

La SAREB se hurta a la calificación concursal subordinada de los créditos adquiridos

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

En la disposición final tercera del Real Decreto Ley 6/2013, sin conexión evidente con el objeto principal de la norma, se introducen modificaciones en el artículo 36.4 de la Ley 9/2012 (de reestructuración de entidades de crédito), con el propósito de fortalecer la posición jurídica de la SAREB como adquirente masivo de los activos tóxicos de las entidades intervenidas.

1. El supuesto de hecho

Según el precepto reformado, los créditos transmitidos a la Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) «no serán calificados como subordinados en el marco de un eventual concurso del deudor, aun cuando la [SAREB] fuese accionista de la sociedad deudora. No obstante, si ya hubiese sido calificado el crédito como subordinado con carácter previo a la transmisión, conservará esta calificación».

La norma está seguramente mal formulada y no pretende decir lo que inmediatamente resulta de su lectura. Con todo, aun después de reconstruido el texto conforme al sentido probable que quiso darle el Gobierno, restan lagunas preocupantes, no sólo para el estatuto jurídico de los créditos concursales de la SAREB, sino para el resto del sistema concursal, afectado indirectamente por el impacto de este estatuto legal presumiblemente privilegiado. Para empezar, esta norma no tendrá eficacia ni podrá producirse el supuesto de hecho regulado hasta que la SAREB adquiera, si lo hace alguna vez, los derechos societarios participativos que las entidades bancarias intervenidas tienen en sociedades de su grupo o sociedades respecto de las que las entidades intervenidas posean una participación accionarial relevante (5 % o 10 %,

según los estándares del art. 93.2.1.º de la Ley Concursal o LC). Esta adquisición es posible, conforme al artículo 35.1 de la Ley 9/2012 y los artículos 6.1 y 12 del Real Decreto 1559/2012, pero todavía no ha sido puesta en ejecución. En el estado presente del proceso de adquisición de activos tóxicos por el «banco malo», la SAREB no está en el caso de ser titular de créditos contra sociedades concursadas y titular de una participación accionarial, relevante o no relevante, sobre dicha sociedad. En consecuencia, la norma no corría mucha urgencia, porque sólo se activará en un futuro que no es claro si llegará.

2. Tres escenarios

En mi opinión, existen tres posibilidades fácticas en que se realiza el supuesto considerado por el legislador.

- *Primera posibilidad*

Si la SAREB adquiriese un crédito *no contaminado* (porque la entidad cedente no fuera un *insider* de la sociedad deudora concursada), es evidente *después de la reforma operada por el Real Decreto Ley 3/2009* que el crédito no devendrá contaminado por el hecho de que en el momento de su adquisición o después adquiera la SAREB la condición

de socio *insider* relevante. Porque la condición subordinada del crédito se determina en el momento del nacimiento del crédito. El artículo 93.2.1.º LC lo hace explícito sólo en el caso que prevé («en el momento del nacimiento del derecho de crédito»), pero debe valer como regla general. Para tal propósito era superflua la reforma operada por el Real Decreto Ley 6/2013. Y peligrosa, porque leída *a contrario* podría hacer pensar a algún entusiasta que para todo cesionario de crédito distinto de la SAREB la situación resultante sería que el crédito adquirido como no contaminado devendría subordinado *ex post*. Lo que no es aceptable, ni antes ni después de la nueva norma.

- *Segunda posibilidad*

Si la SAREB adquiriese un crédito contaminado en origen, pero no adquiriese simultáneamente del cedente la participación accionarial en la sociedad deudora y concursada, la hipótesis se reconduciría al perturbador artículo 93.3 LC, que reza: «Salvo prueba en contrario, se presumen personas especialmente relacionadas con el concursado los cesionarios o adjudicatarios de créditos pertenecientes a cualquiera de las personas mencionadas en los apartados anteriores, siempre que la adquisición se hubiere producido dentro de los dos años anteriores a la declaración de concurso». No voy a prodigarme sobre la interpretación preferible de esta norma y me limito a lo imprescindible para la cuestión presente. Se infiere incuestionablemente que si la SAREB adquiere el crédito con antelación a los dos años pre-concursales, la SAREB no sería un sujeto especialmente relacionado. Si la adquisición se produjera en los dos años previos al concurso, sería fácil para la SAREB destruir la presunción de que se trata de un *insider* del concursado; la forma en que se ha producido *ex lege* la cesión de activos a la SAREB acredita sin más que la operación no ha tenido como causa el propósito de relocalizar un crédito contaminado en el puerto seguro de un *insider* disfrazado de sujeto neutral.

Obsérvese, empero, que el artículo 93.3 trata sólo de la calificación como sujeto relacionado, no de la subordinación del crédito. Es decir, aunque el cesionario del artículo 93.3 LC sea incontestablemente un *outsider* o haya destruido la presunción de estar

especialmente relacionado con el concursado, todavía no está dicho con ello que su crédito ya no sea subordinado. Por mucho que se haya adquirido antes de los dos años pre-concursales —o se haya destruido la amarga presunción—, el crédito nació como contaminado y no se aprecian razones para que no siga mereciendo este trato, porque *el pecado está en la fuente* y ésta sigue siendo la que fue en el momento en que el crédito nació.

La reforma del artículo 36.4 de la Ley 9/2012 debe entenderse, pues, en estos términos. *Sea o no sea la SAREB un acreedor especialmente relacionado con el deudor concursado, no será subordinado el crédito adquirido por cesión aunque este crédito estuviera contaminado en origen por la condición de insider de la entidad financiera cedente. Aquí radica incontestablemente el trato singular de la SAREB, porque elimina una duda interpretativa que el resto de los sujetos cesionarios no puede sacudirse.*

- Tercera posibilidad

La SAREB adquiere un crédito contaminado en origen y adquiere también la participación accionarial relevante en la sociedad deudora y concursada. Es la hipótesis extrema. También en este caso se exonera a la SAREB de la condición de acreedor subordinado. No es extraño. En rigor, no debería tener importancia la condición de acreedor *insider* que corresponda al cesionario, tanto si el crédito está como si no está contaminado en origen, porque la condición del cesionario no altera los términos de este crédito. Pero esto es así en todo caso, y no sólo en el privilegiado de la SAREB. El precepto reformado no puede interpretarse *a contrario* para el resto del sistema concursal ni concluirse que deviene subordinado *ex post* el crédito no contaminado en origen que es adquirido por un sujeto (distinto de la SAREB) especialmente relacionado. Esta regla sólo la instaura la Ley Concursal para el caso de que sea un fiador *insider* el que adquiera por pago subrogatorio el crédito del tercero (art. 87.6 LC) y no se justifica una aplicación analógica.

3. ¿Todas las formas de subordinación?

Recuérdese que el texto legal reformado reza «aun cuando la SAREB fuese accionista

[...]». La norma está suponiendo un supuesto de hecho de subordinación concursal del artículo 92.5 LC, la subordinación derivada de la especial relación entre acreedor y deudor. Pero un crédito puede estar concursalmente subordinado por otras razones distintas de la relación especial de *insider*. Voy a considerar exclusivamente los créditos por intereses (no cubiertos por una garantía real) y los créditos que hubieran nacido subordinados por pacto. Aunque la norma concursal exige que el pacto de posposición lo sea «respecto de todos los demás créditos contra el deudor», la subordinación concursal se produce necesariamente en cualquier pacto de subordinación frente a uno o varios acreedores que no tengan (o en la medida en que ésta no baste) la condición de acreedores con privilegio.

La SAREB no es el Estado. Y aunque lo fuere, *resultaría evidente* que la condición especial de este cesionario «banco malo» no puede subvertir la composición de intereses acordada por el cedente con terceros mediante un acuerdo de subordinación. Pacto muy probable si la entidad financiera *insider* financió a su filial o participada mediante préstamos participativos o subordinados. Es notorio, incluso por razones de tutela constitucional del principio de confianza legítima, que la posición contractual acordada entre partes libres no puede ser alterada *in peius* de un tercero que no haya consentido la cesión del crédito tóxico a la SAREB. Tampoco estaría justificado que los intereses del crédito dejaran de ser subordinados por el hecho de que el crédito fuese adquirido por la SAREB, porque la razón de subordinar estos créditos accesorios no fue la condición singular de su

titular, sino la conveniencia de imponer a todos los acreedores ordinarios sacrificios razonables para repartir las pérdidas del concurso.

4. «Si ya hubiese sido calificado el crédito como subordinado»

La adquisición por la SAREB no alteraría la condición subordinada del crédito «si ya hubiese sido calificado el crédito como subordinado» antes de su adquisición.

La «calificación» debe haberse producido en el momento y proceso relevantes para devenir definitiva, firme. Si el crédito fue calificado como subordinado en la lista de acreedores y ésta no ha sido impugnada por el acreedor, la calificación deviene firme, aunque no lo haya devenido aún la sentencia en el proceso de impugnación de la lista instada por otros acreedores. Si la sentencia de primera instancia no fue apelada por el acreedor, aunque sí por otros, ha devenido firme la calificación. Si la sentencia de rescisión concursal ha recalificado como subordinado el contracrédito del acreedor *in bonis*, así valdrá para la SAREB, aunque la sentencia de rescisión se produzca *después* de la adquisición por la SAREB —repárese que el artículo 36.4 no ha imaginado esta hipótesis—. Si el cedente no incluyó su crédito en el concurso, éste habrá devenido subordinado en el mejor de los casos y puede que incluso haya caducado enteramente como crédito concursal, a tenor de las combinaciones que resultan de los artículos 92.1.º, 96 *bis*, 97 y 97 *bis* LC, aunque la declaración judicial de tales contingencias tenga lugar después de que la SAREB haya adquirido su crédito.