

Concursalidad, cesión y pignoración del crédito de ENAGÁS en el Proyecto “Castor”

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Fin del Proyecto “Castor”, costes y crédito de ENAGÁS

El Real Decreto-Ley 13/2014, de 3 octubre, adopta medidas urgentes en relación con el sistema gasista. En su virtud, se hibernan definitivamente las instalaciones del almacenamiento subterráneo de gas conocido por «Castor», se declara extinta la concesión correspondiente de la Ley de Hidrocarburos, se asigna la gestión del almacenamiento a la empresa ENAGÁS TRANSPORTE SAU y se impone *ex lege* a esta sociedad la obligación de pagar a la concesionaria la cantidad de cerca de 1400 millones de euros, de una sola vez, aparte de la asunción de los costes de gestión del almacenamiento. ENAGÁS dispondrá de un derecho de cobro “privilegiado” contra el *sistema gasista* para resarcirse de ambos pagos con cargo a la facturación por peajes de acceso y cánones del sistema gasista durante 30 años, hasta la total satisfacción del importe correspondiente al pago y a la retribución financiera. El derecho de cobro se abonará con independencia de que subsista o no la hibernación de la instalación durante el plazo fijo de 30 años y comenzará abonarse a partir de la primera liquidación del sistema gasista correspondiente a la facturación mensual por peajes de acceso y cánones devengados desde el 1 de enero de 2016. La Orden del Ministro de Industria, Energía y Turismo en la que se aprueben los peajes y cánones asociados al acceso de terceros y las retribuciones reguladas en el sistema de gas natural reconocerá de forma expresa la anualidad correspondiente para hacer frente a dicho derecho de cobro.

La satisfacción del derecho de cobro anual se realizará a través de los pagos que realice el órgano competente en materia de liquidaciones del sistema gasista. Para ello, el órgano competente en materia de liquidaciones del sistema gasista comunicará a los respectivos sujetos del sistema de liquidaciones el importe que deberán ingresar en la cuenta que dicho órgano abrirá en régimen de depósito a este exclusivo objeto. En caso de impago, total o parcial por parte de un sujeto del sistema de liquidaciones, dicho órgano descontará al sujeto incumplidor la cantidad impagada de sus derechos de cobro resultantes de la liquidación, en la siguiente liquidación o posteriores, si fuese necesario. Dichas cantidades serán transferidas a la cuenta a la que se ha hecho referencia. El derecho de cobro será firme y no se verá afectado por el incumplimiento por ENAGÁS TRANSPORTE SAU de sus obligaciones previstas en el RDL 13/2014 ni de cualesquiera otras. Este derecho no podrá ser objeto de compensación, retención ni deducción alguna.

Se comprende la voluntad del Gobierno de privilegiar en lo posible el crédito de ENAGÁS, mediante la creación de una especie de cuenta separada, el reforzamiento que supone su calificación de “incompensable” y la declaración de su naturaleza privilegiada entre los créditos del sistema gasista. Pero no satisfecho con estas concesiones, el art. 5 del RDL 13/2014 introduce privilegios especiales frente al Derecho privado común concursal y convierte en “garantía financiera” la pignoración de este crédito contra el sistema gasista. Sólo voy a comentar los extremos concursales de la norma.

2. Innovaciones concursales

Personas especialmente relacionadas

De acuerdo con el art. 5.4 RDL 13/2014, el crédito con cargo al sistema gasista "será libremente disponible por ENAGÁS TRANSPORTE, S.A.U., o sus ulteriores titulares y, en consecuencia, podrá ser, total o parcialmente, cedido, transmitido, descontado, pignorado o gravado a favor de cualesquiera terceros, incluyendo fondos de titulización de activos u otros vehículos o sociedades de propósito especial, nacionales o extranjeros, que en ningún caso tendrán la consideración de personas especialmente relacionadas con el titular cedente o pignorante a efectos de lo previsto en los artículos 93 y concordantes de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, con sujeción a las leyes generales y en este artículo".

En realidad, no está claro qué es lo que quería decir el legislador con esta regla. Uno podría pensar que el autor de la norma se ha inspirado en el artículo 36.4 h) de la Ley 9/2012, que blinda los créditos transmitidos a la SAREB en caso de que ésta o su cedente fueran accionistas del deudor contra el cual aquélla dispone del crédito adquirido por cesión de las entidades financieras intervenidas o reestructuradas¹. Es difícil encontrar analogía entre ambos supuestos, pero, sobre todo, es difícil encontrar la ratio en esta disposición.

¿Quién es el sujeto "concurtido" a los efectos de esta norma, quién es el sujeto respecto del cual ENAGÁS o sus cesionarios pudieran ser calificados, en su caso, de acreedores especialmente relacionados? No puede serlo el "sistema gasista", incapaz de quebrar, por no reunir siquiera la condición de sujeto jurídicamente imputable en régimen de capacidad jurídica ordinaria. Los "deudores" del sistema gasista no son tampoco frente a ENAGÁS los deudores del crédito del art. 5- lo son frente al "órgano liquidador del sistema"-, ni lo son los consumidores finales, aunque finalmente el coste de "Castor" vaya, como siempre ocurre, a la tarifa. Y si el concursado es ENAGÁS, el sistema se escapa enteramente del esquema del art. 93 de la Ley Concursal, porque estaríamos

ahora refiriéndonos al concurso del cedente del crédito en cuestión y no al concurso del deudor final de ese crédito. No sería preciso introducir ninguna prevención frente a la aplicación del art. 93 "y concordantes", en la medida en que éstos están suponiendo la hipótesis de un acreedor especialmente relacionado con el concursado que posteriormente cede su crédito a otro sujeto *prima facie* no especialmente relacionado con el concursado.

Pero todavía es posible encontrar un sentido a esta referencia hecha al art. 93 LC. Tenemos que suponer hipótesis en las que el cesionario del crédito gasista sea al mismo tiempo acreedor del cedente (ENAGÁS) por algún concepto relacionado con la cesión. Es decir, que reúna la doble condición de acreedor concursal y cesionario del crédito del sistema gasista. Las posibilidades son dos. O bien el cesionario es acreedor preexistente o concomitante de ENAGÁS por cualquier otro concepto, y el crédito gasista es pignorado en garantía de aquél, o bien la cesión del crédito gasista se ha producido *pro solvendo* y el cesionario no pudo cobrar del sistema gasista, reactivándose el crédito de saneamiento de la *bonitas nominis* contra el cedente. En la hipótesis considerada, el cesionario y acreedor de ENAGÁS sería un *insider* de ENAGÁS – o resultaría haberlo sido el cedente intermedio de este tenedor si hubo cesiones sucesivas-, es decir, es un sujeto especialmente relacionado del art. 93 LC. Suponiendo estas condiciones como dadas, el privilegio que crea esta norma sería el de conferir a todo y cualquier titular actual del crédito cedido por ENAGÁS el blindaje concursal de su crédito de regreso contra la concursada ENAGÁS, sean cuales fueran las relaciones personales que unan al titular actual con el concursado o las que unieran con el concursado a los cesionarios intermedios de este crédito. En otras palabras, cualquiera sea la naturaleza del crédito que este cesionario tuviera contra ENAGÁS y su consideración concursal, la titularidad del crédito gasista del Proyecto "Castor" sirve para borrar cualquier calificación de subordinación concursal.

No estoy seguro que éste haya sido el propósito original de la norma. Pero, de haber acertado, quedaría todavía una observación digna de

¹ Cfr. CARRASCO PERERA, *La SAREB se hurta a la calificación concursal subordinada de los créditos adquiridos*, Análisis GA&P, <http://www.gomezacebo-pombo.com/media/k2/attachments/la-sareb-se-hurta-a-la-calificacion-concursal-subordinada-de-los-creditos-adquiridos.pdf>; y también CARRASCO PERERA, *Sobre la subordinación concursal de los créditos cedidos por la SAREB*, El Notario del siglo XXI, enero/febrero 2014.

nota. Y es que el alcance de la norma –supuesta la quiebra de ENAGÁS TRANSPORTE SAU– sería la de hacer inaplicable en este contexto incluso la excepción que se hace en la Ley 9/2012 al sistema de blindaje del “entorno de la SAREB”, a saber, *“El régimen previsto en este apartado será también de aplicación a quienes, por cualquier título, adquieran los créditos de la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, salvo que, con independencia de las circunstancias de la transmisión, ya concurra en el adquirente alguna de las causas de subordinación previstas en el artículo 92.5º en relación con el artículo 93 de la Ley Concursal, en cuyo caso la calificación de los créditos será la que proceda conforme a las reglas generales”*. En nuestro caso, muy bien puede ocurrir que un acreedor *insider* de ENAGÁS se hiciera ceder o pignorar el crédito “Castor” con el solo objetivo de quitarse de encima la mancha de subordinación.

Se podrá reargüir que no está en el horizonte de lo posible que ENAGÁS TRANSPORTE vaya a ser declarada en concurso en algún momento. Y es verdad que no parece cosa posible. Pero nada impide que el primer cesionario del crédito “Castor” sí sea un sujeto “concurrible” y que este crédito haya sido a su vez cedido a un tercero que es *insider* del cedente intermedio. Aquí sí se manifiesta la utilidad de una norma como la comentada.

Derecho de separación

El apartado 5 del artículo 5 del RDL 13/2014 se despacha con un discurso más propio de los tiempos anteriores a la Ley Concursal de 2003: *“en caso del concurso del cedente, los cesionarios iniciales o ulteriores gozarán de un derecho absoluto de separación en los términos prevenidos en el artículo 80 de la Ley Concursal”*. En nuestra opinión, el derecho de separación dependerá de las circunstancias del supuesto de hecho. Si la cesión del derecho de cobro no se ha hecho con carácter pleno, sino únicamente con carácter legitimatorio, de forma que el cesionario no dispone más que de un mero mandato de cobro por cuenta del cedente, es dudoso que pueda separarse el derecho de crédito de la masa del concurso. Lo mismo ocurrirá si se trata de una cesión en garantía: tampoco podría separar su derecho ex art. 80 LC, al no ser su titular pleno, sino un acreedor legitimado a ejecutar la garantía (financiera, como se verá más adelante) en caso

de incumplimiento. Por tanto, el derecho de separación no puede tener el alcance absoluto que parece querer conferir el precepto. Y si se trata de una cesión plena “auténtica” – y es aquí donde radica el problema de la resistencia concursal de estas cesiones– la norma nueva es redundante, porque el derecho de separación es atributo propio de toda titularidad de un derecho absoluto adquirida conforme a Derecho. También el resto de cesionarios plenos de créditos disponen de este derecho.

Puestos en la tesitura de introducir privilegios al crédito que tiene que “tragarse” ENAGÁS TRANSPORTE SAU, hubiera tenido más sentido que se hubieran excluido estas cesiones de la rescisión concursal ordinaria del art. 71 LCon.

Pignोरación de créditos futuros

Reza al respecto el art. 5 RDL 13/2014:

“En particular:

- a) *no será aplicable a la misma la última frase del artículo 90.1.6º de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal;*

La exclusión de la aplicación del art. 90.1.6º LC a la garantía financiera “gasista” comporta varias consecuencias; ninguna de ellas directa, pero todas sobreentendidas indiscutiblemente por la norma, que, además, *no tiene más remedio que gozar del status de interpretación auténtica del art. 90.1.6º LC*, a menos que sigamos jugando con este precepto al ratón y al gato del “ninguneo” sucesivo, como se observa en la jurisprudencia concursal reciente. Queremos decir: si es cierto que una norma “sectorial” no puede derogar una norma “sustancial” mediante el expediente de una simple interpretación *a contrario*, nada impide que una norma de aquella clase pueda cursar, sin embargo, como interpretación auténtica de la norma sustancial.

La norma confirma que la interpretación acertada del art. 90.1.6º LC es la teleológica, según la cual el precepto concursal se referiría a la prenda sobre créditos futuros, dado que el único crédito al que alude el art. 5 del RDL 13/2014 es el derecho de cobro pignorado y no se cuestiona un eventual derecho de crédito garantizado, al que no dedica atención alguna. La llamada interpretación “literal” del art. 90.1.6º LC, que hoy es sin duda la prevalente en la jurisprudencia concursal,

pero que *ningún juez sinceramente se cree*, ha sido empleada como un instrumento de estrategia de eliminación de cualquier sentido al art. 90.1.6º LC. Lo que se quiere es privar de cualquier espacio al precepto en cuestión; no se pretende conferirle un sentido determinado. Lo cual en el fondo no puede merecer una crítica severa de nuestra parte, porque fuimos los primeros en proponerlo², por más que no sea la misma la posición del académico y del juez frente a las exigencias del principio de legalidad. Es evidente que si el acreedor concede nuevo crédito al deudor después del concurso, la cobertura de este crédito por una prenda pretérita (si se pactó así) no puede depender de ningún registro, porque si el crédito se ha contraído correctamente, habrá sido con intervención de la administración concursal y además es casi seguro que ostenta la condición de crédito contra la masa.

Segunda consecuencia implícita es que, si resulta precisa y no ociosa una derogación singular del art. 90.1.6º LC, será porque en otro caso se aplicaría dicha norma al crédito gasista pignorado. Si es cierta esta tesis, ello comportaría también que el legislador gasista ha querido “tumbar” la tesis intermedia sobre la eficacia de la prenda de los créditos futuros en concurso. Pero resulta que también la llamada “tesis intermedia” es la prevalente hoy en nuestra jurisprudencia, en la estrategia de “ninguneamiento” del art. 90.1.6º LC a que nos hemos referido. Por ejemplo, la reciente SAP Alicante, Secc. 8ª, de 22 julio 2014, que confirma la validez de la garantía sobre RPA del concesionario público, defendiendo a la vez la interpretación literal del art. 90.1.6º LC y la doctrina “intermedia”, concluye que el crédito de RPA estuvo suficientemente determinado antes del concurso de la concesionaria. Doctrina no

segura – en nuestra opinión, “peor el remedio que la enfermedad”-, como demuestra la muy ponderada SJMer Madrid n. 6 de 23 junio 2014, por citar otra muy reciente.

El tercer postulado implícito de la norma gasista no es de menor empaque. Y tampoco puede tildarse de “absurdo”. La exclusión del art. 90.1.6º LC, interpretada a contrario, significaría que las garantías financieras “estándar” no pueden extenderse sobre los créditos futuros que no hayan sido aportados antes del concurso, pese a que la última sentencia de la Sección 15ª de la AP de Barcelona ha sostenido lo contrario en el caso SPANAIR³. La afirmación que hacemos también es apoyada por la SJMer Madrid n. 6 de 23 junio 2014, que cuestiona el alcance concursal pretendido de algunas de las prendas sobre las cuentas de proyecto y, sosteniendo la interpretación “correctora” del art. 90.1.6º LC, llega a la conclusión de que deben excluirse de la garantía todos los importes ingresados con posterioridad a la apertura del concurso, en cuanto que la garantía sobre los mismos no fue inscrita en un Registro público, tal como lo requiere el precepto citado. Aunque no niega el carácter de garantías financieras que le atribuyen los acreedores, insiste en que la garantía no puede abarcar la totalidad de los ingresos de explotación regular posteriores al concurso, salvo que se hubieran inscrito en un Registro anteriormente. La sentencia considera que puesto que la constitución de las garantías sobre créditos futuros de la concursada comporta que tales ingresos quedan afectos al abono de unos concretos acreedores, el legislador ha querido que se diese publicidad registral de tal modo de que los terceros quedasen advertidos de la afección de los ingresos futuros del deudor.

² CARRASCO PERERA y TORRALBA MENDIOLA, *Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal*, Diario La Ley, Nº 7727, 2011.

³ Sentencia de 3 abril 2014; cfr. LYCZKOWSKA, *El caso Spanair o cómo blindar la prenda del saldo de una cuenta en el concurso*, Diario La Ley, 19 junio 2014, Diario La Ley, Nº 8336, 2014