

¿Tiene «valor de garantía» en el concurso una prenda de crédito en un contrato bilateral de tracto sucesivo?

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Comento el extremo más descuidado, pero más interesante, de la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala Primera) 694/2020, sobre una prenda de créditos futuros nacida de una relación bilateral en la que un tercero se ha subrogado al adquirir en liquidación concursal la unidad productiva de la que forma parte el contrato.

1. Los hechos

El 22 de diciembre del 2011, la (luego) concursada (CITD) y Airbus firman un contrato denominado *de modificación* de los contratos firmados en el 2003, en el que dirimen las discrepancias surgidas entre ellas. En el contrato las partes convienen la «terminación» de los contratos firmados en el 2003 y como consecuencia de la cancelación acuerdan lo siguiente: Airbus pagará 22 500 000 dólares estadounidenses, suma que se compensa en parte con los 10 500 000 dólares adeudados por CITD por una inversión realizada por Airbus que se describe en el propio acuerdo. En cuanto a la cantidad restante (12 000 000 dólares), las partes pactan que se abonarán de la siguiente forma: a) 4 500 000 dólares pagados en metálico, según el desglose por cada uno de los dos contratos que se reseñan en el acuerdo; b) 7 500 000 dólares que se pagarán en ochenta y cuatro pagos mensuales de 89 285,71 dólares. Asimismo, las partes acuerdan que la concursada prestará servicios de ingeniería «sin cargo» valorados en 4 000 000 dólares estadounidenses, de acuerdo con los precios acordados entre las partes.

Advertencia legal: Este análisis sólo contiene información general y no se refiere a un supuesto en particular. Su contenido no se puede considerar en ningún caso recomendación o asesoramiento legal sobre cuestión alguna.

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

Maquetación: Rosana Sancho Muñoz • Diseño: José Ángel Rodríguez León y Ángela Brea Fernández

En el concurso de CITD, el Banco Mare Nostrum (BMN) tiene reconocido un crédito de 1 556 929,86 euros, clasificado como crédito con privilegio especial al estar garantizado con una prenda sobre los créditos que la concursada tenía frente a Airbus derivados de los contratos referidos. Esta condición de privilegiado especial había sido reconocida en segunda instancia, después de que la venta de la unidad productiva hubiera tenido lugar.

Durante la fase común se aprobó la venta de dos unidades productivas de la concursada a favor de CITD por un total de 1000 euros: 500 euros por el contrato suscrito con Airbus y los otros 500 euros por los restantes bienes y derechos. En el auto se decía que los bienes se adquirirían libres de cargas y gravámenes. Cuando se realizó esta venta de la unidad productiva, el juzgado había rechazado la pretensión del Banco Mare Nostrum de que se clasificara su crédito con privilegio especial y estaba pendiente la apelación; a consecuencia de ésta se le reconoció esa clasificación. Pero mediante un auto de aclaración del auto de aprobación de la venta de unidad productiva, el juzgado advirtió lo siguiente: «... se pone de manifiesto a las partes y sobre todo a la adquirente de la unidad productiva, la situación de pendencia de apelación de una sentencia en un incidente concursal tramitado en el procedimiento en relación con derechos de crédito pignorados a favor de la referida entidad financiera».

Airbus comunicó que después de la declaración de concurso ingresó los 89 285,71 dólares mensuales en la cuenta de la administración concursal y que, tras serle notificada la venta de la unidad productiva, efectuó los ingresos en una cuenta de CITD (de junio del 2015 a julio del 2016 abonó a la adjudicataria 1 249 999,94 dólares). Atendida la disputa entre los litigantes, Airbus anunció que a partir de entonces los pagos mensuales de 89 285,71 dólares los efectuaría en la cuenta de consignaciones del juzgado.

2. La sentencia

En la Sentencia 625/2017, de 21 de noviembre, la Sala interpretaba la normativa aplicable al presente caso, que surgió del Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, y de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, que modificaron el régimen de enajenación de unidades productivas en el concurso de acreedores. El apartado 2 del artículo 149 de la Ley Concursal pasaba a regular con mayor detalle la cuestión controvertida en el asunto resuelto por aquella sentencia (la participación de los acreedores hipotecarios en la realización de una unidad productiva que incluye el bien hipotecado cuando se transmite sin subsistencia de la garantía), que es equivalente a la que se plantea en el presente caso. La interpretación que se hizo de esa normativa y que ahora se reitera era la siguiente:

Para los bienes y derechos afectos a créditos con privilegio especial se aplicará lo dispuesto en el artículo 155.4. Si estos bienes estuviesen incluidos en los establecimientos, explotaciones y cualesquiera otras unidades productivas de bienes o de servicios

pertenecientes al deudor que se enajenen en conjunto, se aplicarán, en todo caso, las siguientes reglas:

- a) Si se transmitiesen sin subsistencia de la garantía, corresponderá a los acreedores privilegiados la parte proporcional del precio obtenido equivalente al valor que el bien o derecho sobre el que se ha constituido la garantía suponga respecto a valor global de la empresa o unidad productiva transmitida.

Si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94 será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase, según determinación del artículo 94.2. En tal caso, la parte del valor de la garantía que no quedase satisfecha tendrá la calificación crediticia que le corresponda según su naturaleza.

Si el precio a percibir fuese igual o superior al valor de la garantía, no será preciso el consentimiento de los acreedores privilegiados afectados.

La norma reconoce una participación a los acreedores con privilegio especial que conlleva un derecho de ejecución separada (al margen de cómo se encuentran afectados en la práctica por lo previsto en los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal) cuando la enajenación de la unidad productiva afecte al bien gravado y el precio asignado no cubra el valor de la garantía. En esos casos «será necesario que manifiesten su conformidad a la transmisión los acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada, que representen al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza afectado por la transmisión y que pertenezcan a la misma clase». Esta previsión constituye un complemento del régimen previsto en el apartado 4 del artículo 155 de la Ley Concursal, que a estos efectos no ha sido modificado y que introduce una especialidad en caso de venta de unidades productivas. Esta especialidad presupone la regla general de que si se ve afectado un único acreedor con privilegio especial que tenga derecho de ejecución separada, en ese caso no puede realizarse la venta por un precio inferior al mínimo que se hubiese pactado sin contar con su conformidad.

La singularidad del actual artículo 149.2 de la Ley Concursal consiste en que, cuando la venta de la unidad productiva afecta a varios acreedores con privilegio especial que tengan derecho de ejecución separada sobre bienes incluidos en la unidad productiva, en ese caso, la exigencia de conformidad de estos acreedores se cumple cuando la prestan al menos quienes representen el 75 por ciento de este pasivo afectado. Esto es, la conformidad de los acreedores que representen el 75 por ciento de estos créditos afectados permite arrastrar al resto. Si no existiera esta salvedad, sería necesario el consentimiento de todos los acreedores privilegiados con derecho de ejecución separada afectados por la venta de la

unidad productiva siempre que la parte del precio obtenido que les fuera asignado a los bienes gravados fuera inferior al valor de la garantía, lo que dificultaría la venta de la unidad productiva. El legislador, al valorar los intereses en juego, ha optado por la regla de la conformidad de la mayoría reforzada del pasivo afectado (el 75 por ciento) y así mitigar con ello la exigencia del consentimiento unánime de los acreedores afectados.

Una de las dos unidades productivas enajenadas por el precio de 500 euros —el contrato suscrito con Airbus— afectaba a los créditos que habían surgido a favor de la concursada de esa relación contractual y que estaban pignoralos no sólo por el del Banco Mare Nostrum, sino también por otra entidad. En principio, si el precio ofrecido por la venta de la unidad productiva no cubría el valor de la garantía de estas prendas de créditos, conforme a la interpretación expuesta del artículo 149 de la Ley Concursal era necesario que prestara su conformidad el acreedor pignoralicio y, si eran varios, aquellos que representaran al menos el 75 por ciento del pasivo de esta naturaleza (privilegio especial con derecho de ejecución separada) afectado por la transmisión y que pertenecieran a la misma clase. No consta que los acreedores titulares de las prendas de créditos que finalmente fueron reconocidos como créditos con privilegio especial hubieran prestado su consentimiento conforme a esta regla, sin que el hecho de no haberse opuesto expresamente a la venta de la unidad productiva pueda equipararse a estos efectos a la conformidad de esos acreedores. Se da la circunstancia de que, cuando se realizó la venta de la unidad productiva, a esos acreedores no se les habían reconocido créditos clasificados con privilegio especial y estaban pendientes de la apelación que finalmente se lo reconoció. Eso explica que no se recabara su consentimiento, pero no supone que, si —como ocurrió— más tarde llegara a reconocérseles el privilegio especial, no pudieran hacerlo valer frente al adquirente de la unidad productiva, por más que en la adjudicación se hubiera declarado que los activos se transmitían libres de cargas y gravámenes. Máxime cuando el adquirente conocía que estaba pendiente el recurso de apelación sobre la clasificación de estos acreedores (Banco Mare Nostrum y CaixaBank), lo que afectaría a los créditos pignoralos que estaban incluidos en la unidad productiva adquirida. Lo conocía por la advertencia contenida en el auto de complemento al de aprobación de la venta de la unidad productiva, con una mención expresa a que se hacía para que fuera tenido en cuenta por el adquirente.

La sentencia de la Audiencia Provincial que es anulada en casación contenía en el fallo la siguiente declaración, favorable al adjudicatario de la unidad productiva: «... el derecho de crédito pignoralo por Banco Mare Nostrum quedó condicionado a que la concursada o su sucesora en el contrato prestara los servicios de ingeniería comprometidos en el contrato. El crédito, en la medida que formaba parte del contrato, se transmitió con la venta de la unidad productiva, que se llevó a cabo libre de cargas».

Según la Sala de casación, el hecho de que en el marco de la relación contractual de la que surgían los créditos pignoralos en garantía del crédito del Banco Mare Nostrum hubiera prestaciones pendientes de cumplimiento por la concursada no resta eficacia a la garantía en caso de que la transmisión de la unidad productiva conllevara la subrogación de la

adquirente en la posición de la concursada en aquel contrato. El adquirente, al valorar si le conviene la adquisición, tiene que sopesar si le compensa esta subrogación en atención al coste que le puede reportar el cumplimiento de las prestaciones pendientes y a la garantía constituida sobre los créditos surgidos de ese contrato.

3. Comentario

Esta sentencia es rica en consideraciones jurídicas sobre extremos muy importantes del régimen de enajenación concursal y unidades productivas y salvaguarda de los acreedores con privilegio especial. Pero sólo voy a ocuparme de dos extremos de esta sentencia. Dejaré fuera de consideración puntos tales como el consentimiento de los acreedores garantizados para la venta de una unidad productiva sin subsistencia de la garantía y las posibilidades de reacción del adjudicatario de la unidad cuando posteriormente es consciente de que ésta está gravada con cargas reales reconocidas en una sentencia posterior a la adjudicación del activo.

1. *Venta de unidad sin subsistencia de gravamen y sin realización de valor de la garantía*

Según la sentencia, ni el adjudicatario se había subrogado en la carga ni el producto de la realización de la venta cubría el valor de garantía del privilegio especial ni el titular de éste había consentido la venta de la unidad productiva en estas condiciones.

Es notorio que el titular o titulares de los privilegios han de consentir que la enajenación se realice por el precio acordado por la administración concursal y el adquirente, sin subsistencia del gravamen (arts. 210.3, 212 TRLCon). Pero ¿qué ocurre en un procedimiento de enajenación directa (no en una subasta: en este caso, *sólo resultaría que el valor de la garantía estaba sobrevalorado*)? En nuestro caso, ni se puede pagar el crédito privilegiado con el producto de realización ni el adjudicatario está subrogado en la carga. Inevitablemente, en tal caso es ineficaz esta modalidad de liquidación. Pero el Tribunal Supremo no dice que la venta sea ineficaz, sino que CIDT se tiene que endosar la carga.

La Ley Concursal no prevé que el acto patrimonial de liquidación sea impugnabile como si se tratase de una resolución judicial, además de que en el presente caso ya habrían transcurrido todos los plazos. Lo que parece resultar de la sentencia es que el adjudicatario tiene que pagar el valor del crédito pignorado y arreglar sus cuentas como pueda por el resto de la relación sinalagmática que lo vincula con el vendedor concursado.

Pero esto no tiene sentido, porque entonces se aboca a una situación en la que el privilegio especial acaba gravando al adjudicatario, como si se hubiese subrogado en él, en lugar de gravar la masa del concurso, como deudora del precio de realización. La explicación o quiebro final de la Sala, en el sentido de que el adjudicatario tenía que

haberse espabilado sabiendo que había un pleito pendiente, a cuyo riesgo se lanza sin pensarlo dos veces pagando 500 euros por tal unidad productiva, acaba no alterando la decisión del tribunal de apelación. Parece sorprendente, pero me parece cierto. La Audiencia Provincial sostiene que CIDT no se subroga en la carga; lo mismo dice el Tribunal Supremo, pero éste sugiere que sí la paga. ¿Cómo?

En realidad, es difícil saber en qué se traduce el fallo de la sentencia de casación, porque tampoco el motivo del Banco Mare Nostrum era que se le pagara el crédito privilegiado. De hecho, todo parece como si de hecho el adjudicatario se hubiera subrogado en dicha deuda, que es lo mismo que sostenía la Audiencia Provincial, la cual, por cierto, no postulaba —porque parecía que nadie se lo hubiese pedido— que la subrogación en el crédito conforme al artículo 222 del Texto Refundido de la Ley Concursal se hiciera con o sin exclusión de la garantía.

2. *El «valor de garantía» de una prenda de crédito futuro en un contrato sinalagmático de tracto sucesivo*

Voy a dejar de lado las anteriores consideraciones inquietantes y me centro en el asunto del valor de la garantía de la prenda del crédito futuro.

En mi opinión, una «prenda de crédito futuro en una relación bilateral» carece de valor de garantía a los efectos de los artículos 272, 273, 275 y 214 del Texto Refundido de la Ley Concursal y concordantes. En otros términos, esta «prenda» no es ninguna garantía, sino un puro componente de la estructura contractual sinalagmática en cuyo contrato se inserta. De hecho, no puede existir siquiera el pago directo (sin realización) a que se refiere el artículo 430.2 del mencionado texto refundido. En otros términos: ni esta prenda es una garantía ni está dotada de privilegio especial.

Como no es una garantía, en la venta de unidades productivas (liquidativa o no) la prenda en cuestión sigue el régimen del contrato del que es parte. Es indeclinable que el adjudicatario se subroga en la carga, pues ésta no es sino una de las caras de la subrogación contractual del artículo 222 del Texto Refundido de la Ley Concursal. No puede darse el caso de que el adjudicatario no se subroge en esta «carga» si se está subrogando en el contrato.

En el concurso del pignorante cedente, la «prenda» en cuestión no tiene otro valor que el simple contractual que tendría si el contrato hubiese sido construido como una estipulación en favor del tercero del artículo 1257, II, del Código Civil. Que no es poco, pero no es una garantía sobre un crédito.

La cuestión es evidente por lo que sigue en los apartados a continuación. En este punto voy a dejar imperejuzgado en esta nota un extremo importantísimo, que habrá

que tratar más extensamente en otro lugar, y es si el contratante bilateral-cedente de unidad-pignorante *puede o no destruir el valor de garantía de la prenda* mediante conductas postconcursoales que hagan ineficaz sobrevenidamente el contrato del que nace el crédito pignorado o cedido (resolución del contrato, aunque no sólo). En otro lugar intentaré probar, contra la interpretación universal en contra, que sí puede y que la legitimación le corresponde a él y no al titular de la prenda. Pero de momento voy a dejar esto fuera de consideración.

Me parece que esta prenda carece de «valor de garantía», aunque sólo fuera porque la contraparte no concursada (Airbus) puede destruir siempre el valor de la garantía por medio de una resolución contractual por incumplimiento del deudor-pignorante-cedente, incumplimiento posterior al concurso, como será el caso en un contrato de prestaciones sucesivas. O por incumplimiento extraconcursoal ya, si con la liquidación se cerró el concurso. Además, es lo más natural que nuestro deudor-adjudicatario incumpla. El adjudicatario de la unidad, que está todavía ligado por obligaciones no consumadas frente a Airbus, no tiene ningún incentivo de cumplir estas obligaciones porque el activo dinerario se lo lleva el acreedor Banco Mare Nostrum. Es notorio que más pronto que tarde, Airbus resolverá este contrato por incumplimiento de CIDT.

Aunque así no fuera, en un escenario en el que Banco Mare Nostrum reclamara a Airbus el cumplimiento de las obligaciones dinerarias (prescindamos ahora de que este pago ya se hubiera hecho en consignación ante el concurso), Airbus le opondría siempre la excepción de incumplimiento de que el concursado o su sucesor universal tienen pendientes de cumplimiento obligaciones que aún subsisten.

La cosa se observa con nueva perspectiva si considerásemos el caso de que el concursado aún no hubiera cedido en liquidación la unidad productiva y continuara siendo él el titular de la relación jurídica frente a Airbus. Como este concursado no tiene incentivos económicos para el mantenimiento de la relación contractual duradera, podría darse el caso de que exigiera (o su administrador concursal) una resolución en interés del concurso del artículo 165 del Texto Refundido de la Ley Concursal. Es evidente que *podría hacer tal cosa sin contar con el consentimiento del Banco Mare Nostrum*. Ciertamente es que el banco perdería el valor de la garantía y Airbus cobraría de la masa los daños y perjuicios (si hubiere algunos) que le causara la resolución. Pero ¿cobraría también indemnización el Banco Mare Nostrum? El artículo 165 no se ocupa de ello. Lo cierto es que, de cobrar la indemnización por lucro cesante, sería dentro de la estructura del contrato. Dicho de otra forma (que, confieso, causará extrañeza): el concursado no está obligado a indemnizar el lucro cesante del «acreedor privilegiado» de una manera distinta a la indemnización del lucro cesante que tendrá que indemnizar a Airbus, y de ambas indemnizaciones se deducirán los ahorros de costes que para Airbus supone ahorrarse su propia contraprestación. Más claro, puede «destruir» limpiamente la garantía, sin indemnización, porque no está obligado a indemnizar dos

veces. Otra cosa es que el concursado deba pagar al Banco Mare Nostrum y si esta deuda indemnizatoria es una deuda de la masa.

Y, si el concursado fuera Airbus y éste resolviera por el artículo 165 de la Ley Concursal, no tendría otra obligación que abonar al «acreedor» (que yo creo que es el concursado, no el Banco Mare Nostrum) sino la suma neta del interés de cumplimiento, de la que se detrae el ahorro de costes que para el pignorante supone liberarse de la contraprestación, aunque de hecho el acreedor pignoraticio (Banco Mare Nostrum) no estuviera gravado con el coste de esta contraprestación. Airbus «restaría» de la factura debida al Banco Mare Nostrum lo que un tercero distinto de éste estuviera debiendo a Airbus.