



Universidad
de La Laguna

Facultad de Derecho



Grado en Derecho

Facultad de Derecho

Universidad de La Laguna

Curso 2015/2016

Convocatoria: junio

EL CRÉDITO CON GARANTÍA REAL EN EL CONCURSO DE ACREEDORES

Secured credit in bankruptcy process

Javier Herrero Pou

06020861 J

Tutora: Prof. Dra. D^a Lourdes V. Melero Bosch

Derecho Público y Privado Especial y Derecho de la Empresa

Área de Derecho Mercantil

RESUMEN

Entre 2008 y 2012 se han destruido casi 1,9 millones de empresas. El concurso de acreedores ha dejado de ser un procedimiento desconocido para empresarios y consumidores. Nuestro legislador ha ido intentando paliar las deficiencias del sistema a golpe de reformas. En los últimos años hemos tenido lo menos 7 reformas en materia concursal y todas ellas afectando (en mayor o menor medida) al tratamiento de los créditos con garantía real en el concurso.

Este trabajo persigue un doble objetivo: estudiar la situación actual de los créditos con garantía real en el seno del concurso; y a la vez estudiar si existe fundamento para que existan estos privilegios. En caso afirmativo, trataremos de fundamentar que se pueden modular estos privilegios, en favor de evitar la (cada vez más habitual) desaparición de las empresas de nuestro país.

Palabras clave: concurso de acreedores, garantía real, privilegios, conservación de la empresa, reformas concursales.

ABSTRACT

Between 2008 and 2012, over 1.9 million companies have disappeared. Bankruptcy proceedings are no longer an unknown procedure for entrepreneurs and consumers. Our law maker has been trying to address the shortcomings of the system through constant reforms. In recent years we have had at least 7 reforms on bankruptcy matters, affecting all (to a greater or lesser extent) the handing of secured loans in the bankruptcy process.

This paper has a dual purpose: on the one hand, to study the current situation of secured loans within bankruptcy proceedings; and at the same time explore whether there are grounds to explain the origin of these privileges. If so, we are going to try to substantiate if privileges can be modulated, in order to avoid the (increasingly common) disappearance of the companies in our countries.

Key words: bankruptcy proceedings, loan credits, privileges, company conservation principle, bankruptcy reforms.

Índice

1. Introducción.....	5
2. Los créditos en el concurso de acreedores: una aproximación general	6
2. 1 El concurso de acreedores.	6
2.1.1 Fase común: secciones primera y segunda del concurso.	7
2.1.1.1 Efectos del concurso sobre los acreedores	9
2.1.2 Fase común: determinación de la masa activa y la masa pasiva del concurso.....	11
2.1.2.1 Determinación de la masa activa.....	11
2.1.2.2 Determinación de la masa pasiva	12
2.1.3 Fase de convenio o liquidación	14
2.1.4 Fase de calificación	16
3. Regulación de los créditos con garantía real en la Ley Concursal... 17	
3.1 Consideraciones sobre los créditos con garantía real en una fase preconcursal.....	17
3.1.1 Acuerdos de refinanciación	17
3.1.1.1 Efectos de la comunicación del inicio de las negociaciones sobre los acreedores.....	18
3.1.1.2 Extensión de los efectos del acuerdo	20
3.1.2 Acuerdos extrajudiciales de pago.....	21
3.2 Efectos de la declaración de concurso sobre las ejecuciones	24
3.3 Comunicación, reconocimiento y clasificación de los créditos con garantía real	26
3.3.1 Comunicación de los créditos	27

3.3.2 Reconocimiento y calificación de los créditos con garantía real	27
3.3 La posición del acreedor hipotecario en la fase de convenio	28
3.4 Fase de liquidación del concurso: realización del bien garantizado	31
4. Estudio del fundamento de estos privilegios.....	33
4.1 La garantía real: concepto y naturaleza jurídica	34
4.2 ¿Están, entonces, fundamentados los privilegios de los créditos con garantía real en el concurso?	35
4.3 Principio de conservación de la empresa.....	39
5. Conclusiones	41
Bibliografía.....	44

1. Introducción

En los últimos años hemos visto cómo la insolvencia pasaba de ser una situación excepcional, en la que pocas empresas (y consumidores) se veían inmersas, a ser una situación muy común. Cada día encontramos en los periódicos nuevos casos de empresas muy conocidas que son declaradas en concurso o han iniciado la fase preconcursal¹.

El concurso de acreedores se ha convertido, por desgracia, en una institución demasiado conocida para muchos empresarios y consumidores (aunque estos últimos mucho menos, por los motivos que se expondrán más adelante). Es a través del concurso de acreedores como el legislador ha pensado solventar las situaciones de insolvencia de empresarios y consumidores.

Es decir, cuando una persona, sea física o jurídica, no puede hacer frente, de manera generalizada, al pago de sus obligaciones, debe acudir al concurso de acreedores, dentro del cual se intentará buscar la mejor solución: bien conseguir un acuerdo entre deudor y acreedores, bien liquidar la empresa (o los bienes en el caso de las personas físicas).

Gracias a la gran aplicación práctica que está teniendo el concurso, se ha hecho patente que necesita ser mejorado, porque no es capaz de dar soluciones que satisfagan a todos: en el caso de las empresas porque el procedimiento suele acabar en la liquidación y, por ende, la desaparición de la empresa; en el caso de los consumidores porque a pesar de que el concurso acabara en liquidación, esto no implicaría la desaparición de las deudas, en virtud del principio de responsabilidad universal del art. 1911 CC²; y en el caso de los acreedores porque suelen ver satisfechos sus créditos en cantidades inferiores al 50% de su valor.

¹ Véase como ejemplo el reciente caso de la empresa Mary Paz. Se publicó recientemente que la empresa había comunicado al Juzgado que estaba negociando un acuerdo en fase preconcursal, conforme al art. 5 bis LC [A continuación facilitamos el enlace a la noticia que dio el diario Expansión el 19 de abril de 2016: <http://www.expansion.com/empresas/distribucion/2016/04/19/571542aae2704ecc078b457f.html>].

² Con la reforma operada por el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, se introduce el mecanismo de

Aquí radica el interés de nuestro trabajo, puesto que trata de profundizar en los privilegios que detentan los créditos con garantía real en el marco del concurso; para posteriormente estudiar cuál es el fundamento de estos privilegios y si fuera posible que desaparecieran, o al menos que se rebajaran, con el objetivo de ser un mecanismo más que contribuyera a facilitar la adopción de acuerdos que, por un lado, eviten la liquidación de las empresas y, por otro, satisfagan mejor los intereses de los acreedores, aunque sea en el medio o largo plazo.

Nuestro legislador en los últimos cuatro años ha introducido una cantidad ingente de reformas, lo que hace difícil conocer cuál es la situación real de nuestro derecho concursal. Por ello primero vamos a explicar cuál es, con las reformas, la situación actual de los créditos con garantía real, en el marco del concurso. Para ello haremos primero un breve recorrido por el procedimiento concursal, para poder evidenciar esos privilegios. Una vez delimitada la realidad de estos créditos a día de hoy, vamos a estudiar su fundamento.

2. Los créditos en el concurso de acreedores: una aproximación general

En este apartado expondremos brevemente la estructura del concurso de acreedores, explicando sus distintas fases; y nos vamos a detener para analizar en profundidad cómo se clasifican en general los derechos de crédito en el concurso de acreedores. No pretende ser esta una explicación exhaustiva, sino una aproximación general para entender cómo es el funcionamiento habitual del concurso de acreedores, con el objetivo de evidenciar el tratamiento privilegiado que se da a los créditos con garantía real y poder a continuación hacer un análisis del motivo de los mismos.

2.1 El concurso de acreedores.

“Cuando un deudor puede cumplir de forma regular las obligaciones contraídas, la tutela de los acreedores encuentra suficiente seguridad en las normas legales generales. Cada uno de los acreedores tiene como garantía todos los bienes presentes y

la segunda oportunidad también para los consumidores, aunque la doctrina ha sido muy crítica con esta reforma por considerarla insuficiente.

futuros del deudor (art. 1911 CC). (...) Cuando, por el contrario, el deudor no puede cumplir regularmente con las obligaciones a medida que devienen exigibles, ese Derecho general se sustituye por un Derecho excepcional en el que el interés general prima sobre el interés colectivo.³

Por tanto, el concurso es un Derecho excepcional que tiene como objetivo tratar de satisfacer de la manera más justa el interés de todos los acreedores, dado que sólo se utiliza en los casos en que un deudor esté en estado de insolvencia o prevea que lo va a estar de forma inminente.

El legislador español ha dividido el concurso en secciones de la 1ª a la 6ª, aunque grosso modo podemos hablar de 4 fases: fase común, fase de convenio, fase de liquidación (si no se consigue aprobar el convenio o este se incumple) y fase de calificación.

Para el desarrollo de este epígrafe, vamos a tomar como referencia esas fases para explicar de forma general cómo se desarrolla el concurso de acreedores, destacando lo que consideramos más relevante de cara a este trabajo, es decir aquello que nos permita evidenciar el diferente tratamiento que se da a los créditos con garantía real dentro del concurso.

2.1.1 Fase común: secciones primera y segunda del concurso.

Si el deudor se encuentra en situación actual de insolvencia, tiene el deber legal de solicitar la declaración del concurso (ex art. 5.1 LC). Si presumiera que se va a encontrar en esta situación de forma inminente, también podrá solicitar la declaración. Es verdad que, con las reformas acaecidas en los últimos años, es posible que el deudor no solicite la declaración de concurso, sino que utilice las herramientas preconcursales que el legislador le ha facilitado encaminadas precisamente a evitar el concurso: los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pago (AEP).

³ MENÉNDEZ.A Y ROJO.A (dir.), *Lecciones de derecho mercantil. Volumen II*, Thomson Reuters, 2014, lección 49.

También están legitimados para solicitar la declaración de concurso del deudor sus acreedores, cuando se cumplan los presupuestos establecidos en el artículo 2.4 LC, entre otros, haber instado la ejecución y que del embargo o apremio no hayan resultado bienes suficientes para la satisfacción del crédito, sobreseimiento general en el pago corriente de las obligaciones del deudor, etc⁴.

La declaración del concurso la realiza el Juez de lo Mercantil, competente de conocer del concurso en virtud del artículo 8 LC, dictando Auto⁵ de declaración del concurso, como establecen los artículos 14 y 15 LC. Esta declaración del concurso debe publicarse en el BOE, en el Registro Público Concursal y en el Registro Civil (si el deudor es persona física) o Mercantil (si es sujeto inscribible en él)⁶.

Establece el artículo 16 LC: “declarado el concurso (...) el juez ordenará la formación de la sección primera, que se encabezará con la solicitud”. A su vez el art. 21 LC explica que “declarado el concurso, se ordenará la formación de las secciones segunda, tercera y cuarta. Cada una de estas secciones se encabezará por el auto o, en su caso, la sentencia que hubiera ordenado su formación.”

La sección segunda comprende todo lo relativo a la administración concursal, es decir “al nombramiento y al estatuto de los administradores concursales, a la determinación de sus facultades y a su ejercicio, a la rendición de cuentas y, en su caso, a la responsabilidad de los administradores concursales⁷.” Si la complejidad del concurso así lo requiere, el administrador concursal podrá también solicitar el nombramiento de un auxiliar delegado, conforme al artículo 33 LC.

La declaración del concurso comporta una serie de efectos sobre el deudor, así como sobre los acreedores. Respecto de los efectos sobre el deudor, tiene efectos sobre sus facultades patrimoniales, puesto que estas pueden verse intervenidas (si el concurso es voluntario) o incluso suspendidas (cuando es necesario). También podrán verse afectados los derechos fundamentales del concursado, siempre mediante resolución

⁴ Cfr art. 2.4 LC.

⁵ Existe una excepción a la declaración mediante Auto, que es el supuesto en que se anule el AEP, en cuyo caso, la sentencia que lo anule declarará el concurso.

⁶ Cfr. Arts. 23 y 24 LC.

⁷ Art. 26 LC.

judicial motivada, conforme al artículo 41 LC. Además, la declaración del concurso genera un deber de colaboración e información del deudor frente al juzgado de lo mercantil y a la administración concursal.

2.1.1.1 Efectos del concurso sobre los acreedores

Regulados en el Capítulo II del Título III de la Ley Concursal, vamos a exponer los efectos que tiene la declaración del concurso sobre los acreedores, excluyendo los acreedores con garantía real, que serán explicados más adelante con mayor detalle.

El primero de los efectos de la declaración del concurso es la inclusión de todos los acreedores, ordinarios o no, en la masa pasiva del concurso, salvo las excepciones que se establezcan en la propia LC (ex. Art. 49 LC).

Respecto de las acciones individuales, ya hemos dicho que el derecho concursal intenta primar el interés colectivo de los acreedores, frente al interés individual de cada uno de ellos. Por este motivo, la ley concursal impide el ejercicio de acciones declarativas con posterioridad a la declaración del concurso frente a un órgano distinto del juez del concurso. Cualquier acción declarativa interpuesta frente a jueces de primera instancia o jueces de lo social será inadmitida⁸. En caso de admitirse, deberá decretarse el archivo de lo actuado hasta el momento, careciendo todo ello de validez.

En caso de que haya juicios declarativos pendientes, iniciados con anterioridad a la declaración del concurso, estos “*continuarán sustanciándose ante el mismo tribunal que estuviere conociendo de ellos*”, conforme al artículo 51 LC, salvo que el procedimiento esté en Primera Instancia, no haya finalizado el acto de juicio o la vista y se trate de reclamación de daños y perjuicios a la persona jurídica concursada, contra sus administradores o auditores.

En relación con los procedimientos de resolución de conflictos extrajudiciales, es decir procedimientos arbitrales y acuerdos de mediación, la declaración del concurso “*no afecta a los pactos de mediación ni a los convenios arbitrales suscritos por el*

⁸ Salvo el caso de las acciones individuales ejercidas frente al juez de lo social, que sí podrá conocer a pesar de haberse dictado auto de declaración del concurso.

concurado” (art. 52 LC), sin perjuicio de que el juez que conoce el concurso pueda suspender los efectos de estos, si los considera perjudiciales para la tramitación del concurso. Las sentencias y laudos firmes vinculan al juez del concurso y les dará el tratamiento concursal que corresponda⁹.

Respecto de las ejecuciones y apremios, estas están reguladas en los arts. 55 y siguientes de la LC. El principal efecto para los acreedores es que se suspende la facultad de iniciar nuevas ejecuciones una vez declarado el concurso. A su vez, el art. 55 LC excepciona los procedimientos administrativos de ejecución y las ejecuciones laborales, siempre que estas hayan sido iniciadas con anterioridad a la declaración del concurso y los embargos no recaigan sobre bienes necesarios para la continuidad empresarial. Además, el apartado segundo del citado artículo determina la suspensión de las actuaciones que se estén tramitando, sin perjuicio del tratamiento concursal que corresponda dar a esos créditos. Podrá el administrador concursal, también, solicitar al juez que acuerde el levantamiento de los embargos trabados cuando estos dificulten la continuidad de la actividad empresarial (siempre, previa audiencia de los acreedores). Se exceptúan de esta posibilidad los embargos administrativos.

Desde la perspectiva de este trabajo, consideramos relevante destacar que el legislador no somete esta suspensión de la facultad de ejecución a ningún plazo, a diferencia de las ejecuciones de créditos con garantía real, que sólo puede extenderse durante un año.

Por último, vamos a enumerar los efectos que tiene la declaración de concurso sobre los créditos en general. Aunque no son propiamente efectos sobre los acreedores, también les afectan puesto que afectan a sus derechos.

Por un lado, se prohíbe la compensación de crédito una vez iniciado el concurso, salvo que los requisitos para la misma existieran antes de la declaración. Desde la declaración del concurso, se suspende el devengo de intereses, tanto legales como convencionales, de los créditos. Esto es porque entiende el legislador que, si se ha

⁹ Si por ejemplo un laudo arbitral reconoce un crédito frente al deudor concursado, este será calificado de conformidad con las normas del concurso.

llegado a una situación de concurso, no tiene sentido ampliar la deuda del concursado. Esta suspensión del devengo de intereses no impide que en los casos en que se llegue a una solución de convenio, o sobre remanente después de la liquidación, se acuerde el abono de los intereses calculados al tipo legal (ex art. 59.2 LC). Además, los créditos correspondientes a los intereses tendrán la calificación de subordinados, con excepción de créditos con garantía real, como explicaremos más adelante.

Además, suspende el derecho de retención sobre bienes y derechos de la masa activa, salvo las impuestas por la legislación administrativa, tributaria, laboral y de seguridad social. Interrumpe la prescripción de las acciones contra el deudor por créditos anteriores a la declaración del concurso, sin que esto perjudique a los obligados solidariamente con el deudor concursado.

2.1.2 Fase común: determinación de la masa activa y la masa pasiva del concurso

Una vez declarado el concurso y nombrado el administrador concursal, este completa las secciones tercera y cuarta, correspondientes a la delimitación de la masa activa y la masa pasiva, respectivamente. La determinación de ambas masas la hará el administrador concursal a través del informe concursal, que debe contener el inventario (masa activa) y la lista de acreedores (masa pasiva) y debe ser presentado ante el juez en un plazo de dos meses que podría ser prorrogado por el juez.

2.1.2.1 Determinación de la masa activa

Podemos definir la masa activa como los bienes y derechos de contenido patrimonial de los que dispone el deudor en el momento de la declaración del concurso. Además, hay que añadir a estos aquellos bienes que salieron indebidamente del patrimonio del concursado antes de la declaración del mismo.

La ley establece una serie de acciones rescisorias concursales para que los administradores concursales puedan deshacer los actos¹⁰ realizados en perjuicio de la

¹⁰ En el epígrafe 3.1 “Consideraciones sobre los créditos con garantía real en una fase preconcursal” explicamos con detalle que el efecto de suscribir un acuerdo de refinanciación es la no rescindibilidad de las garantías reales, incluso aunque hayan sido constituidas en los dos últimos años.

masa activa en los dos años anteriores a la declaración del concurso. Lo más destacable de estas acciones es que no es necesario que estos actos hayan sido realizados en fraude, sino simplemente que tengan un carácter perjudicial para la masa activa.

En sentido contrario, el artículo 71 bis LC establece la no rescindibilidad de los acuerdos de refinanciación, siempre que se cumplan los requisitos establecidos en el precepto, entre otros que se amplíe el crédito disponible, que modifique las obligaciones siempre que esta modificación responda a un plan de viabilidad, que se haya formalizado en documento público, etc.

En el supuesto de que la acción rescisoria tenga éxito, se reintegra en la masa activa el bien afectado y se reconoce a la otra parte el derecho de la devolución del precio pagado por el mismo, teniendo este crédito la consideración de crédito contra la masa, salvo que la sentencia aprecie mala fe en el acreedor, en cuyo caso será subordinado.

2.1.2.2 Determinación de la masa pasiva

La LC define la masa pasiva como aquella que se conforma con *“los créditos contra el deudor común que conforme a esta ley no tengan la consideración de créditos contra la masa.”* Por tanto, lo primero que debemos tener claro es qué créditos son considerados créditos contra la masa.

Así, tendrán la consideración de créditos contra la masa¹¹ aquellos cuyo vencimiento se produzca con posterioridad a la declaración del concurso, en especial aquellos que son consecuencia de la continuidad de la actividad empresarial. Asimismo, se integran en dicha categoría, otra serie de créditos atinentes fundamentalmente a gastos y costas judiciales o incluso, créditos anteriores a la declaración de concurso a los que el legislador ha querido extraer del mismo y dotarles de la condición de créditos prededucibles como auténticos créditos contra la masa (véase los salarios de los 30 días anteriores a la declaración de concurso).

¹¹ Para ver la relación completa de créditos contra la masa vienen descritos en el art. 84 LC.

En el caso de los contratos de tracto sucesivo, o negocios que conlleven una ejecución prolongada en el tiempo, generándose créditos de forma continuada, la clasificación de estos como concursales o contra la masa dependerá de si el devengo es anterior a la declaración de concurso o posterior¹². La jurisprudencia¹³ ha dejado claro que en estos casos un mismo acreedor puede ser titular de créditos concursales y créditos contra la masa en virtud de un mismo contrato o negocio jurídico.

La principal característica de los créditos contra la masa es su carácter prededucible frente a los créditos concursales. Es decir, la administración concursal tiene obligación de satisfacer en primer lugar los créditos contra la masa, antes de satisfacer los créditos concursales¹⁴.

Una vez aclarado cuáles son los créditos que deben ser calificados como contra la masa, vamos a analizar cuáles son los créditos concursales y cuál es el tratamiento que el legislador les da.

Los acreedores tienen la obligación de comunicar la existencia de sus créditos al administrador concursal, en el plazo de un mes desde la publicación del Auto de declaración de concurso en el BOE. El administrador concursal elaborará la lista de acreedores que se conformará en base a esta comunicación, pronunciándose sobre la admisión o inadmisión de los mismos, así como aquellos créditos que resultaren de la contabilidad del deudor (cuando este es persona jurídica) y aquellos que consten por cualquier motivo en el concurso. Todos estos créditos se computarán en dinero, a los solos efectos de cuantificar el pasivo, conforme establece el art. 88 LC.

Todos los créditos incluidos en la lista de acreedores deberán de ser clasificados (por el administrador concursal) en alguna de estas tres categorías: privilegiados, ordinarios y subordinados.

¹² MENÉNDEZ.A Y ROJO.A (dir.), *Lecciones de derecho mercantil. Volumen II.* op. cit. p. 555.

¹³ Vid. SSTS 23 de febrero, 13 de junio, 1 de julio y 3 de julio de 2011.

¹⁴ Esto viene excepcionado por dos supuestos: en primer lugar, en caso de insuficiencia de masa pasiva, tendrán preferencia, sobre los créditos contra la masa, algunos créditos laborales, en virtud del art. 176 bis LC. El segundo caso es el de los créditos con garantía real, porque lo obtenido por la realización de los bienes con los que se garantiza el crédito se destina en primer lugar a satisfacer estos créditos y sólo si hubiera remanente se utilizaría para pagar los créditos con cargo a la masa.

Dentro de los créditos privilegiados debemos distinguir entre los créditos con privilegio especial y los créditos con privilegio general. La diferencia entre ambos es que en el caso de los primeros su privilegio recae sobre bienes o derechos concretos, mientras que en el caso de los segundos recaen sobre todo el patrimonio del deudor (art. 89.2 LC). Los primeros son fundamentalmente aquellos créditos dotados de garantía real, mientras que los últimos son fundamentalmente créditos laborales y tributarios.

Los créditos subordinados¹⁵ son aquellos que disfrutan de una peor condición dentro del concurso. Esta peor condición viene determinada por distintas circunstancias, como puede ser la comunicación extemporánea del crédito, la existencia de un pacto contractual, su carácter accesorio, la naturaleza sancionadora, concurrencia de mala fe en actos perjudiciales al concurso y, fundamentalmente, por la condición personal de sus titulares, es decir, por tratarse de personas especialmente relacionadas con el concursado, vinculadas al mismo.

Por último, los créditos ordinarios vienen definidos por exclusión, teniendo esta condición todos aquellos que no tengan la consideración ni de privilegiados ni de subordinados conforme a la Ley Concursal.

2.1.3 Fase de convenio o liquidación

Una vez finalizada la fase común, con la aprobación de la lista definitiva de acreedores y el inventario, el Juez dictará un Auto poniendo fin a la fase común y ordenando la formación de la sección quinta, denominada de convenio o liquidación.

Desde la finalización del plazo de comunicación de créditos y hasta la finalización del plazo para impugnar el inventario y la lista de acreedores, podrá presentarse ante el juzgado una propuesta de convenio. “El convenio puede definirse como aquel negocio jurídico fundado en el acuerdo de voluntades entre el deudor concursado y la colectividad de sus acreedores¹⁶”. El contenido de las propuestas del convenio deberá ser únicamente el contenido en la LC, que podemos resumir en quitas y

¹⁵ Cfr art. 92 LC.

¹⁶ MENÉNDEZ.A Y ROJO.A (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, op. cit. pág. 569.

esperas (o lo que es lo mismo, reducciones de los créditos o aplazamiento de los pagos), y sólo en los términos establecidos en el art. 100 LC.

Una vez presentadas las propuestas, el Juez del concurso dará traslado de las mismas al administrador concursal, que deberá emitir un informe en el que exprese su opinión, especialmente sobre la viabilidad del convenio. En función de si la propuesta de convenio se hace de forma anticipada o de forma ordinaria, deberán presentarse bien las adhesiones a la propuesta de los acreedores o bien se celebrará junta de acreedores para que estos se pronuncien sobre las propuestas. Deben respetarse unas mayorías establecidas en el art. 124 LC para entender que el acuerdo ha sido adoptado, y de esta forma poder presentarlo ante el juez para que este lo homologue. Si se adopta el convenio, el concurso no finaliza sino con el Auto que declara el cumplimiento íntegro del mismo.

En cuanto a la fase de liquidación, esta se abre bien a solicitud del deudor (que puede realizarla en cualquier momento) o bien, tras finalizar la fase de convenio sin haber logrado la aprobación de ninguna de las propuestas presentadas. Existe también la posibilidad de que la liquidación pueda ser solicitada por el administrador concursal, en caso de cese de la actividad empresarial o profesional. Esta fase está “dirigida a convertir en dinero los bienes y derechos que integran la masa activa para el pago a los acreedores por el orden legalmente establecido¹⁷”. El administrador concursal tiene 15 días para presentar al Juez un plan para la realización de los bienes y derechos de la masa activa¹⁸. En los 15 días siguientes a la presentación del plan de liquidación, tanto los acreedores como el deudor podrán presentar observaciones o propuestas de modificación.

También contempla la LC unas reglas de liquidación supletorias, para el caso de que no se consiga aprobar un plan de liquidación. El administrador concursal deberá presentar un informe sobre el estado de la liquidación cada tres meses, desde la aprobación por parte del Juez del plan de liquidación.

¹⁷ MENÉNDEZ.A Y ROJO.A (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, op. cit. pág. 569.

¹⁸ Siempre que no haya presentado el plan de liquidación acompañando el informe al que se refiere el art. 75 LC.

El cumplimiento del plan de liquidación supone la satisfacción de los acreedores siguiendo las normas establecidas en los artículos 154 y siguientes de la LC.

En esta fase se suspenden las facultades de administración y disposición del concursado. Además, se convierten en dinero de aquellos créditos que consistan en otras prestaciones.

2.1.4 Fase de calificación

El procedimiento concursal cuenta con una sección de calificación¹⁹, la cual se abrirá únicamente se abra la fase de liquidación, o cuando se apruebe un convenio de acreedores que suponga una quita superior a un tercio del importe de la deuda o una espera superior a tres años.

En dicha sección se analizarán las circunstancias concurrentes a fin de determinar si el concurso debe declararse como “fortuito” (sin que ninguna persona física o jurídica quede afectada) o “culpable”. En este último caso, las personas que determine el juez del concurso (fundamentalmente los miembros del órgano de administración de la sociedad) podrían quedar afectadas por la Sentencia que resuelva la sección de calificación, en el sentido de que van a ser inhabilitadas entre 2 y 15 años para administrar bienes ajenos, van a perder cualquier derecho que tuvieran como acreedores concursales y deberán devolver los bienes y derechos que hubiesen recibido de la masa activa. Además, se les podrá imputar responsabilidad personal por las deudas no satisfechas, ex art. 172 bis LC.

Respecto de la conclusión del concurso, nos remitimos al art. 176 LC que establece las causas de la misma. Siempre será el juez el encargado de finalizar el procedimiento concursal. Si alguna de las partes se opusiera a la conclusión, se le dará tramitación como incidente concursal.

¹⁹ Regulada en los arts. 163 a 175 de la LC.

3. Regulación de los créditos con garantía real en la Ley Concursal

En este apartado haremos un recorrido por la actual regulación de los créditos con garantía real en el concurso de acreedores, de acuerdo con lo establecido en la Ley Concursal. Vamos a empezar con el tratamiento que se le da en las distintas fases del concurso, empezando con el acuerdo de refinanciación, para seguir con la comunicación del crédito, continuar con el reconocimiento y la clasificación de estos derechos de crédito, deteniéndonos también en los efectos que tiene la declaración de concurso sobre las ejecuciones de garantías reales y terminar mencionando cuál es la posición del acreedor con garantía real en la fase de convenio y finalmente en la de liquidación.

En los próximos apartados nos centraremos en las especialidades que la LC contempla para este tipo de créditos, dejando de lado, por tanto, aquellas cuestiones que sean comunes al resto de derechos de crédito.

3.1 Consideraciones sobre los créditos con garantía real en una fase preconcursal

El llamado “Derecho preconcursal” trata de dar soluciones extrajudiciales y privadas de las crisis económicas en una empresa²⁰, en un momento anterior al concurso. Para ello la Ley Concursal prevé dos instituciones encaminadas a lograr esto: los acuerdos de refinanciación y los acuerdos extrajudiciales de pagos.

3.1.1 Acuerdos de refinanciación

Podemos definir los acuerdos de refinanciación como una herramienta preconcursal, a través de la cual se realizan operaciones encaminadas a favorecer la continuidad de la empresa en dificultades.

Cuando un empresario presume que va a verse obligada a solicitar que se le declare en concurso, puede iniciar negociaciones con sus acreedores para tratar de llegar a un acuerdo que permita continuar desarrollando la actividad empresarial.

²⁰ JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J., *Nociones de Derecho mercantil*, Editorial Marcial Pons, 2015, pág.177.

En este apartado vamos a estudiar tanto los efectos de los inicios de la negociación de un acuerdo de refinanciación, como los efectos de este en caso de que sea finalmente adoptado.

3.1.1.1 Efectos de la comunicación del inicio de las negociaciones sobre los acreedores.

El primero de los efectos que tiene la comunicación del inicio de las negociaciones, que es muy importante, es el de ampliar el plazo para cumplir con el deber legal de solicitar la declaración de concurso. El segundo efecto al que haremos referencia, por la relación que tiene con el tema que nos ocupa, es que se prohíbe iniciar acciones de ejecución singulares de aquellos bienes que sean necesarios para la continuidad de la actividad empresarial (ex art. 5 bis, apartado 4 LC).

En su redacción original, el art. 5 bis LC no contemplaba la paralización de las ejecuciones singulares (y separadas del concurso) por parte de los acreedores con garantía real.

En principio, *“el carácter universal del concurso se contrapone con la oponibilidad erga omnes de las garantías reales y con las acciones singulares de ejecución. (...) El principio general es que el acreedor garantizado tiene derecho a la ejecución separada de la garantía o a la continuación del procedimiento ya iniciado”*²¹. Pero este principio general hacía que el también principio general de conservación de las empresas se viera en riesgo, además de que limitaba, por el escudo protector del deudor, la inadmisión a trámite de las solicitudes de concurso necesario²².

Es por ello que la reforma que operó el Real Decreto-Ley 4/2014 de 7 de marzo en la redacción del artículo 5 bis LC fue muy aplaudida por la doctrina, que había sido unánime a la hora de criticar la redacción anterior.

²¹ THOMAS PUIG, P, “El crédito con garantía real en el concurso”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 24, 2016, pág 292.

²² Cfr. redacción original del art. 5 bis LC.

Con la redacción actual, la comunicación de este inicio de negociaciones será realizada por el deudor²³, éste deberá remitir al Juzgado una relación de las ejecuciones que se están realizando en el momento y qué bienes considera que son necesarios para la continuidad de la actividad. El secretario tendrá por comunicada esta relación, así como la calificación de los bienes a través de un decreto. La paralización de las ejecuciones se producirá cuando el deudor presente este decreto en el procedimiento de ejecución singular y será automática, sin poder el acreedor recurrir esta suspensión ante ese órgano.

Sí permite la LC recurrir este decreto ante el Juez competente de conocer el concurso, cuando considere (el acreedor) que la calificación de necesidad efectuada por el empresario no es correcta. Si el Juez estableciera que los bienes no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial, podrá el acreedor continuar con la ejecución separada que había quedado suspendida.²⁴

Por tanto, actualmente²⁵ se permite iniciar ejecuciones singulares, aunque sabiendo que, si el bien sobre el que recae la garantía real es calificado como necesario para la actividad empresarial, esta ejecución será suspendida. Es decir, **el legislador ha decidido hacer compatibles la naturaleza del crédito real y el principio de conservación de la empresa**, porque le da al deudor un plazo máximo de 3 meses para alcanzar un acuerdo de refinanciación, durante el cual no se podrán iniciar ejecuciones singulares y se suspenderán las ya iniciadas.

²³ Ex art. 5 bis, apartado 4 LC: “En su comunicación el deudor indicará qué ejecuciones se siguen contra su patrimonio y cuáles de ellas recaen sobre bienes que considere necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial (...)”.

²⁴ Artículo 5 bis, apartado 4 LC: “En caso de controversia sobre el carácter necesario del bien se podrá recurrir aquel decreto ante el juez competente para conocer del concurso. (...) Las limitaciones previstas en el primer párrafo del presente apartado quedarán levantadas si el juez competente para conocer del concurso resolviera que los bienes o derechos afectados por la ejecución no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial.”.

²⁵ Párrafo 5º del art. 5 bis LC: “Lo dispuesto en los cuatro párrafos anteriores no impedirá que los acreedores con garantía real ejerciten la acción real frente a los bienes y derechos sobre los que recaiga su garantía sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no se haya realizado alguna de las actuaciones previstas en el primer párrafo de este apartado o haya transcurrido el plazo previsto en el siguiente apartado.”.

3.1.1.2 Extensión de los efectos del acuerdo

Es posible que el deudor logre llegar a un acuerdo. Lo que vamos a explicar en este apartado es cómo afecta (si llegara a afectarle) este acuerdo a los acreedores con garantía real, especialmente en los casos en que no haya aceptado el acuerdo.

El acuerdo sólo vinculará al deudor y a aquellos acreedores que lo hayan suscrito, salvo en caso de homologación judicial, que puede hacer que se extiendan algunos de sus efectos más allá de sus firmantes, a acreedores que no hayan firmado el acuerdo, o incluso que hayan mostrado su disconformidad con el mismo.

Si se alcanzara el acuerdo, el efecto más importante de su homologación, es para los acreedores que gozan de una garantía real que hayan participado en el mismo, puesto que se imposibilita el que sean objeto de una rescisión concursal, ni siquiera a instancia del propio Administrador concursal²⁶. Esto supone que, aunque la constitución o ampliación de la garantía real fuera un acto perjudicial para la masa del concurso, no se podrá rescindir (siempre que el acreedor haya participado en la adopción del acuerdo).

Pero no debemos olvidar lo que ocurre en el caso de los acreedores que tienen un crédito con garantía real que no forman parte de ese acuerdo. Lo más destacable es la referencia que hace la Disposición Adicional 4ª LC, respecto de la determinación del valor de la garantía. “La determinación del valor de la garantía real es trascendental para aquellos acreedores disidentes, no firmantes y opositores del acuerdo de refinanciación, ya que de dicho valor depende hasta qué punto se verán afectados, por extensión, en función de las mayorías de pasivo financiero aceptante, y en función del propio valor real de las garantías aceptadas²⁷.”

La citada Disposición distingue entre el importe del crédito que no exceda del valor de la garantía real, el importe cubierto por la misma y el importe que la excede (al que se extenderán los efectos de la homologación en las mismas condiciones que a los

²⁶ Cfr THOMAS PUIG, P, “El crédito con garantía real en el concurso”, *op.cit.* pág. 294.

²⁷ *Ibidem.*

créditos con garantía real). En la norma viene establecida una fórmula para calcular el valor de la garantía.

Como decíamos, el cálculo de este valor es importante para los acreedores no firmantes del acuerdo, porque de él va a depender hasta qué punto se pueden ver afectados por el mismo. Es decir, la combinación entre las mayorías del pasivo aceptante del acuerdo y el valor de la garantía real puede llegar a hacer que el acuerdo de refinanciación afecte a acreedores que no lo han firmado, e incluso que se han opuesto al mismo, a tenor de la nueva redacción de la DA 4ª LC, en su apartado 4º.²⁸

3.1.2 Acuerdos extrajudiciales de pago

Introducidos en nuestro ordenamiento jurídico en el año 2013, a través de la Ley 14/2013, de apoyo a los emprendedores y apoyo a su internalización; podemos definirlos, grosso modo, como un procedimiento de negociación de deudas, excluidas las de derecho público, impulsado por mediadores concursales retribuidos conforme al arancel de los administradores concursales, y previo al concurso, con el objetivo de evitar este.

Nos vamos a centrar exclusivamente en cómo puede afectar el AEP a los créditos con garantía real. Lo primero es decir que, conforme establece el art. 231.5 LC, *“los créditos con garantía real se verán afectados por el acuerdo extrajudicial conforme lo dispuesto en los artículos 238 y 238 bis.”*

Una vez solicitada la apertura del expediente y que haya sido comunicada a los acreedores, estos podrán verse afectados. En concreto, los acreedores con garantía real se verán afectados, puesto que, aunque el art. 235 LC establece que no se les aplica la regla general de que *“no (se) podrán iniciar ni continuar ejecución judicial o extrajudicial alguna sobre el patrimonio del deudor mientras se negocia el acuerdo extrajudicial hasta un plazo máximo de tres meses”*, estos acreedores sí podrán instar ejecuciones singulares siempre que la garantía real no recaiga sobre un bien necesario

²⁸ Introducida por la Ley 14/2013 de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y apoyo a su internalización.

para la continuidad de la actividad empresarial ni sobre la vivienda habitual del deudor (ex art. 235.2).

*“Cuando la garantía recaiga sobre los bienes citados en el inciso anterior, los acreedores podrán ejercitar la acción real que les corresponda (...) sin perjuicio de que, una vez iniciado el procedimiento, quede paralizado mientras no hayan transcurrido los plazos previstos en este apartado.”*²⁹ Es decir, que el acreedor con garantía real sigue pudiendo ejercitar la acción real a la que tiene derecho, si bien esta ejecución se verá suspendida para facilitar al deudor alcanzar un acuerdo que le permita continuar con su actividad (en los casos en que el deudor sea empresario).

Sí quiero destacar que para los AEP el legislador ha considerado importante anular (temporalmente) la naturaleza jurídica de la hipoteca que grave la vivienda habitual del deudor, en favor de facilitar que se llegue a un acuerdo. Esto es una novedad con respecto del propio concurso, donde la vivienda habitual del deudor no goza de esta protección.

El deudor debe convocar a los acreedores para celebrar una reunión en la que decidan si desean aceptar el acuerdo o no. La ley trata de incentivar la asistencia de los acreedores a la reunión, estableciendo que la no asistencia supondrá la calificación del crédito que tengan como subordinado en el concurso, en caso de no alcanzar un AEP. El propio art. 236 LC señala *“con excepción de los que tuvieran constituido a su favor garantía real”*, por lo que tampoco esta norma les será de aplicación a estos acreedores.

En caso de que se llegue a un acuerdo, este vinculará a los acreedores con garantía real *“únicamente (...) si hubiesen votado a favor del mismo.”* El Real Decreto Ley 1/2015 de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social, introdujo el artículo 238 bis en la LC, que se refiere a la extensión subjetiva del AEP. Con esta reforma se pretende facilitar la adopción de los acuerdos, evitando que los acreedores con garantía real (entre otros) hagan materialmente imposible que se llegue a un acuerdo que sea de interés tanto para el deudor, como para los acreedores.

²⁹ Cfr. Art. 235.2 LC.

Para ello el legislador utiliza los parámetros establecidos en la Disposición Adicional 4ª LC y los transpone en este artículo. Por tanto, el artículo 238 bis LC establece que, para extender los efectos del acuerdo a estos acreedores con garantía real, serán necesarias las siguientes mayorías, *“calculadas en función de la proporción del valor de las garantías aceptantes sobre el valor total de las garantías otorgadas:*

a) Del 65 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 a) del artículo anterior³⁰.

b) Del 80 por ciento, cuando se trate de las medidas previstas en el apartado 1 b) del artículo anterior.”

Es importante esta extensión de los efectos del AEP, puesto que la consecuencia más importante de la adopción del acuerdo es que suspende la facultad de iniciar ejecuciones singulares por créditos anteriores al concurso (ex art. 240.1 LC). Esto sin perjuicio de que puedan seguir dirigiéndose contra los obligados solidariamente con el deudor (avalistas, fiadores...).

Por último, vamos a hacer referencia de una pequeña especialidad que existe con respecto a las personas naturales no empresarias, con respecto a los AEP. Establece el artículo 242 bis apartado 1, número 8º LC que *“el plazo de suspensión de las ejecuciones previsto en el artículo 235 será de dos meses desde la comunicación de la apertura de las negociaciones al juzgado salvo que, con anterioridad, se adoptase o rechazase el acuerdo extrajudicial de pagos o tuviese lugar la declaración de concurso.”* Por tanto, el plazo de suspensión se reduce en el caso de las personas no empresarias.

³⁰ Está haciendo referencia al art. 238 LC, que establece las mayorías necesarias para que se extiendan los efectos del acuerdo a aquellos acreedores que, no teniendo su crédito garantía real, no hayan suscrito el acuerdo. En función de las medidas acordadas, las mayorías exigidas para extender los efectos del AEP serán mayores o menores. No se puede acordar cualquier medida, sino que sólo se podrán contemplar en el AEP las medidas enumeradas en el art. 236.1 LC: *“a) Esperas por un plazo no superior a diez años. b) Quitas. c) Cesión de bienes o derechos a los acreedores en pago o para pago de totalidad o parte de sus créditos. d) La conversión de deuda en acciones o participaciones de la sociedad deudora. En este caso se estará a lo dispuesto en el apartado 3.b).3.º ii) de la disposición adicional cuarta. e) La conversión de deuda en préstamos participativos por un plazo no superior a diez años, en obligaciones convertibles o préstamos subordinados, en préstamos con intereses capitalizables o en cualquier otro instrumento financiero de rango, vencimiento o características distintas de la deuda original.”*

3.2 Efectos de la declaración de concurso sobre las ejecuciones

Si bien ya hemos explicado anteriormente que, una vez declarado el concurso todos los acreedores quedan integrados en la masa pasiva (art. 49 LC) y que el principio de universalidad del concurso implica que todos los acreedores deben someterse a la vis atractiva que ejerce el concurso, el propio artículo 56 LC establece una excepción a este supuesto.

El citado artículo permite la ejecución separada del crédito con garantía real, aunque estableciendo ciertas limitaciones a esta ejecución. Si bien se pueden llevar a cabo ejecuciones singulares y separadas de las garantías reales, sólo podrán producirse si el bien no es necesario para la actividad empresarial.

Esto nos obliga a introducir el concepto de bienes necesarios para la actividad empresarial. Este concepto ha sido desarrollado fundamentalmente por la jurisprudencia, si bien el artículo 56 LC define de forma negativa lo que no se considera bien necesario, diciendo 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 contractuales que permitan al concursado mantener la explotación del activo.”*

Lo primero es evitar confundir bien necesario con bien afecto. Es ilustrativo cómo entiende Sancho Gargallo el concepto de necesidad: *“La ubicación sistemática de los arts. 55 y 56 LC, nos habla de una relación entre ellas de género y especie, dentro de los bienes afectos a la actividad empresarial los habrá que se consideren imprescindibles para su continuidad y otros que son contingentes, en cuanto que admiten sustitución. El concepto de necesidad hay que interpretarlo por contraposición de la mera conveniencia, pudiendo llegar a incluir los casos en que la conservación del*

bien o derecho afecto sea muy conveniente, por resultar difícil prescindir de él o sustituirlo.”³¹

Pero más allá de lo interesante de esta aproximación, hay que destacar el cambio de interpretación que se ha producido gracias a la reforma operada por el Real Decreto ley 4/2014, de 7 de marzo. Anteriormente, en la delimitación del concepto de necesidad primaba un criterio más restrictivo del utilizado para la afección, es decir aquellos bienes imprescindibles para la actividad. Actualmente, un bien necesario (incluso aunque no merezca la condición de afecto a la explotación) no puede ser objeto de ejecución. Esto implica que no se podrá ejecutar la garantía real que haya sobre los inmuebles en los que se establezca la empresa o desde los que realice labores de administración ordinaria, por poner algún ejemplo.

Por tanto, *“se considera que las ejecuciones son realmente obstativas de la continuación de la actividad empresarial cuando no pueda realizarse (la) separación entre el derecho de disposición sin detrimento de las facultades de uso.”³²*

Es interesante, respecto de las ejecuciones singulares, ver cómo la jurisprudencia entiende que es competencia del Juzgado de Primera Instancia el conocimiento de estas ejecuciones, si bien la literalidad del art. 8 LC establece la competencia exclusiva de los Jueces de lo Mercantil. De esta forma se desvirtúa, la vis atractiva del concurso, aunque esta vez es consecuencia de la interpretación libre que los Tribunales están realizando sobre la materia.

Nos referimos ahora a los supuestos en que el concursado sea un tercer poseedor (es decir, se le ha transmitido el bien objeto de la garantía, pero no ha habido asunción de deuda³³, por lo que no es el deudor). Es muy claro el art. 56.4 LC al establecer que *“la declaración de concurso no afectará a la ejecución de la garantía cuando el concursado tenga la condición de tercer poseedor del bien objeto de ésta.”* Pero, si hacemos un análisis sistemático de la Ley, descubrimos que, a pesar de poder continuar

³¹ SANCHO GARGALLO, I. *Practicum concursal* 2014, ed. Aranzadi, pág. 333.

³² THOMAS PUIG, P, “El crédito con garantía real en el concurso”, *op.cit.*, pág. 299.

³³ Para que se produzca la novación subjetiva debe concurrir el consentimiento adquirente, por lo que, si no se cumple este requisito, este se convertirá en titular del bien, pero no en deudor.

con la ejecución singular del bien, este debe constar en el inventario descontando para su avalúo la carga que lo grava (ex art. 82. 3 LC).

Algo similar ocurre en los casos en que el concursado da un bien propio en garantía de una deuda ajena. En este caso, el bien consta en el inventario, pero no es de aplicación el art. 56.4 LC, por lo que seguiremos la regla general, esto es, si el Juez del concurso califica el bien como necesario para la continuidad de la actividad, no podrá ser ejecutado hasta que no se haya adoptado un convenio o haya pasado un año desde la declaración de concurso (ex arts. 56 y 5 bis LC).

En caso de que el bien hipotecado esté en régimen de comunidad o proindiviso, sólo se incluirá en el inventario el porcentaje del bien (y de la garantía) que corresponda al concursado. El resto de la deuda se calificará según corresponda a su naturaleza. En estos casos, el art. 56 LC permite al administrador concursal proceder al rescate: comunica a estos acreedores con privilegio especial que se va a atender el pago de su deuda con cargo a la masa, y procede al pago de la totalidad de los plazos de amortización e intereses vencidos. En caso de que no se opte por esta opción, podrán los acreedores ejecutar el bien conforme a las normas generales, es decir respetando la calificación del bien como necesario o no para la actividad empresarial o profesional.

3.3 Comunicación, reconocimiento y clasificación de los créditos con garantía real

Entramos ya en lo que es propiamente el concurso de acreedores. Vamos a analizar a continuación el tratamiento de los créditos con garantía real dentro del concurso con el objetivo de localizar aquellas especialidades que nos parecen más relevantes, para posteriormente poder establecer si estas tienen un fundamento jurídico o más bien responden a una concesión del legislador.

3.3.1 Comunicación de los créditos

En virtud del art. 21.1. 5º LC³⁴, la *comunicación de los créditos* se hará a través de escrito firmado por el acreedor del concursado, dirigido a la administración concursal en el plazo de 1 mes desde la publicación en el BOE del Auto de declaración de concurso.

A primera vista, los créditos con garantía real no tienen ninguna especialidad respecto de los demás créditos del concurso respecto de la comunicación. Pero un análisis detallado de la Ley Concursal, nos permite apreciar que el efecto habitual de la comunicación extemporánea del crédito supone su automática calificación como crédito subordinado (ex art. 92.1 LC³⁵). A renglón seguido, el mismo precepto establece que los créditos con garantía real inscritos en Registro Público serán calificados como privilegiados (dice exactamente “serán calificados según corresponda”, remitiéndose al artículo 86.3 LC que los clasifica como privilegiados), estableciendo asimismo que estos créditos deberán incluirse necesariamente en la lista de acreedores (ex art. 86.2 LC), estableciendo un **reconocimiento forzoso**³⁶.

3.3.2 Reconocimiento y calificación de los créditos con garantía real

Respecto del reconocimiento y calificación de estos créditos, el art. 90.1 LC establece “1. Son créditos con privilegio especial: 1.º Los créditos garantizados con hipoteca voluntaria o legal, inmobiliaria o mobiliaria, o con prenda sin desplazamiento, sobre los bienes o derechos hipotecados o pignorados.”

La primera aclaración (que viene avalada por la jurisprudencia³⁷) es que, para que los créditos gocen de este privilegio, el bien que garantiza el crédito debe formar

³⁴Art. 21.1. 5º LC: “El llamamiento a los acreedores para que pongan en conocimiento de la administración concursal la existencia de sus créditos, en el plazo de un mes a contar desde el día siguiente a la publicación en el “Boletín Oficial” del auto de declaración de concurso, conforme a lo dispuesto en el artículo 23.”

³⁵ Art. 92.1 LC: “Son créditos subordinados: 1.º Los créditos que, habiendo sido comunicados tardíamente, sean incluidos por la administración concursal en la lista de acreedores”.

³⁶ La jurisprudencia ha señalado reiteradamente que el reconocimiento forzoso no exime del deber de comunicar el crédito, establecido en el art. 21 LC, puesto que pueden suscitarse controversias sobre la legitimidad del mismo. Vid. SJM núm. 1 Oviedo 30.5.2006 y SAP Asturias 24.4.2008.

³⁷ SAP Burgos 16.12.2011, así como SAP Pontevedra 26.09.2011.

parte del patrimonio del concursado. Es decir, que en el caso de que el hipotecante no sea deudor, debe hacerse constar, además de plasmarse la trascendencia de la hipoteca en el concurso a través de la correspondiente depreciación del bien.

Además, es necesario que se cumplan las formalidades legales para que la garantía sea oponible frente a terceros (escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad, que, en el caso de las hipotecas, es constitutiva).

El art. 90.3 LC establece que “el privilegio especial sólo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegio especial será calificado según su naturaleza.” Es decir, que la parte del crédito que exceda el valor de la garantía será considerado como ordinario, según las normas de la LC.

Resulta llamativa la cuestión de los intereses. Lo primero que llama la atención es que la declaración de concurso suspende el devengo de intereses, excepto en el caso de algunos créditos, entre otros los que tienen garantía real³⁸. Los intereses sólo serán exigibles hasta donde alcance la garantía, en consonancia con lo expuesto más arriba.

Pero no sólo se siguen devengando intereses, sino que tampoco tendrán la calificación de créditos subordinados (como ocurre con el resto de los créditos derivados del devengo de intereses, conforme al art. 59 LC), sino que el artículo 92 LC, en su apartado 3º establece que tendrán la misma calificación que el crédito del que se devengan, teniendo por tanto carácter privilegiado.

3.3 La posición del acreedor hipotecario en la fase de convenio

Lo primero que debemos destacar al hablar de esta materia es la abrumadora cantidad de reformas que ha habido en este campo desde la entrada en vigor de la LC, a las que más adelante me referiré.

El origen de la fase de convenio viene justificado por el principio de conservación de la empresa, que también quiso el legislador materializar en el ámbito concursal. Desde la entrada en vigor de la LC en el año 2003, la doctrina ha sido

³⁸ Cfr. Art. 59.1 LC.

especialmente crítica con esta parte de la norma, al considerar que, si bien la literatura está bien, la materialización del principio antes mencionado no era posible, dada la farragosa redacción de la norma y la interminable lista de requisitos y excepciones recogida en la misma, que hacían prácticamente imposible llegar a un acuerdo que permitiera evitar la liquidación, y por tanto desaparición, de la empresa concursada.

En el año 2014 se produce una importante reforma en los artículos referidos al convenio, que afecta a los acreedores con garantía real, a través del Real Decreto-Ley 11/2014. Antes de la reforma, el acreedor privilegiado no se veía afectado por el convenio, puesto que tenía derecho de abstención, a no ser que voluntariamente votara a favor del mismo. El artículo 123 LC, en su redacción anterior, contemplaba la posibilidad de asistencia a la junta de acreedores privilegiados y su intervención en las deliberaciones, aunque no eran tenidos en cuenta a efectos del cómputo del quorum de constitución, ni se veían afectados por el convenio en caso de ser aprobado.

El actual art. 123 LC, sigue estableciendo la vinculación del acreedor privilegiado en caso de votar a favor de la aprobación del convenio. Destacar que el artículo establece que, si el acreedor es titular simultáneo de derechos de crédito privilegiados y ordinarios, el voto emitido se presume realizado en virtud de estos últimos, debiendo manifestar expresamente que desea afectar también a los créditos privilegiados.

Con las reformas operadas en los últimos años, hemos podido observar que el legislador es tendente a facilitar la adopción de estos acuerdos, aunque, de acuerdo con la mejor doctrina, no ha podido evitar mantener diferencia en el trato de algunas cuestiones para los créditos de naturaleza privilegiada.

Cuando el acreedor privilegiado emite su voto favorable a la adopción del convenio y este es aprobado y homologado por el Juez del concurso, este acreedor queda vinculado a lo que en el mismo se establezca, respecto de sus crédito y privilegio, si bien en ningún caso el convenio hará venir a menos su privilegio (ex art. 100.3 primer

párrafo LC³⁹). Es decir, cuando analizamos el art. 100.3 LC en relación con el 125.1 LC, observamos que no se considera que dispense trato singular (lo que sería contrario a Derecho, en virtud del principio de la “*par conditio creditorum*”) la propuesta de convenio que mantenga las “ventajas propias de su privilegio⁴⁰”.

Esto implica, que salvo que se establezca expresamente en el convenio, nada impide al acreedor mantener su privilegio, y por tanto el derecho a la ejecución singular y separada del bien sobre el que recae el privilegio. Esto opera tanto para los acreedores que voten a favor del convenio, como para los que voten en contra.

También en favor de facilitar la constitución de la junta de acreedores, la Ley 9/2015 ha modificado el art. 116.4 LC. Antes era necesaria la concurrencia de acreedores que ostentasen la mitad del pasivo ordinario, pero ahora se entiende que la junta está válidamente constituida siempre que concurren acreedores que representen al menos la mitad del pasivo que pueda resultar afectado por el convenio (excluidos los subordinados). Se ha modificado también los arts. 123 y 124 LC para que los acreedores privilegiados que voten a favor de la propuesta se consideran incluidos dentro del pasivo ordinario a efectos de quorum.

Respecto de los efectos del convenio sobre el acreedor con garantía real, recogidos en el art. 134 LC, lo primero que cabe destacar es que la aprobación del convenio no implica que automáticamente este afecte al acreedor que no ha votado a favor de la propuesta, incluso aunque el bien sobre el que descansa la garantía haya sido calificado por el Juez como necesario para la continuidad de la actividad.

Parece relevante traer a colación las conclusiones de los Magistrados de lo Mercantil de Madrid sobre unificación de criterios de las reformas operadas por la Ley 11 y 17/2014: “(Al ser el art. 134.3 LC) una norma de extensión de efectos del convenio (...) se ha de entender que los acreedores privilegiados disidentes sufren dichos efectos por mor de dicha extensión, pero están legitimados para oponerse a la aprobación del convenio (...) y en cuanto a los efectos respecto de los garantes personales, estos

³⁹ “En ningún caso la propuesta podrá consistir en (...) la clasificación de créditos establecida por la Ley, ni de la cuantía de los mismos fijada en el procedimiento (...)”.

⁴⁰ Art. 125.1 LC.

acreedores privilegiados (...) conservarán los derechos contra dichos garantes en toda su amplitud, de acuerdo con lo recogido en el art. 135.1 LC⁴¹”

Nos planteamos ahora qué ocurre en caso de incumplimiento del convenio por parte del deudor. Como ya hemos mencionado, es posible que haya acreedores privilegiados que se vean vinculados por el convenio habiendo incluso votado en contra. Tanto estos acreedores como los que se hayan adherido voluntariamente al convenio podrán iniciar (o reanudar en su caso) la ejecución separada de la garantía desde la declaración de incumplimiento (ex art. 140.4 LC).

Es importante destacar que el plazo que tienen para llevar a cabo la ejecución separada es hasta que se apruebe el plan de liquidación, en cuyo momento decae el derecho de ejecución separada y habrán de atenerse a lo establecido en dicho plan.

3.4 Fase de liquidación del concurso: realización del bien garantizado

Establece el art. 155.3 LC que *“cuando haya de procederse dentro del concurso, incluso antes de la fase de liquidación, a la enajenación de bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial, el juez, a solicitud de la administración concursal y previa audiencia de los interesados, podrá autorizarla con subsistencia del gravamen y con subrogación del adquirente en la obligación del deudor, que quedará excluida de la masa pasiva.”* Es decir, puede hacer que sea otro el que asuma el gravamen, sacando de esta forma el crédito de la masa activa y haciendo desaparecer el crédito con privilegio especial.

En caso de no autorizarla en estos términos, el precio obtenido se destinará al pago del crédito con privilegio especial, y si hubiera excedente, al pago de los demás créditos. En estos casos, el acreedor hará suyo el montante que no exceda de la deuda originaria⁴². Es decir que el acreedor con privilegio especial tendrá derecho a percibir

⁴¹Art. 135.1 LC: “Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos.”

⁴² Existe una discusión respecto de si los intereses se incluyen dentro de la deuda originaria, o debe operar el límite de los 9/10 del valor razonable que establece el art. 94.5 LC en la venta directa o la dación en pago.

como máximo el equivalente a su deuda originaria o de la responsabilidad máxima hipotecaria.

Para la liquidación de los bienes y derechos del concursado, el art. 149.2 LC se remite a las normas de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC). En el caso de los bienes afectos a créditos con privilegio especial, se realizarán siempre mediante subasta⁴³ (ex art. 155.4 LC), *“salvo que, a solicitud de la administración concursal o del acreedor con privilegio especial dentro del convenio, el juez autorice la venta directa o la cesión en pago o para el pago al acreedor privilegiado o a la persona que él designe, siempre que con ello quede completamente satisfecho el privilegio especial, o, en su caso, quede el resto del crédito reconocido dentro del concurso con la calificación que corresponda.”*

En el plan de liquidación debe el Administrador concursal incluir también un plan de realización del activo del deudor. Este plan puede prever una forma de realización alternativa o complementaria a la establecida en el art. 149 LC⁴⁴, pero siempre respetando los requisitos establecidos en el art. 155 LC. Es decir, que el Administrador puede incluir en su plan de liquidación el bien hipotecado, siempre que respete lo previsto en el art. 155 LC.

Existe una discusión acerca de si el Administrador puede otorgar al acreedor hipotecario las facultades que en la LEC tiene el ejecutante (el beneficio de participar en la subasta eximiéndole de la consignación del 5% del avalúo (art. 647.2 LEC), la posibilidad de adjudicarse la finca si la subasta resulta desierta (art. 670 y 671 LEC), la facultad de ceder a un tercero su remate (art. 647.3 LEC), entre otros). La jurisprudencia entiende que no es posible, puesto que no existe ejecutante⁴⁵. Pero siguen existiendo dudas si la subasta concursal está contemplada en el plan de liquidación, y la ejecución

⁴³ Recordar que es posible que el acreedor esté siguiendo la ejecución separada, y que existen algunas diferencias entre la subasta en ejecución y la subasta en liquidación (el más relevante, el valor de tasación: en ejecución viene dado por el que consta en el título ejecutivo, mientras que en sede concursal es el que conste en el inventario).

⁴⁴ Las reformas de artículo establecen el carácter imperativo de las mismas, por lo que se aplicarán obligatoriamente a la liquidación en fase común, como consecuencia de la remisión del art. 43 al art. 149 LC.

⁴⁵ Auto JM núm. 1 Oviedo 21/03/2012.

es separada del concurso (o bien se sigue ante el Juzgado de lo Mercantil, pero en pieza separada), puesto que en estos casos no hay dudas de que el ejecutante es acreedor hipotecario, y conserva todas las facultades inherentes a su condición.

4. Estudio del fundamento de estos privilegios

Constituye, este epígrafe, el núcleo fundamental del trabajo, en el que vamos a tratar de explicar cuál es el fundamento de estos privilegios descritos supra. Es decir, vamos a estudiar si la aparición de estos privilegios en el procedimiento concursal es necesaria, debido a la naturaleza jurídica de los créditos con garantía real, o es más bien una concesión del legislador.

El interés que suscita este epígrafe radica principalmente en que, en función de la conclusión que alcancemos, podremos proponer reformas concretas encaminadas a facilitar la adopción de acuerdos que eviten la liquidación de las empresas y por tanto la destrucción del tejido empresarial español. Y eso respecto de las empresas y los empresarios persona físicas, pero no olvidemos que también la insolvencia del deudor persona física no empresario está regulada a través del procedimiento concursal y por tanto se podrán proponer también cambios en la regulación del concurso del consumidor⁴⁶.

Con el fin de facilitar el estudio, empezaremos definiendo qué es una garantía real en general, delimitando su naturaleza a través del derecho civil. A continuación, estudiaremos si podemos considerar el principio de conservación de la empresa un verdadero principio rector del procedimiento concursal. Por último, vamos a analizar si con lo expuesto encontramos algún fundamento a esos privilegios.

⁴⁶ Si bien es residual encontrar personas físicas que utilicen la vía del concurso para resolver su estado de insolvencia, puesto que la liquidación concursal no extingue las deudas, sino que seguirá operando el principio de responsabilidad universal (art. 1911 CC), es decir responderá también con las deudas futuras y por tanto el concurso no supone la extinción de las obligaciones. Con la reciente reforma de exoneración del pasivo insatisfecho (o segunda oportunidad) se ha modulado un poco esta realidad, aunque de forma todavía insuficiente en opinión de la doctrina mayoritaria.

4.1 La garantía real: concepto y naturaleza jurídica

La garantía real se circunscribe dentro de los derechos reales establecidos en el Código Civil⁴⁷. Podemos definir estos derechos como aquellos que vinculan a una persona (titular) con un bien determinado. Están protegidos por acciones reales que permiten a su titular imponer el poder jurídico frente a cualquiera que tenga el bien o que le perturbe el ejercicio que le corresponde.

Es común en el tráfico que algunas operaciones cuenten con garantías. Existirá una obligación principal que vincula al acreedor y el deudor y, para garantizar el cumplimiento de esto se crea una obligación secundaria. La garantía puede ser personal o real; la primera no tiene en cuenta ningún bien, sino que es un tercero el que garantiza que, en caso de incumplimiento de la obligación principal, será él quien responda de esa deuda; las segundas son aquellas en las que el deudor ofrece como garantía un bien (propio o ajeno).

Por tanto, las garantías reales consisten en la adscripción de uno o varios bienes determinados, del deudor o de un tercero, a la satisfacción de un determinado crédito mediante su realización y venta; ello con carácter preferente y cualquiera que sea el patrimonio en que se encuentren

Lo más relevante, respecto de este trabajo, son las características inherentes a estos derechos: la persecución⁴⁸ y la prelación⁴⁹. Establece el CC que la reipersecutoriedad, del bien que actúa como garantía, es “*de esencia de estos contratos*”, es decir que forma parte de la naturaleza de estos derechos el poder actuar sobre los bienes que garantizan la obligación principal (siempre cuando esta se haya incumplido o sea exigible), para realizarlos y satisfacer así la obligación principal.

Respecto de la prelación en el cobro, supone la ruptura del principio de la *par conditio creditorum*, porque supone (en el caso del concurso) que los acreedores cuyas

⁴⁷ Regulados en el Título XV del Código Civil.

⁴⁸ Viene establecido en el artículo 1858 CC.

⁴⁹ Como hemos visto que establece la legislación concursal.

obligaciones tengan constituida una garantía real tendrán derecho a cobrar con preferencia al resto de acreedores.

En los derechos reales de garantía hay “*un refuerzo de la obligación y de la responsabilidad patrimonial sobre un determinado bien, sometido a las facultades de reipersecutoriedad y realización de valor erga omnes. Es una sujeción o afección especial añadida.*”⁵⁰. Esta afección especial tiene un carácter legal, es decir que es la ley, como hemos señalado supra, la que la establece. Más adelante volveremos sobre el carácter legal de estas notas.

En conclusión, podemos establecer (de manera provisional, al menos) que forman parte de la naturaleza de la garantía real tanto la reipersecutoriedad, como la prelación en el cobro, puesto que así está establecido en nuestro ordenamiento jurídico. Es decir que son inherente a las garantías reales estas notas y, por tanto, sin ellas se desnaturalizaría esta institución.

4.2 ¿Están, entonces, fundamentados los privilegios de los créditos con garantía real en el concurso?

La respuesta a la pregunta formulada no es sencilla, puesto que consideramos que, con todo lo expuesto supra, debemos decir que por un lado sí están fundamentados estos privilegios, pero al mismo tiempo consideramos que tampoco existe ningún impedimento para que decaigan, en pro de facilitar la adopción de acuerdos entre deudor concursado y sus acreedores (evitando de esta manera la destrucción del tejido empresarial, en el caso de los empresarios, o la ruina económica, en el caso de los consumidores personas físicas). Esto es lo que trataremos de desarrollar en este apartado.

Como explicamos previamente, es inherente a la naturaleza jurídica de la garantía real gozar de reipersecutoriedad. Esto implica el derecho del acreedor con garantía real de, en caso de incumplimiento por parte del deudor, a realizar el bien que garantiza la obligación principal y, con lo obtenido con esa venta, satisfacer su crédito.

⁵⁰ ESCUDERO PRIETO, M., “Crítica a los privilegios del crédito fuera del concurso de acreedores.” *Actualidad Civil*, nº 2, enero de 2007, pág. 137.

El concurso es el procedimiento que trata de dar satisfacción a los intereses de los acreedores de un deudor que está en situación de insolvencia (o que prevé que va a estarlo), es decir que no va a poder cumplir con sus obligaciones de forma genérica. Con la declaración del mismo, el legislador ha decidido que se superponga el interés general al particular, para conseguir satisfacer a todos los acreedores, y no sólo a los que más rápido ejerciten las acciones encaminadas a la satisfacción judicial de sus créditos.

Pero, una vez establecido que todos los acreedores deben someterse al procedimiento concursal, es decir que opera la vis atractiva del concurso, carece de sentido establecer la igualdad total de los acreedores. En el caso concreto de los acreedores con garantía real, verían totalmente desnaturalizado su derecho, puesto que una de las notas esenciales y definitorias del mismo desaparecería. Si privamos a los acreedores reales de la posibilidad de realizar el bien sobre el que recae la garantía, dejaríamos sin sentido esta institución jurídica.

No debemos olvidar, además, que las garantías reales tienen un carácter secundario, es decir que únicamente están para garantizar una obligación principal. Estas garantías suelen constituirse cuando la principal que garantizan tiene una cierta entidad, especialmente en términos cuantitativos; lo normal suele ser que se utilicen en contratos de financiación. Si el concurso de acreedores desdibujara las garantías reales, hasta el punto de igualarlas al resto de créditos concursales⁵¹, lo único que conseguiría es desincentivar la financiación, lo cual sería perjudicial para los empresarios, que muchas veces necesitan acudir a estos medios para continuar o crecer en su actividad.

Por tanto, debemos concluir que es inherente a la naturaleza jurídica de las garantías reales el tratamiento privilegiado que reciben en el proceso concursal. El mantener la posibilidad de la ejecución singular de la garantía fuera del concurso⁵², la prelación en el cobro frente al resto de acreedores⁵³, la posibilidad de cobrar su crédito

⁵¹ Cuando decimos igualarlas, nos estamos refiriendo a que se privara la posibilidad de instar la ejecución separada del bien, al igual que al resto de los créditos concursales (excepto los créditos públicos).

⁵² Art. 56 LC.

⁵³ Art. 155 LC

con la realización del bien que lo garantiza⁵⁴, etc, son un simple reflejo de la naturaleza propia de las garantías reales.

Pero, incluso habiendo concluido que los privilegios responden a la naturaleza jurídica de la institución de la garantía real, podemos encontrar fundamento jurídico igualmente válido para decir que estos privilegios pueden (y en nuestra opinión, deben) ser modulados. Para introducir esta realidad, nos parece relevante traer a colación el apartado V de la Exposición de Motivos de la LC, que establece en su segundo párrafo:

“Se considera que el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso, y que sus excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas.”

Además, muchos autores han defendido que el origen de los privilegios tiene un carácter legal, y en consecuencia político. Sirvan como ejemplo estas palabras de GARRIDO *“es la Ley la que declara añadido el privilegio a una causa del crédito, y donde falta a este objeto la voluntad de la Ley, no puede suplirla la voluntad de las partes⁵⁵”*. Este sería, desde nuestro punto de vista, fundamento suficiente para defender que estos privilegios se pueden modular y que es el legislador el que está legitimado para ello.

En ese sentido, hemos de tener en cuenta que el panorama concursal actual no es muy esperanzador, ni para las empresas ni para los acreedores. Más del 90% de los concursos que inician la fase sucesiva lo hacen para liquidar, y en estos casos, los acreedores no llegan a cobrar ni siquiera el 50% del importe de su crédito⁵⁶. Esto significa que se están destruyendo muchas empresas⁵⁷, algunas de las cuales podrían

⁵⁴ Art. 155.5 LC.

⁵⁵ GARRIDO, J. M^a., *Garantías reales y par conditio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999, pág.131.

⁵⁶ Los últimos datos disponibles son los del año 2014, que los podemos encontrar desglosados y analizados en el *“Anuario de Estadística Concursal 2014 del Colegio de Registradores”*. [Disponible en: <http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/estadisticas-mercantiles/estadistica-concursal/>].

⁵⁷ Ya en el Preámbulo de la Ley 14/2013, el legislador utiliza los datos de destrucción de empresas para justificar la adopción de medidas tendentes a facilitar la adopción de los acuerdos, cuando dice *“España viene atravesando una grave y larga crisis económica con agudas consecuencias sociales. Entre 2008 y 2012 se han destruido casi 1,9 millones de empresas en España, más del 99,5 por ciento de ellas con*

continuar su actividad si se pusieran más facilidades para alcanzar acuerdos con los acreedores.

El origen de este escenario es muy diverso, y no es el objetivo de este trabajo culpar a los acreedores con garantía real del mismo. Tampoco quisiéramos defender que hay que salvar a toda costa a los deudores concursados, puesto que entendemos que hay situaciones en las que el deudor concursado ha actuado con poca diligencia, ha administrado mal su patrimonio, o simplemente que la empresa no es viable, y por tanto es necesario liquidar para satisfacer, aunque sea mínimamente, a los acreedores.

Sin embargo, sí que nos gustaría exponer una serie de consideraciones sobre los mencionados privilegios, que, creemos, podrían contribuir a facilitar la adopción de soluciones que en el medio y largo plazo sean beneficiosas para los acreedores, para el deudor e, incluso, para el crecimiento y fortalecimiento del tejido empresarial español, así como adaptar la institución concursal para que sea el mecanismo adecuado para dar solución a la insolvencia de las personas físicas no empresarias.

La tendencia del legislador en el sentido que nosotros apuntamos es clara, pues ha aceptado que, si bien el concurso estaba pensado para la satisfacción de los acreedores cuando el deudor no pudiera hacer frente a sus obligaciones de forma genérica, la actual situación de crisis económica está poniendo de manifiesto que se deben buscar soluciones distintas de la liquidación que consigan satisfacer todos los intereses en juego.

Así lo reconoce nuestro legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización, diciendo: *“En la situación económica actual, son necesarios tanto cambios en la cultura empresarial como normativos, al objeto de garantizar que el fracaso no cause un empobrecimiento y una frustración tales que inhiban al empresario de comenzar un nuevo proyecto y pase a ser un medio para aprender y progresar.”* Y por estos motivos

menos de 20 asalariados, frente a la creación de 1,7 millones de empresas, a pesar de la grave situación del desempleo en España.”

se han introducido mecanismos de negociación extrajudicial de soluciones, así como la posibilidad de un “*fresh start*” o segunda oportunidad⁵⁸.

Es por ello que procede ahora profundizar brevemente en el principio de conservación de la empresa, que es el fundamento utilizado en última instancia por nuestro legislador para llevar a cabo las últimas reformas, tendentes a evitar la destrucción de empresas.

4.3 Principio de conservación de la empresa

Históricamente ha habido dos modelos para resolver las situaciones de crisis empresarial: el método de mercado y el método gubernativo. El primero de ellos persigue, por medio de la liquidación del patrimonio del deudor, la satisfacción de sus acreedores y se caracteriza por ser general, judicial y esencialmente sancionador. A finales del siglo XIX se evidencian los perjuicios que supone la aplicación de este modelo, por el excesivo número de empresas que desaparecen; y comienza una corriente que se preocupa por la conservación de la empresa. El método gubernativo se encuentra en el extremo contrario, es decir es esencialmente conservativo, siendo su finalidad la satisfacción de los intereses implicados mediante un plan que modifique la estructura crediticia de la empresa y permita su continuidad o transmisión. Es decir, se pasa de un extremo a otro: de liquidar todas las empresas en situación de insolvencia a conservarlas a toda costa.⁵⁹

Pero, como explica ZABALETA “*en las últimas décadas la evolución de los ordenamientos de los países europeos se ha orientado hacia un método mixto, que trata de conciliar la satisfacción de los acreedores con el principio de conservación de la empresa.*”⁶⁰ Como hemos expuesto supra, este es el modelo que ha acogido nuestro sistema concursal.

⁵⁸ Cuya denominación adecuada, establecida por el legislador, es exoneración del pasivo insatisfecho, regulada en el artículo 178 bis LC.

⁵⁹ Si se busca un desarrollo más exhaustivo de esta evolución histórica, consultar ZABALETA DÍAZ, M. *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Thomson Civitas, 2006.

⁶⁰ ZABALETA DÍAZ, M. *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, op.cit., pág. 30.

Para poder enmarcar bien la importancia del principio de conservación de la empresa, resultan muy ilustrativas las palabras de ESTASEN:

“(…) hay un interés social en evitar las quiebras y por lo tanto deben apurarse todos los recursos antes de llegar a ellas. A toda costa conviene que no desaparezcan las Casas de comercio, los Bancos, las Sociedades mercantiles, las Entidades comerciales, pues es lástima y gran perjuicio para el Estado que por la codicia de un acreedor se deshaga una casa de comercio, se inutilice un hombre de negocios, se desorganice un establecimiento mercantil o industrial, que significa un conjunto de elementos difíciles de reunir y una gran cantidad de riqueza acumulada en un organismo económico.”⁶¹

Traducido al lenguaje de nuestra actual legislación concursal, podemos decir que existe un interés social en evitar la liquidación de las empresas y que deben agotarse todos los recursos antes de pasar a la liquidación de la empresa.

A todo lo expuesto podemos añadir también que, *“si la finalidad de los procedimientos concursales es la satisfacción de los acreedores, la experiencia está demostrando que esto pocas veces se cumple, ya que generalmente las cuotas de satisfacción obtenidas por los acreedores son muy exiguas.”⁶²*

Por tanto, podemos concluir con ZABALETA que *“si bien no puede hablarse de un principio en la Ley Concursal en el sentido clásico, (…) puede admitirse que se trata de un interés o principio inspirador⁶³.”* Además de ser la propia Ley la que evidencia esto, hemos visto también que es la tendencia tanto en nuestro ordenamiento jurídico, a la luz de las reformas acometidas, como en nuestro entorno más cercano.

En este sentido, observamos en nuestra propia Ley Concursal que, si bien es cierto que busca la satisfacción de los acreedores como *“finalidad esencial”⁶⁴*, no es

⁶¹ Citado por BISBAL MÉNDEZ, J. en *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Bolonia, Publicaciones del Real Colegio de España, 1986.

⁶² Cfr. ZABALETA DÍAZ, M. *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Op.cit. pág. 31.

⁶³ Idem, p.36.

⁶⁴ Exposición de Motivos de la LC.

menos cierto que esta Ley no es ajena a las ventajas que, tanto para los acreedores como para el resto de intereses afectados por la insolvencia, pueden derivarse de la conservación de la empresa. De hecho, así se desprende de la propia Exposición de Motivos cuando establece que *“aunque el objeto del concurso no sea el saneamiento de empresas, un convenio de continuación puede ser instrumento para salvar las que se consideren total o parcialmente viables, en beneficio no sólo de los acreedores, sino del propio concursado.”*

Más adelante, en el apartado VI de la misma, dice el legislador *“el convenio es la solución normal del concurso, que la ley fomenta con una serie de medidas, orientadas a alcanzar la satisfacción de los acreedores a través del acuerdo contenido en un negocio jurídico en el que la autonomía de la voluntad de las partes goza de una gran amplitud.”*

Tal es la importancia de conseguir la conservación de la empresa frente a su liquidación, que hemos vivido en los últimos años una batería de reformas en el ámbito concursal cuya finalidad era precisamente esta: evitar la destrucción del tejido empresarial español⁶⁵.

5. Conclusiones

Hemos visto que los créditos con garantía real gozan de una serie de privilegios en el marco del concurso de acreedores. Después de haberlos estudiado en profundidad, hemos concluido que efectivamente estos responden a la naturaleza jurídica de las garantías reales, es decir que forman parte de la esencia de esta institución.

Pero también hemos concluido que muchas veces estos privilegios son un impedimento para que los concursos alcancen una solución distinta de la liquidación. Ha quedado constatado que la desaparición de las empresas no es buena para la

⁶⁵ Entre otras: la Ley 14/2013, de 27 de septiembre, de apoyo a los emprendedores y su internacionalización ;el Real Decreto-ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial; en el Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal; en la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y en el Real Decreto-ley 1/2015, de 27 de febrero, de mecanismo de segunda oportunidad, reducción de carga financiera y otras medidas de orden social.

generación de riquezas, puesto que son estas las mayores generadoras de riquezas de un Estado. Una de las soluciones que pudieran conseguir este propósito, es rebajar el contenido de estos privilegios y dar incentivos a estos acreedores para que les sea atractivo tratar de buscar una solución que no conlleve la desaparición de las empresas.

Analizando los principios que inspiran el concurso de acreedores en nuestra actual legislación, debemos concluir que existe fundamento jurídico suficiente para abogar por una modulación a la baja de estos privilegios, en base, fundamentalmente, al principio de conservación de la empresa.

Por eso, han sido tan bien recibidas por la doctrina y los operadores jurídicos las últimas reformas en materia concursal, que siguen esta tendencia. El hecho de que con la introducción de los AEP se impidiera la ejecución de la garantía real que grave bienes necesarios para la continuidad empresarial o la vivienda habitual (en el caso de las personas físicas) durante un plazo de 3 meses (2 en el de la vivienda habitual), ha supuesto un avance significativo⁶⁶.

Que los acuerdos de refinanciación regulados, en el art. 71 bis LC, contemplen que si se consigue la adopción del acuerdo este no sea rescindible, es un incentivo muy bueno para que los acreedores con garantía real participen en las negociaciones y estén dispuestos a intentar llegar a un acuerdo.

Que se haya establecido la exoneración del pasivo insatisfecho, es decir la segunda oportunidad, supeditada al cumplimiento de unos requisitos, es un avance muy importante. Si bien es cierto que en el ámbito de la segunda oportunidad los acreedores privilegiados siguen gozando de un trato preferente, puesto que el pago de los mismos es uno de los requisitos para acogerse a este beneficio.

⁶⁶ A pesar del avance, es necesario reformar el concurso de acreedores como procedimiento para dar solución a la situación de insolvencia de los deudores personas físicas no empresarias, puesto se ha demostrado totalmente ineficaz. Hay un sector importante de la doctrina que defiende establecer un procedimiento concursal específico para tramitar y resolver estas situaciones. Se recomienda, para profundizar en este sentido: SÁNCHEZ JORDAN, E., *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado. En especial su aplicabilidad a las deudas derivadas de vivienda*, Thomson-Reuters, 2016.

Como incentivo, ha sido muy aplaudida la inclusión (y progresivas modificaciones) de la Disposición Adicional 4ª LC, que establece las condiciones para que se produzca una extensión subjetiva de los efectos de un acuerdo de refinanciación a los acreedores no firmantes, incluidos los acreedores con garantía real.

Pero, a pesar de que el legislador ha ido modulando y rebajando la influencia de los privilegios de estos créditos en el concurso (de manera poco ordenada y dando la impresión de hacerlo mal y a destiempo), es claro que no es suficiente.

Es decir, que eso que el legislador apuntaba en la Exposición de Motivos de que “*el convenio es la solución normal del concurso*”, no está siendo realidad, precisamente porque las medidas articuladas para hacerlo realidad se han demostrado insuficientes⁶⁷.

Si queremos conseguir que estas crisis empresariales (y personales) no acaben en liquidación, es necesario seguir atenuando la influencia de estos privilegios y sobre todo generar incentivos para que los acreedores con garantía real de verdad se vean compelidos a facilitar la consecución una solución que sea satisfactoria para todos los intereses en juego.

Porque es necesario que todos hagamos un esfuerzo para conseguir salir de la crisis en que nos encontramos. Es preciso que sigamos por la senda que hemos iniciado, facilitando que deudores y acreedores consigan soluciones que satisfagan a todos, evitando, en la medida de lo posible, acabar con las empresas, fuentes de producción de riqueza de nuestro país. Y para ello es preciso, entre otras cosas, seguir rebajando la influencia de los privilegios que tienen los acreedores con garantía real.

⁶⁷ SANCHEZ-CALERO trata el tema del fracaso del convenio como solución normal en su blog, en un a entrada cuyo título es muy ilustrativo *El fiasco del convenio concursal*. [Disponible en: <http://jsanchezcalero.com/el-fiasco-del-convenio-concursal/>].

Bibliografía

1. *Anuario de Estadística Concursal 2014 del Colegio de Registradores*. [Disponible en: <http://www.registradores.org/portal-estadistico-registral/estadisticas-mercantiles/estadistica-concursal/>].
2. BISBAL MÉNDEZ, J., *La empresa en crisis y el Derecho de quiebras (Una aproximación económica y jurídica a los procedimientos de conservación de empresas)*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia 1986.
3. BLANQUER UBEROS, R., *Las garantías reales en el concurso*, Editorial Civitas, Madrid, 2006.
4. ESCUDERO PRIETO, M., “Crítica a los privilegios del crédito fuera del concurso de acreedores”, *Actualidad Civil*, nº 2, enero de 2007.
5. GARRIDO, J. M^a. *Garantías reales y par conditio*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 1999.
6. JIMÉNEZ SÁNCHEZ, GUILLERMO J., *Nociones de Derecho mercantil*, Editorial Marcial Pons, 2015,
7. MENÉNDEZ.A Y ROJO.A (dir.), *Lecciones de derecho mercantil*, volumen II, editorial Thomson Reuters, 2014.
8. PELLICER, LL, “Solo el 7,5% de las empresas que entran en concurso sobreviven”, *El País*, Madrid, 6 de diciembre de 2015.
9. SÁNCHEZ JORDAN, E., *El régimen de segunda oportunidad del consumidor concursado. En especial su aplicabilidad a las deudas derivadas de vivienda*, Thomson-Reuters, 2016.
10. SÁNCHEZ-CALERO GUILARTE, J. “El fiasco del convenio concursal”., diciembre de 2015. [Disponible en: <http://jsanchezcalero.com/el-fiasco-del-convenio-concursal/>].
11. SANCHO GARGALLO, I. *Practicum concursal*, editorial Aranzadi, 2014.
12. THOMAS PUIG, P, “El crédito con garantía real en el concurso”, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, nº 24, 2016.
13. ZABALETA DÍAZ, M. *El principio de conservación de la empresa en la Ley Concursal*, Thomson Civitas, Madrid, 2006.