

La ejecución de garantías reales en la situación de acuerdo homologado incumplido y la regla 11 de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal

Ángel Carrasco Perera

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

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Producido el incumplimiento del acuerdo de refinanciación homologado, el juez lo declarará y los acreedores podrán instar la declaración de concurso (si procede) o iniciar ejecuciones singulares. Mas ¿qué créditos —los nuevos o los viejos— se ejecutan? Especialmente problemático es el asunto si se trata de ejecución de garantías reales, porque la norma supone que existe una posibilidad de que éstas sean incluso resueltas.

La digresión

(1) La regla 11 de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal (LCon) contiene una regla que me parece extraña y que, en mi opinión, no ha sido hasta ahora considerada con el suficiente grado de detalle por los comentaristas (quizá porque mi extrañeza se revele injustificada y resulta que el sentido de la norma sea obvio). La norma dice así en lo que importa aquí:

En caso de no cumplir el deudor los términos del acuerdo de refinanciación [homologado judicialmente; en adelante, ARH], cualquier acreedor, adherido o no al mismo, podrá solicitar, ante el mismo juez que lo hubiera homologado, la declaración de su incumplimiento, a través de un procedimiento equivalente al incidente concursal, del que se dará traslado al deudor y a todos los acreedores comparecidos para que puedan oponerse a la misma.

Declarado el incumplimiento, los acreedores podrán instar la declaración de concurso de acreedores o iniciar las ejecuciones singulares. La sentencia que resuelva el incidente no será susceptible de recurso de apelación.

Si se ejecutasen las garantías reales, y salvo que en el acuerdo se hubiese pactado que en caso de incumplimiento tendrá lugar su resolución, resultarán de aplicación las siguientes reglas:

Advertencia legal: Este análisis 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.

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

a) [...]

b) Si la cantidad obtenida en la ejecución fuese menor que la deuda originaria, o del saldo pendiente de la misma de no haberse producido el acuerdo, pero mayor que la resultante de la aplicación del apartado 4 anterior, se considerará que no hay sobrante ni remanente, haciendo el acreedor suya toda la cantidad resultante de la ejecución.

c) [...]

(2) La declaración de incumplimiento de convenio no comporta una resolución implícita del acuerdo de refinanciación homologado judicialmente ni tampoco (textualmente al menos) un fundamento para que los acreedores, adheridos o no, puedan solicitar, «por una especie» de incidente concursal, la resolución de dicho acuerdo, aunque esto parece probable (al menos, si la resolución se ha pactado). Compárese con el artículo 140.4 de la Ley Concursal («La declaración de incumplimiento del convenio supondrá la resolución de éste y la desaparición de los efectos sobre los créditos a que se refiere el artículo 136»), lo que comportará la apertura de la fase de liquidación del concurso ya abierto (art. 143.1 LCon). Repárese en que en tal acuerdo de refinanciación no basta el incumplimiento del deudor para que los acreedores puedan «iniciar ejecuciones singulares» ni ejecutar las garantías reales, para lo que será precisa la declaración (¿sentencia declarativa?) de incumplimiento. Dejando ahora fuera de consideración el párrafo tercero y las garantías reales (que parece ser la *mater rixarum* del evento) y si partimos de una consideración libre de perjuicios, las *ejecuciones individuales* que se inician tras el incumplimiento *deberían ser* las de créditos, afectados o novados en el acuerdo de refinanciación homologado, siempre que tales créditos existan aún (quita, espera; no capitalización, conversión en valores o préstamos participativos), porque dicho acuerdo no está resuelto y porque a los acreedores sólo les queda como medida alternativa, según la norma, solicitar el concurso, *que tampoco resuelve* el acuerdo. El efecto novatorio sobre los créditos históricos seguiría, parece, produciéndose. En consecuencia, la norma estaría refiriéndose a una acción de cumplimiento («ejecución») del acuerdo incumplido.

(3) Sin embargo, ya esto que se acaba de adelantar es problemático. En un excelente libro recién publicado (*La homologación judicial de acuerdos de refinanciación*, 2016) Fernando AZOFRA da a entender que las ejecuciones singulares de la norma son las de los créditos históricos —no pocos comentaristas presuponen también esto— y se presupone como contingencia que «el AR homologado [...] ha de sobrevenir ineficaz a consecuencia del incumplimiento» (pág. 231); con todo, también se dice que es la ejecución de las garantías reales del párrafo tercero la que «exonera (a sus titulares) del efecto novatorio del ARH» (*ibid.*), una suerte de «eficacia sanatoria [de la deuda antigua] postrera de la garantía real» (pág. 233). También PULGAR EZQUERRA, en unas páginas dedicadas a la resolución del acuerdo de refinanciación homologado («De otro lado, los acreedores pueden optar por iniciar ejecuciones singulares de cualquier clase, ordinaria o de garantías reales y, dentro de esta última, judicial o extrajudicial ante notario, que se paralizaron por efecto de la homologación. De ello se infiere que, incumplido el acuerdo de refinanciación, se desactiva *ex lege* en un modo implícito la eficacia de las esperas eventualmente pactadas, y de ahí la recuperación por los acreedores de su facultad de iniciar ejecuciones singulares», *RDBB* 141/2016).

(4) Estando así las cosas, pasamos al párrafo tercero. Es ya sospechoso (yo nunca lo he oído antes) que se pueda hablar de «resolución» de garantías reales. Y más aún que un acuerdo de refinanciación homologado comporte una resolución de este tipo, que no puede ser el contenido de ninguna regla de «arrastré» de los apartados 3 y 4 de la disposición adicional (¿qué acreedor se prestaría a consentirlo sin que se le dieran garantías equivalentes?). ¿Pero entonces qué se resuelve? Según AZOFRA, se resolverían las garantías reales, que no podrían ser ejecutadas, aunque reconoce (pág. 235) que la cosa sólo tiene sentido *práctico* respecto de las garantías establecidas en el propio acuerdo (las que aquí llamamos «garantías nuevas»). Pero tampoco es suficientemente expresivo el artículo 140. 4, párrafo segundo, de la Ley Concursal, aunque en una primera lectura uno tiende a pensar que lo que se ejecuta tras el incumplimiento del acuerdo son las garantías por los créditos históricos (las «garantías viejas» u originarias) («No obstante lo anterior, reza la norma, 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»). Se daría aquí por supuesto que hay garantías, y en modo alguno se hubiera dado por supuesto de tratarse de garantías nuevas por créditos nacidos de convenio.

(5) Claro, que siempre cabría una vía híbrida: las «nuevas» garantías pueden, tras la declaración de incumplimiento, ejecutarse para satisfacción de los viejos créditos. Me refiero luego a ello. Pero antes voy a completar la cita de la regla 11 con la descripción de las reglas contenidas en los apartados a, b y c del párrafo tercero. No voy a reproducir estas reglas prolijas. Básicamente —en conjunción con el art. 155.5 LCon—, contienen la afirmación fundamental de que, si el producto de ejecución (singular) de la garantía es superior al «valor del apartado 4» (remisión oscura sobre la que vuelvo luego), pero igual o inferior al máximo de responsabilidad previsto en la garantía, el ejecutante hace suyo el exceso. Pero claramente se refieren a la «deuda originaria», que funciona en este punto como tope. Es decir, se trata de garantías que se están ejecutando, acaso, por deuda nueva o deuda vieja, pero que en cualquier caso sólo generan «sobrante» si su producto es superior al de la «deuda originaria».

(6) Vuelvo a la remisión que se hace al valor resultante de aplicar el «apartado 4». Textualmente, al valor de la deuda después de alguna de las medidas previstas en el apartado 4. Pero realmente sólo puede tratarse de una medida de quita, porque en las demás es imposible ese cálculo de sustracción, salvo que entendamos que la remisión es un error y se refiere al «apartado 2» y al concepto de «valor de la garantía», allí establecido. Así lo creo, y creo que el «sobrante» que se queda el ejecutante es la cifra que resulta de restar al producto de ejecución el «valor de la garantía». Se queda lo que obtiene con la ejecución, aunque esté por encima del valor de su garantía en términos del apartado 2.

(7) Observemos que, en cualquiera de las hipótesis que imaginemos, la «deuda originaria» no ha sido restaurada por una especie de resolución retroactiva.

(8) Vamos a trabajar de momento con las dos hipótesis más plausibles. A favor de que las «garantías reales» del párrafo tercero sean las que eventualmente hayan sido creadas en el acuerdo de refinanciación homologado persuade la referencia a la «resolución». Ya he dicho que, salvo extrema impropiedad, una garantía real no puede ser «resuelta» por principio. Y no puede ser resuelta (o lo que sea) sin consentimiento de su titular, sin que valgan al respecto las mayorías de la regla 4 de la disposición adicional cuarta. Sólo puede ser resuelto el acuerdo de refinanciación homologado *y, con él, las garantías que incorpora como nuevas*. Por tanto, las letras *a, b y c* del párrafo cuarto se referirían a las garantías nuevas «no resueltas». Se dirá que ello es imposible, porque las letras *a, b y c* se refieren a una ejecución que excede (o no excede) de la «deuda originaria». Pero no existe en ello ninguna contradicción. Es posible que el acreedor «recupere» el crédito viejo y ejecute para su satisfacción la garantía nueva.

(9) Mas ¿qué pasaría entonces con las garantías viejas concertadas para satisfacción de los créditos que fueron objeto de quita, espera, recapitalización, etcétera? En realidad no podrían hacer nada, porque el acuerdo de refinanciación homologado no está resuelto, el crédito está novado y con este crédito novado se entrará en el concurso subsiguiente, si se declara. Salvo que el acreedor pidiera la resolución de dicho acuerdo, cosa posible, se supone. Pero, aún y con eso, reaparecen problemas insalvables, como se dirá.

(10) La segunda hipótesis es que las garantías reales del párrafo tercero sean aquellas de que gozaban los créditos objetos de novación por el acuerdo de refinanciación homologado. Resulta entonces que, sin necesidad de resolución de tal acuerdo, los acreedores pueden ejecutar sus créditos previos a la novación y proceder con el «producto», «sobrante» o «remanente» de la ejecución como establecen las letras *a, b y c*. Pero estas garantías viejas no pueden ser «resueltas» con la «resolución» del acuerdo de refinanciación homologado

(11) Suponiendo que hubiéramos alcanzado un acuerdo sobre cuál es el sentido del párrafo tercero de la regla 11, todavía nos encontramos con una objeción, que parece insalvable cualquiera sea la interpretación elegida. Si la quita o espera no figuran en el Registro de la Propiedad, si la garantía real no se ha cancelado por su conversión acordada (y homologada) en préstamos participativos, con capitalización o de valores, entonces la cosa se hace llevadera. Pero, si ha ocurrido lo contrario, es claro que no se puede eliminar (por novación del asiento i y con eventual pérdida de rango!) la quita o espera sin una resolución judicial que declare nulos los asientos en que aquellas se contienen; es decir, una resolución judicial que resuelva el acuerdo de refinanciación homologado y que ordene la práctica de un asiento de rectificación. ¡Y cuidado, que, según algunos comentaristas (*vgr.* PULGAR EZQUERRA), tal acuerdo sólo es resoluble si así se ha pactado en su aprobación! La reconversión en hipoteca de un crédito participativo me resulta problemática: pero lo que va de cierto es que no se puede ejecutar la garantía vieja ni la nueva ni hablar de «deuda originaria» si el crédito que constaba de garantía real fue capitalizado, salvo que imaginemos un proceso judicial previo de descapitalización y reducción de capital. Es cierto que la situación no es muy distinta de la que se suscitaría en un convenio concursal con arrastre de acreedores con privilegio especial, pero por lo menos aquí ha existido declaración de concurso.

La propuesta

- (12) Las garantías existentes para seguridad de los créditos «preacuerdo» no pueden ser «resueltas» (sin asentimiento del titular) porque la extinción de estas garantías no puede ser contenido directo (sí, por ejemplo, por capitalización acordada, al desaparecer el crédito garantizado) del acuerdo de refinanciación homologado ni de la declaración de incumplimiento de éste ni de su resolución.
- (13) Por tanto, estos acreedores podrían ejecutar sus garantías históricas por sus créditos históricos con la sola declaración de incumplimiento de dicho acuerdo.
- (14) Las garantías que pueden ser resueltas son las creadas *ex novo* por el acuerdo de refinanciación homologado. Y sólo en la medida en que éste sea también resuelto. Hablo de una garantía creada *ex novo*, por ejemplo, cuando en consideración a la quita se añade una (nueva) garantía mobiliaria. Pero si la hipoteca aseguraba 1000 y la quita deja en 700 aquella hipoteca, ahora en seguridad de 700, es garantía vieja.
- (15) En tanto el acuerdo de refinanciación homologado no esté resuelto, los acreedores pueden iniciar ejecuciones singulares (ordinarias o garantizadas) de los créditos tales como están reconocidos en el convenio. Los garantizados pueden también reclamar el cumplimiento de los créditos históricos con las garantías históricas.
- (16) Los titulares de la garantía «vieja» o de la garantía «nueva» que ejecutan pueden patrimonializar todo el sobrante que resulte del exceso de ejecución respecto del «valor de la garantía». La remisión al «apartado 4» es un error.
- (17) Todo lo anterior está sujeto a una restricción fundamental. Si el crédito «homologado» desaparece para convertirse en crédito participativo o para capitalizarse, no hay ejecución posible ni vuelta atrás a pesar de la declaración de incumplimiento, al menos sin un proceso judicial previo y dificultoso en el segundo caso. Si la quita, la espera, etcétera, están inscritas en el Registro de la Propiedad, no se pueden ejecutar de otra forma que como allí figura, salvo que se anule el asiento, para lo que hace falta otro proceso, cuando menos.