

Sobre la renuncia total o parcial de privilegios especiales ya comunicados como tales en el concurso

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de GA_P

La legislación concursal no ha previsto que un acreedor con privilegio especial pueda comunicar su crédito como ordinario y tampoco que el acreedor que ya aparece en la lista como privilegiado especial pueda renunciar a su privilegio y engrosar a efectos estratégicos (aprobación o no aprobación del convenio) la lista de los acreedores ordinarios. Hay que aceptar semejante posibilidad, incluso más allá del plazo legalmente previsto para modificar la lista de acreedores.

1. Objeto

(1) El objeto de esta nota es examinar si los acreedores con privilegio especial, derivado de la titularidad de una garantía real, pueden renunciar a dicho privilegio y engrosar voluntariamente la clase de los acreedores ordinarios, a efectos de votar el convenio concursal, cuando en origen comunicaron sus créditos como privilegiados especiales. A estos acreedores puede no interesarles permanecer en la clase de los acreedores privilegiados si el valor del privilegio en cuestión —la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) por liquidación concursal— puede ser destruido por la existencia de un convenio de continuidad empresarial, que puede ser tomado por la mayoría de la clase de los acreedores ordinarios. Daría igual que no se reunieran las mayorías de los acreedores privilegiados a que se refiere el artículo 134.3 de la Ley Concursal porque los acreedores de esta clase, que no quedarían «vinculados» al convenio, habrían perdido de hecho el valor económico de sus garantías.

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.

2. Renuncia de derechos

(2) Renunciar a un privilegio (especial) concursal del artículo 90 de la Ley Concursal es una renuncia de derechos del artículo 6.2 del Código Civil. El privilegio, como cualidad del crédito, es el objeto de la renuncia. En general, el Tribunal Supremo es constante en el tratamiento de la renuncia de derechos. Para que se entienda válida y eficaz la renuncia de un derecho, aquélla habrá de ser clara y expresa, contundente, una manifestación indiscutible de la voluntad; se exigirá asimismo que el derecho al que se renuncia se hubiese adquirido e incorporado al patrimonio del renunciante. La renuncia de derechos ha de ser explícita, clara y terminante, sin que quepa deducirla de expresiones de dudosa significación¹.

(3) El término *derechos* ha de entenderse en sentido amplio, como cualquier interés individual jurídicamente protegido que atribuya a su titular un contenido de uso, un derecho de exclusión, un derecho de disponer o de modificar un *status iuris*, un derecho real, un privilegio crediticio, una expectativa, etc.

(4) La renuncia puede ser total o parcial, siempre que su objeto admita divisibilidad. Un crédito no puede al mismo tiempo ser privilegiado y no privilegiado. Pero, de hecho, un crédito en dinero es siempre divisible, por lo que no habría problema en dividirlo convenientemente en un crédito privilegiado y otro no privilegiado. Con mucha más razón es ello posible si se trata de una pluralidad de créditos.

3. Renuncia abdicativa

(5) La *renuncia* de un derecho puede estar contenida en un *pacto*, en el sentido del artículo 1255 del Código Civil, que a su vez forma parte de un entramado obligacional de crédito-deuda originado en un contrato, o puede ser una *renuncia absoluta*, producida por negocio unilateral de naturaleza abdicativa. La renuncia de esta clase es un acto unilateral aunque, si hay una externalización de éste, puede considerarse que es de carácter recepticio, es decir, tiene que ser notificado o comunicado a la parte interesada, que no ha de hacer nada para que la renuncia devenga eficaz. En este sentido, la renuncia difiere de la *impugnación* (de la lista de acreedores, por ejemplo) o del *reconocimiento* (del crédito concursal, por ejemplo) porque estas dos instituciones jurídicas requieren una manifestación de voluntad de la parte destinataria, que es precisa para configurar el negocio jurídico o su cancelación. Por eso, mientras que la *comunicación* de un crédito no es un acto jurídico «autoejecutivo» —el crédito tiene que ser reconocido por la administración concursal— ni produce ninguna alteración en el estado de los derechos subjetivos, la renuncia abdicativa es inmediatamente productiva de efectos y autoejecutiva.

¹ Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de marzo de 1959; de 18 de octubre de 1984; de 4 de febrero de 1994; de 22 de febrero de 1994; de 11 de octubre del 2001; de 18 de octubre del 2001 y de 15 de octubre del 2010.

4. El derecho de garantía real y la renuncia del privilegio

(6) El objeto de la renuncia a la que nos referimos es el privilegio especial del artículo 90 de la Ley Concursal. Obsérvese la naturaleza del precepto. En él, la garantía real es un supuesto preexistente y configurado fuera de la norma. La norma se limita a conferir privilegio especial a determinadas garantías reales, pero no crea ni «reconoce» la garantía, que ya viene presupuesta con una realidad extraconcursal.

(7) El hecho de que una garantía real lleve asociado ordinariamente un privilegio especial no quiere decir que esta conexión resulte necesaria. Podría no haber ocurrido así si tal hubiera sido la decisión del legislador, que, por ejemplo, priva de privilegio legal a la anotación preventiva de embargo. Piénsese también en los artículos 90.3 y 94.5 de la Ley Concursal, donde la garantía real deja de soportar un privilegio crediticio más allá de lo que se conoce como *valor de la garantía*, sin que para ello haya sido preciso reducir o «cancelar» parcialmente dicha garantía. Igualmente ocurre en el artículo 90.1. La «renuncia» del privilegio, o incluso su pérdida por otra razón (por ejemplo, los privilegios sujetos a plazo de caducidad, o por la calificación subordinada a que se refiere el artículo 97.2 de la Ley Concursal), no comportan extinción de la garantía real ni puede el deudor pedir su cancelación registral, salvo en la hipótesis del artículo 149.5 de la misma ley. La garantía real sobrevive con un *ius distrahendi* y una eficacia de privilegio plena fuera del concurso si éste se cierra sin que se hubieran dispuesto los activos gravados; también sobrevive la garantía para su ejecución contra terceros que estén fuera del concurso. Téngase presente al respecto cómo la pérdida del privilegio arrastra la cancelación de la carga sólo en hipótesis especialmente previstas por el legislador, como el artículo 149.5 citado y el 97.2 de la Ley Concursal.

5. El tiempo de la renuncia

(8) Podría objetarse la eficacia concursal incondicional de una renuncia de esta clase con los artículos 96, 96 bis, 97 y 97 bis de la Ley Concursal. Si existe un plazo para «impugnar» la lista de acreedores, para «comunicar» créditos nuevos, para «modificar» la calificación de los créditos, el artículo 97 bis marcaría el momento último en que esta modificación podría tener lugar, y el 97, apartados 3 y 4, delimitaría los supuestos exclusivos en que la modificación es posible.

(9) Nos parece que la cosa no es así como se expone. Reparemos en que en nuestro caso no se están «comunicando» créditos nuevos ni se está «impugnando» la lista. Incluso el artículo 97, al delimitar los casos de modificación admisible, se refiere en origen a quienes no hubieran impugnado, que no pueden plantear modificaciones de la lista salvo en los casos recogidos en los apartados 3 y 4. Se trata, bien de sujetos que en origen no estarían conformes con la lista, bien de sujetos que sobrevenidamente hubieran sufrido contingencias que hacen la lista disconforme con la situación real de los créditos. Pero esto no ocurre en nuestro caso. Ni se impugna la lista ni hay contingencia de disconformidad sobrevenida. Ni tan siquiera es apropiado referirse a una pretensión de modificación de la lista, sino a una sobrevenida disconformidad

(9) automática de la calificación del crédito como consecuencia de un acto unilateral que es de eficacia autoproductiva. Es como si el titular de la garantía hubiera cancelado ésta unilateralmente por su voluntad o como si la cosa mueble objeto de prenda manual hubiera dejado de estar en poder del acreedor o como si el edificio sobre el que recae el crédito refaccionario se hubiera derrumbado. El privilegio no puede subsistir si la causa de su caducidad es una contingencia «autoproductiva» (cancelación, pérdida de la cosa, incendio, etc.). La lista «se actualiza» necesariamente en casos como éstos, porque los créditos afectados no se van a pagar como privilegiados especiales cuando la garantía real ha desaparecido, diga lo que diga la lista definitiva no impugnada ni «modificada».

(10) Se podría insistir en la exclusividad de las causas tasadas del artículo 97 a efectos del artículo 97 bis. Pero de hecho no hay causas tasadas, pues diariamente se producen contingencias de modificación de créditos (como su cesión), que no están listadas en el artículo 97 y que tampoco cursan procedimentalmente por el artículo 97 bis. Al ser autoproductiva de efectos jurídicos la renuncia abdicativa —como lo es la *derelictio* de una cosa en propiedad—, no puede existir «oposición» a sus efectos ni cabe un incidente concursal en tal sentido.

6. Límites

(11) La renuncia abdicativa tiene como límite el «perjuicio» de tercero. Pero el concepto de ‘perjuicio’ debe ser jurídico, no fáctico. No basta el perjuicio a un mero interés reflejo que no está investido de una posición jurídica protegida. Si de verdad yo estuviera renunciando a «mi» derecho, el «interés» del tercero en la existencia de ese derecho sería un mero interés reflejo, pero no un interés jurídicamente tutelado como derecho, y entonces mi renuncia no encontraría más límite eventual que el que pudiera fundarse en el artículo 7 del Código Civil (abuso de derecho), pero no en el artículo 6.2².

(12) Los acreedores ordinarios no son terceros que puedan hacer valer un «perjuicio» relevante en el sentido del artículo 6.2 del Código Civil. Su interés es meramente reflejo. Prueba de ello es que tales acreedores no podrían oponerse a que los acreedores con privilegio especial hubieran comunicado de inicio sus créditos como ordinarios.

(13) Los acreedores renunciantes tampoco actúan con abuso de derecho, sino que defienden un interés legítimo. Por las circunstancias del caso, el privilegio en cuestión recae sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración del concesionario concursado. Pero tal responsabilidad sólo se patrimonializa en caso de liquidación, cuando la explotación concesional queda resuelta. Si los acreedores originariamente ordinarios pueden, como pueden, aprobar un convenio de continuidad, no se puede decir que en este caso los acreedores privilegiados puedan quedarse «cómodamente sentados» sobre su garantía, pues ésta se diluye si se aprueba un convenio de continuación o subrogación de tercero.

² Correctamente, Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de julio del 2010, en una renuncia de usufructo.