

Capital privado

# Acreedor garantizado y garante como acreedores concurrentes en un plan de reestructuración preconcursal (arts. 616.3, 628.2, 652.1 TRLC/2022)

Análisis de tres inadecuadas normas de la nueva Ley Concursal.

## ÁNGEL CARRASCO PERERA

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

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

**D**el paquete de normas que el libro II del Texto Refundido de la Ley Concursal del 2022 dedica a las pretensiones del acreedor garantizado y a las relaciones entre acreedores y garantes, he escogido como primicia de una serie más larga los artículos 616.3, 628.2 y 652.1 de la ley. Tienen que ver con la «calificación» y voto en situaciones de concurrencia de acreedor y garante del deudor afectado por la reestructuración.

Se verá por lo que se cuenta que los tres preceptos *contienen normas equivocadas*, que en algún caso podrán esquivarse haciendo una interpretación militante, pero en otros no se podrán evitar. Este juicio negativo, que justificaré, me parece testimonio suficiente de la calidad en general del nuevo producto legislativo.

1. Según el artículo 616.3 de la Ley Concursal, «los créditos por repetición, subrogación o regreso quedarán afectados en las mismas condiciones que el crédito principal, si así se establece en el plan de reestructuración [...]». En principio, es poco decir que los créditos de regreso tendrán en el plan el tratamiento que éste les asigne, y nos proponemos averiguar si la norma tiene algún contenido sustantivo distinto de lo obvio.

Es notorio que de alguna manera la norma ha querido emular la que en el régimen de concurso establece el artículo 263, es decir, conseguir una suerte de equiparación forzosa de rango entre el crédito principal y el de regreso. Pero no lo consigue, ni tampoco tiene sentido pretenderlo, porque los créditos se comunican en artículo 263 para ser pagados,

mientras que en el plan ni siquiera se comunican, y su único objetivo es votar un plan por clases. Procederé analíticamente. Pero antes no dejaré de advertir un extremo que el intérprete no puede ignorar: los créditos afectados por el plan no se comunican ni se califican en ninguna instancia (¡ni siquiera en la del artículo 663!), lo que hace inevitable que todos entren (o que se produzca preterición) *a la gruesa* y sin mayor depuración (compárese el artículo 352). Pero, entonces, ¿cuándo se depuran? Por ejemplo, ¿cuándo y cómo se determina la posreestructuración si un crédito contingente ha abortado antes de madurar, o bien si un crédito incluido en la clase general de los acreedores ordinarios, pero que es de sujeto especialmente relacionado, debe pagarse en igualdad de rango que el resto de los créditos de esta clase, o si en algún momento se podrá proceder a la discriminación impuesta por el artículo 396.2? Dejaré este interesante extremo para otro debate, y paso directamente al artículo 616.3:

- Supongamos que el crédito de regreso está garantizado; el principal no. Ya antes de la reforma había establecido el Tribunal Supremo que el crédito de regreso no se contamina con la calificación más baja (STS de 8 de junio del 2020), y esto lo repite ahora el inciso final del artículo 616.3. Los dos créditos estarán (deberían estar) en distintas clases.
- Supongamos que el crédito de regreso y el principal están en origen en el mismo rango. No ocurre nada especial, pero el artículo 616.3 explica mal el efecto de «igualación», que no proviene de ninguna exigencia de accesoriedad, sino del hecho de que ambos créditos han de haberse incluido *en principio* (cfr. art. 623.3) en la misma clase

(art. 623.2) y que dentro de cada clase no pueden los distintos créditos ser tratados de manera no paritaria (art. 654.5.º).

- Ahora, el crédito principal es subordinado y el de regreso no lo es (extraconcursalmente). El artículo 263 impondría la «contaminación a la baja» del crédito de regreso. Según la jurisprudencia existente, da igual si el garante se ha subrogado ya por pago o ha comunicado como contingente su crédito de reembolso (STS de 3 de febrero del 2020). Cabe preguntar ahora si el contenido sustantivo del artículo 616.3 es precisamente el de imponer también esta contaminación. Y la respuesta es negativa, por la lógica de clases. Podría decirse que es *porque el artículo 263 equipara el rango de los dos créditos* por lo que el artículo 623.2 impone la inclusión en la misma clase, y es *porque están en la misma clase* por lo que no pueden recibir tratamientos no paritarios. Pero la deducción no es de recibo porque la presuposición del artículo 263 no actúa fuera del concurso.
- El artículo 616.3 *no impone* que ambos créditos concurrentes se hallen en la misma clase, sino que supone que (indebidamente) lo están. Claro que el plan puede incluir un contenido en virtud del cual nuestro acreedor de regreso se contamine en los términos del artículo 263, pero ese contenido no debería ser votado por acreedores de esta condición en una clase de acreedores que no sufren semejante contaminación. Los que reciben un trato propio requieren clase propia.
- Hago un inciso para insistir en que el artículo 616.3 sólo juega en la lógica de clases. En la defectuosísima reforma

del 2022 no se adivina ni si los acreedores especialmente relacionados computan y se encuentran comprendidos por el artículo 628.1 (además de estar comprendido en su caso en la «clase especial» de los socios, art. 631) ni si sus créditos constituyen una clase especial. En mi opinión, los créditos subordinados deben constituir una clase propia. Dicho esto, si se da el caso (probabilísimo) de que no se construya una clase separada para estos acreedores, entonces la equiparación se producirá al alza porque los dos protagonistas estarán en la clase de acreedores comunes, al menos en la fase de aprobación y homologación. ¿Se producirá en el momento del pago el efecto de contaminación del artículo 263? En rigor, tampoco, porque la fase posthomologación está fuera del concurso y del precurso, y resulta que extraconcursalmente no están subordinados los créditos de sujetos relacionados con el deudor ni tampoco existe «contaminación» extraconcursal.

- Finalmente, resulta que el crédito de regreso es subordinado y el principal no. Éste no se contamina con aquél (STS de 22 de diciembre del 2011). Podría pensarse que el artículo 616.3 «descontamina» el crédito de regreso. Pero no hay tal cosa. Todo depende, como se dijo arriba, de cómo se proceda en la composición de clases. Desde luego, si el crédito de sujeto especialmente relacionado es incluido en la clase ordinaria, deberá recibir en el plan el mismo trato que el resto de los créditos ordinarios.
- El artículo 616.3 *in fine* —nuevo error— da por hecho que el crédito de regreso garantizado en origen conserva esta condición en el plan. Como claramente indica el artículo 616.1, esta cualidad está

condicionada a que un contenido del plan no sea precisamente privar de garantías a ciertos acreedores garantizados, como puede ser este caso. El plan no es por ello «contrario» al artículo 616.3 (lo que importa a efectos del artículo 654.1.º), pero el acreedor lesionado podrá impugnarlo conforme a la regla del «mejor interés» de los acreedores (art. 654.7.º) y (es dudoso) a la defensa de rango frente a otros acreedores privilegiados que no hayan sufrido la amputación de la garantía (art. 655.1.3.º).

## 2. Dice el artículo 628 de la ley:

1. Todos los acreedores cuyos créditos pudieran quedar afectados por el plan tienen derecho de voto.
2. En el caso de los créditos con garantía personal o real de tercero, la legitimación para ejercitar el derecho de voto corresponde al acreedor principal. Las relaciones entre el acreedor y el garante se regirán por los pactos que sobre el particular hubiesen establecido y, en su defecto, por las normas aplicables a la obligación que hubieren contraído.

No comentaré el apartado 1 y sólo marginalmente el segundo inciso del apartado 2, que es trasunto del artículo 399, también de difícil comprensión:

- La norma actual parece un remedo de lo que dispone el artículo 264 de la ley para el caso de existencia de pagos parciales preconcursales por el garante de refuerzo, de forma que el acreedor principal puede acumular su crédito aún no satisfecho más el que correspondería al

deudor subsidiario como regreso por el pago parcial. Claro que los supuestos de hecho son diversos, no sólo porque allí está declarado el concurso, sino porque en el artículo 264 se pretende resolver un problema de voto y de pago, mientras que en el artículo 628 sólo se trata (en principio) de votar.

- La norma nueva elige la opción equivocada. En el artículo 236 podría tener sentido haber dicho (que tampoco se dice) que el garante no puede computar para el voto en el convenio concursal. Pero no por ninguna implícita regla de accesoriedad, sino porque el crédito contingente del garante antes del pago no puede ser «confirmado» en el concurso hasta que deja de ser contingente. Muy distinto es el caso del artículo 628. A efectos del plan, todos los créditos cuentan, aunque sean contingentes, y todos los créditos votan (arts. 616.2, 617.4 y 628.1) y ningún crédito se purga por vía de calificación. ¿Por qué no ha de votar este garante titular de un crédito contingente? Si, *al final*, en el peor de los casos, es notorio que el deudor principal pagará sólo una vez.
- Si el garante no vota, no por eso se le imputa el voto del acreedor principal. Simplemente no vota. La cosa no es de importancia menor, porque, si no vota, tampoco vota en contra, y está por ello deslegitimado para impugnar el plan, aunque le produzca perjuicios irrazonables.
- Se contestará: no vota porque este crédito contingente es el mismo crédito que el garantizado, y un crédito no puede contar dos veces en el concurso. Vieja regla, que sólo sirve para el concurso y que, por demás, se limita a establecer

una exclusión de pago final. ¿Por qué computa para el plan un crédito sometido a condición suspensiva? ¿No son el «mismo» crédito el del titular bajo condición suspensiva y el del titular recíproco bajo condición resolutoria? ¿No computa y vota un crédito *que debería estar extinto por compensación*, pero en que ésta no puede ser declarada ni tramitada en ningún incidente previo a la aprobación del plan? ¿No computa acaso el crédito contingente futuro originado por una relación contractual aún no iniciada, con tal de que esté cuantificado? ¿No podría construirse una «deuda de refuerzo» (materialmente fideusoria) por medio de una condición suspensiva de impago de la deuda «principal», en cuyo caso el «garante» votaría?

- Como ocurría con el artículo 616.3, también el 628.2 es una norma carente de contenido sustancial. Una vez más ocurre que la norma sólo tiene sentido si los dos acreedores concurrentes han sido incluidos en la misma clase. Si no ha sido así, el garante no puede ser excluido del voto dentro de su propia clase ni el acreedor principal puede votar en una clase que no sea la suya. No se produce entre clases la «apropiación» del voto aprobada por el artículo 264.
- La norma tiene efectos colaterales también perversos. Parece que es interés del legislador que se aprueben planes y se resuelva consensuadamente una situación de crisis con los menores costes y sacrificios. Pero, como el acreedor concursal en el convenio, también aquí el acreedor principal tiene incentivos para votar en contra del plan, aunque éste sea razonable, aunque no afecte negativamente a la clase a la que pertenece el garante. Nadie puede contar qué

interpretación darán los jueces al oscuro inciso final de la norma y, por lo que pudiera pasar, el acreedor principal asegura su posición votando en contra.

- Pero incluso en este contexto, el artículo 628.2 carece de sentido. Contrastemos con el artículo 652.1. Los acreedores que hayan votado contra el plan conservarán los derechos frente a los acreedores de refuerzo. Los que hubieran votado a favor se atenderán a las «normas aplicables a la obligación que hubieren contraído»; en el artículo 652, la homologación ha sido concedida o confirmada. Parece entonces evidente que del artículo 628.2 *nada se sigue*, a la espera de lo que ocurra en la proclamación del resultado, y, entonces, sólo cuenta la aplicación del artículo 652.1. Porque, si no llega la homologación, el acreedor no pierde nada, con independencia de lo que hubiera votado al respecto.
- *Pero también el artículo 652.1 es una norma desacertada* en todos sus puntos, y especialmente en el que ahora me

toca. Si el garante pudiera votar y el plan se aprueba y con el plan se depara a ambos acreedores un trato paritario, dentro de idéntica clase, ¿qué razón puede haber para que el acreedor «principal» que vota a favor pierda eventualmente su recurso contra el garante? El garante, como acreedor, tiene las defensas propias o colectivas de los artículos 654.7.º o 655.2.3.º, pero no merece otras.

- Podrá ser (un) contenido del plan que de alguna manera se rebajen los derechos del deudor de regreso y podrá ocurrir que los dos estén (defectuosamente) incluidos en la misma clase y que, por aplicación del artículo 628.2, sólo vote el acreedor principal. Pero de nuevo sería el plan el objeto de ataque del acreedor mermando, no el acreedor que votó. Claro que, como el garante no ha votado, no es un disidente de los artículos 654 y 655 y no puede impugnar el plan, por lo que ahora no tiene más remedio que defenderse frente al acreedor principal porque el plan (inatacable para él) ha perjudicado su derecho de regreso.