmente, tampoco aclara si existe un derecho de oposición por el acreedor disidente respecto de la modificación del convenio, en los mismos términos que lo previsto en el artículo 140 LC respecto de la oposición a la aprobación del convenio, o simplemente tiene derecho a no adherirse. Entiendo que una interpretación acorde con el derecho a la tutela judicial efectiva configura esa oposición en términos amplios y, por lo tanto, no se limitara a manifestar la voluntad contraria a la aceptación de la modificación del convenio, sino que podrá esgrimir las causas por las que no se puede proceder a aprobar esa modificación. En relación con esas causas de oposición, debemos entender que se extienden a la falta de mayorías necesarias para instar la modificación, la falta de mayorías necesarias para su aprobación o, en su caso, para extender los efectos a los acreedores disidentes, infracción legal del contenido por contemplar unos efectos distintos de los previstos en el artículo 124 LC o infringir una norma imperativa o incluso falta de viabilidad del concursado, sin que sea necesario que reúnan el 5 % del pasivo al que se refiere el artículo 128 LC. En todo caso, es criticable la exclusión que se hace del crédito público, introduciendo una diferencia de trato totalmente injustificada con el resto de acreedores y que además no se corresponde con el trato que al acreedor público se le da en el concurso.

Observamos por tanto, que la aplicación de esta disposición transitoria presenta no pocos problemas interpretativos, que por razones de espacio no podemos examinar y que nos limitamos simplemente a poner de manifiesto.

²¹ Debe destacarse el novedoso Auto del Juzgado Mercantil Nº 3 de Barcelona de 11 de Junio de 2013 en el que se admite la proyección de la modificación de un convenio concursal al restante 10% de acreedores financieros que no habían manifestado expresamente su disidencia, habiéndose manifestado la conformidad con la misma por el restante 90% de tales acreedores financieros.