

LAS GARANTÍAS PERSONALES EN EL CONCURSO CON ESPECIAL REFERENCIA A LA FIANZA

Autor: Manuel José ALONSO NÚÑEZ

Tesis doctoral dirigida por don Manuel RIVERA FERNÁNDEZ en la Universidad de Sevilla, Facultad de Derecho, Departamento de Derecho Civil y Derecho Internacional Privado

RAFAEL MORALES GORDILLO

Notario

La presente tesis analiza con profusión un tema complejo y moderno como es la especial naturaleza del concurso de acreedores y, como ello afecta a las garantías personales y en concreto a la fianza, haciendo un estudio pormenorizado y práctico de la distinta casuística y de cómo se adapta a la misma nuestra legislación, desde la redacción originaria de la Ley Concursal del 2003 hasta hoy, lo que convierte este trabajo en una lectura de nivel muy práctica y de gran actualidad.

Don Manuel José Alonso estructura su tesis en cinco grandes bloques:

El primer gran bloque se refiere al efecto del concurso sobre las garantías personales, sus aspectos distintivos respecto de las garantías reales, el perfil concreto de las garantías personales en la Ley Concursal y su especial atractivo en dicho marco con un estudio pormenorizado de los efectos del concurso sobre la fianza, los créditos afianzados y sobre el beneficio de excusión.

En efecto, la triple función solutoria, conservativa y sancionadora del concurso ha de buscar un equilibrio entre, de un lado, el interés del acreedor garantizado que busca dichas garantías para evitar o esquivar la insolvencia del deudor y, de otro, la propia finalidad del concurso, evitando que los efectos de la declaración del concurso, tales como la imposibilidad de ejercicio de acciones individuales (art. 55 LC) o la suspensión de las que ya estén en curso cuando éste se declara (arts. 51 y 56 LC), desvirtúen las garantías y ello pudiera provocar un beneficio injustificado para el deudor en perjuicio del acreedor garantizado.

Distingue el autor las garantías reales, respecto de las cuales detalla los principios básicos por los que se suelen regir en países de nuestro entorno, siguiendo distintos sistemas y principios como los de:

- Inmunidad: que supone una separación de los bienes que sirven de garantía y una abstención en cuanto que no les afectan los acuerdos que en el convenio pudieran adoptarse.
- Supeditación: que observa ciertas restricciones respecto de los derechos del acreedor garantizado, como la obligación de inscribirse en el pasivo, la paralización de acciones individuales o la sujeción a las esperas para salvar y hacer viable las empresas, que puede llegar incluso a la purga o a la sustitución de una garantía por otra.
- Inclusión de las garantías reales en el concurso: que es precisamente el que sigue nuestro artículo 56 LC, impidiendo que ningún acreedor pueda actuar al margen del procedimiento concursal (art. 49 LC) y que ningún bien se detraiga de la misma (art. 76 LC), si bien, aunque el sistema sea de inclusión, para los bienes no afectos a la actividad empresarial o profesional, el sistema parece más de inmunidad.

Es precisamente, y como señala el autor, la sumisión de las garantías reales al concurso, lo que ocasiona un notable impulso a la proliferación de las garantías personales y a la exigencia de los llamados deudores de refuerzo, como deudores solidarios, avalistas o fiadores.

Ciertamente, la relación directa entre el acreedor y el deudor ha obligado al legislador a establecer una normativa en los casos de concurso, en interés de los demás acreedores. Así, la declaración de concurso, entre otros efectos, impide al acreedor el ejercicio de acciones individuales dirigidas a la satisfacción de su crédito (art. 55 y ss. LC) y le exige incorporarse, previo reconocimiento y calificación de su posición jurídica, a la comunidad de acreedores y a los dictados de interés general del concurso. Pero la obligación de garantía no queda afectada por éste. El acreedor puede eludir los efectos del concurso cuando tenga a su favor fianza, aval u otra garantía personal, exigiendo al garante que haga frente a la obligación asumida, sin perjuicio de que éste, una vez que haya pagado, pueda subrogarse en los derechos que el acreedor satisfecho tuviera contra el deudor, de forma que será dicho garante quien asumirá las consecuencias del concurso del deudor garantizado y obtendrá por el pago la posición de acreedor del deudor, aspirando al cobro de su crédito en el procedimiento concursal.

Esta circunstancia exige que el legislador actúe de dos determinadas formas: por una parte, que tutele el interés del garante en el concurso para que no pierda los derechos que pudieran corresponderle y, por otra parte, que tome las medidas

necesarias para impedir la presencia de determinados garantes en el procedimiento concurso que puedan perjudicar al resto de acreedores, especialmente prevaleciéndose de su especial relación con el concursado, como son los casos que regulan los artículos 87.6, 87.7, 160 y 135.1 y 2 LC, o la regulación de los acuerdos de refinanciación del artículo 71.6 de la misma Ley, entre otros.

A efectos del concurso, carece de relevancia práctica el que el garante personal reciba la calificación de fiador, avalista, garante a primer requerimiento, codeudor solidario, persona que asume cumulativamente una deuda ajena, asegurador de crédito o caución. Lo esencial, como bien ha señalado PULGAR EZQUERRA, es la existencia de un patrimonio suplementario. Es por ello que este tipo de garantías tienen un especial atractivo en el marco concursal desde el momento en el que se constituyen como garantías externas al deudor (empresario o no) que evitan la vinculación o inmovilización (característica de las garantías reales) del patrimonio empresarial necesario para la explotación, como presupuesto inexcusable para acceder al crédito.

En consecuencia, la concurrencia del acreedor principal y del fiador en el concurso introduce un elemento sumamente complejo que el derecho de insolvencia debe solucionar de la manera menos traumática para todos los implicados (acreedores, garantes y deudores insolventes).

El **capítulo segundo** se refiere a la comunicación y reconocimiento del crédito del acreedor concursal garantizado.

El artículo 85.1 LC impone a todos los acreedores, sin excepción alguna, y por tanto también a los fiadores, la carga de comunicar sus créditos a la administración concursal en tiempo y forma, con la finalidad de ser sometido a verificación, a los efectos de convertirse en «acreedor concurrente».

Y sobre este marco se detalla el régimen de la comunicación, su naturaleza y necesidad, el reconocimiento del crédito del acreedor y de los créditos afianzados, el pago parcial preconcursal y posconcursal, la comunicación y el reconocimiento en el crédito de regreso del fiador, la posición jurídica de los fiadores en la fase de comunicación y reconocimiento, las acciones de relevación y cobertura del fiador y una especial consideración respecto de los concursos múltiples y las soluciones de coordinación entre los mismos, cerrando el capítulo con los efectos extraconcursoales del reconocimiento de créditos.

El **capítulo tercero** se refiere a la fase de convenio del concurso y, tras hacer un análisis de su concepto y naturaleza jurídica, lleva a cabo una comparación de los elementos objetivos y subjetivos del convenio respecto de la anterior regulación.

El carácter vinculante del concurso, su incidencia en las garantías personales y en los intereses de los deudores de refuerzo son el núcleo base de este capítulo.

En cuanto a los cambios en los elementos objetivos en el convenio destaca Alonso que, si bien la nueva Ley como principio esencial del convenio defiende la autonomía de la voluntad para la determinación del contenido del mismo, sin embargo, al objeto de evitar ciertos abusos pasados, la Ley ha impuesto determinados límites a la autonomía de la voluntad. Así, entre las limitaciones establecidas en la LC está la necesidad de pactar una quita o espera. El artículo 100.1 de la Ley, al determinar el alcance y los límites del contenido de la propuesta de convenio dispone que *«la propuesta de convenio deberá contener proposiciones de quita o de espera, pudiendo acumular ambas. Respecto de los créditos ordinarios, las proposiciones de quita no podrán exceder de la mitad del importe de cada uno de ellos, ni las de espera de cinco años a partir de la firmeza de la resolución judicial que apruebe el convenio»*. Asimismo, en el apartado segundo del referido artículo 100 se admite la posibilidad de incluir en el convenio proposiciones alternativas, que según parece deducirse de la redacción del artículo deberían tener carácter adicional a la quita o espera.

La Ley establece dos excepciones a los límites de quita y espera referidos anteriormente. La primera excepción está contenida en el mismo artículo 100.1 LC en su segundo párrafo, que se refiere a empresas cuya actividad tiene especial trascendencia para la economía. La segunda excepción a los límites de quita y espera se da en el caso de una propuesta de convenio anticipado. En este caso, la Ley establece —para aquellos supuestos en que el convenio prevea que los recursos para su cumplimiento se generarán de la propia actividad empresarial del deudor (es decir, cuando no se obtengan por la enajenación de bienes)— que el juez pueda autorizar motivadamente y a solicitud del deudor la superación de los referidos límites en la propuesta de convenio (artículo 104.2 LC). Cabe discutir, según Alonso, si la cautela que introduce la Ley limitando la cuantía de la quita y el tiempo de la espera es necesaria para evitar el abuso de la autonomía de la voluntad, dado que los peligros de que algo así ocurra en el nuevo marco concursal no parece que existan. En efecto, además de la inexistencia del riesgo de que los acreedores relacionados con el deudor impongan un convenio al resto de los acreedores al haberse privado a aquéllos del derecho de voto (artículo 122 LC), la nueva estructura única del procedimiento concursal establecida por la Ley aporta un mayor control sobre el contenido del convenio y evita dilaciones y gastos innecesarios que pudieran presionar indirectamente a los acreedores a aceptar cualquier convenio que le presente el deudor.

Cabe destacar que el artículo 100.2 LC no permite realizar proposiciones alternativas a grupos concretos de acreedores (por ejemplo, a los acreedores por suministro), ya que el precepto se refiere a clases de acreedores, y éstos son los que establece el artículo 89.1 LC (privilegiados, ordinarios y subordinados). En

segundo lugar, se enfatiza que la Ley deja abierta la posibilidad de que se puedan diseñar otras alternativas diferentes de las que enumera, siempre y cuando no sean contrarias a lo establecido en la Ley (por ejemplo, la alternativa de pagar cediendo bienes o derechos en pago o para pago no sería admisible en cuanto está prohibida expresamente por el párrafo tercero del artículo 100.3 LC). Con relación a los acreedores subordinados, el párrafo segundo del artículo 134.1 LC dispone que únicamente podrá escogerse entre aquellas propuestas alternativas que establezcan la conversión de sus créditos en acciones, participaciones, cuotas sociales, o en créditos participativos y no otras que se pudieran presentar distintas de la quita y espera y, si las propuestas alternativas que se presenten tienen efectos similares a la quita o a la espera, dichas alternativas deben cumplir con los límites previstos a tal efecto en el párrafo primero del artículo 100.1 LC (apartado 3.1 del artículo 134 LC).

Esta limitación de la autonomía de la voluntad entiende el doctorando que merece una cierta crítica. En primer lugar, considera que la imposición de los mencionados límites es criticable por cuanto que los acreedores deben tener libertad para configurar el convenio en la forma que mejor les convenga para sus intereses, y para ello los propios acreedores son los que están en una mejor posición para saber escoger la mejor forma para tal fin.

En segundo lugar, la imposición de límites aplicables al convenio impide que se puedan acordar convenios ajustados a la problemática de cada caso. La práctica, añade Alonso, demuestra repetidamente que el mejor convenio posible será aquel que mejor se adapte a la situación concursal concreta (por ejemplo, según el tipo de deudor, su situación, la situación de la economía, un mercado concreto, los límites o condicionamientos económicos y jurídicos para enajenar cierto tipo de activos, etc.). En tercer lugar, la posibilidad de cometer abusos al amparo de la autonomía de la voluntad ya se ha eliminado con la reforma de ciertos aspectos. Y por ello concluye que legislaciones concursales que han sufrido una gran transformación reciente, como puede ser la alemana, que en su regulación anterior obstaculizaba la reestructuración de empresas, han optado por respetar la autonomía de la voluntad de forma radical, sin perjuicio de la supervisión de los tribunales y la administración del concurso y así no sería necesario restringir adicionalmente la libertad de pacto en el convenio para evitar dichos abusos.

Desde el punto de vista de la accesoriedad de la fianza plantea la interesante cuestión de la adecuada diligencia del acreedor garantizado o incluso una comunidad de intereses entre acreedor y fiador.

En este sentido, el fiador no sólo tiene la posibilidad de insinuar su crédito como contingente en el concurso y ello le da perfecto acceso a la información que se genera en el mismo, así como a las deliberaciones de la propia Junta de acreedores, donde en principio acude con voz, pero sin voto; sino que desde la apertu-

ra del concurso hasta la votación del posible convenio tiene la posibilidad de situarse en la posición del acreedor principal cumpliendo el crédito.

En consecuencia, ante la falta de pago por parte del deudor, el fiador debe asumir las consecuencias que se deban derivar del sentido del voto del acreedor garantizado, y el autor se pregunta: ¿por qué debe velar por el interés del garante?

A esta última cuestión se ha querido dar respuesta sosteniendo la existencia de una comunidad de intereses entre el acreedor y el tercero garante. Dicha comunidad determinaría la necesidad de que el acreedor, al votar, contemple todos los intereses concurrentes, votando en el sentido de lo eventualmente pactado con el garante con anterioridad o durante el concurso (pactos orientados a que, en caso de convenio concursal, no se acordarán quitas superiores a una cantidad o esperas superiores a un plazo de tiempo) o, en todo caso, no perjudicando los intereses del fiador. De lo contrario, cabría la aplicación del artículo 1852 del Código Civil, por el cual el fiador podría quedar liberado de su obligación siempre que viera perjudicada su «subrogación» por algún hecho del acreedor: «el voto favorable a un convenio perjudicial para el garante»; o bien, en caso de ejercicio abusivo de su derecho de voto, acudir a la aplicación del artículo 7 del Código Civil.

El **capítulo cuarto** se refiere a una cuestión muy frecuente en nuestro tiempo. Estudia los acuerdos de refinanciación de deudas y su incidencia en las garantías personales haciendo un recorrido por los distintos acuerdos preconcursales de refinanciación, de las propuestas anticipadas de convenio y sobre su contenido financiero y otros contenidos adicionales que puedan salvaguardar la viabilidad de la empresa como condonaciones, plazos de carencia, modificaciones estructurales o pactos de supervisión de la gestión del deudor.

Detalla pormenorizadamente los deudores que pueden proponer los acuerdos de refinanciación general o particular y los acreedores que pueden formar parte del acuerdo de refinanciación y el papel concreto de las entidades financieras acreedoras en los acuerdos particulares de refinanciación.

Tiene especial interés por ser el eje de la tesis, las garantías personales y cómo afecta el acuerdo de refinanciación a dichas garantías.

Plantea el autor qué ocurre en cuanto a los acuerdos de refinanciación preconcursal y particulares con entidades financieras sometidos a homologación judicial que también constituyen acuerdos de voluntades entre el deudor y algunos de sus acreedores sobre el modo de arreglo del pasivo, sometidos a la correspondiente homologación judicial. Cuando dichos acuerdos tienen como objeto la homologación de los efectos de la espera, la cuestión dudosa se plantea en el sentido de saber si dicho acuerdo de espera afectará a las entidades financieras acreedoras no intervinientes o disidentes, ya que, por una parte, en principio, estarían bajo el

paraguas del principio de relatividad de los contratos consagrada en nuestro Código Civil en su artículo 1257, y por otra les protegería el carácter necesariamente consensual de la novación de obligaciones (arts. 1202 y ss. CC). En el mismo sentido, y especialmente, se vuelve a plantear la cuestión dudosa sobre si la extensión de los efectos de la espera y su homologación judicial afectaría, en relación a los acreedores, a la existencia misma de las garantías personales y, en relación a los garantes fiadores, avalistas y obligados solidarios, sobre si las garantías personales quedarían afectadas por aquella homologación judicial frente a éstos.

En principio, un acuerdo de refinanciación que contuviere una espera y prórroga sin el consentimiento del garante y en particular del fiador, e incluso sin el consentimiento del acreedor, hubiera supuesto la extinción de la fianza, ya que, conforme al artículo 1851 CC, la prórroga concedida al deudor por el acreedor sin el consentimiento del fiador extingue la fianza, lo que sería también predicable de cualquier otro tipo de garantía personal. No obstante, el legislador ha contemplado expresamente esta situación en la DA 4.^a 5 LC al decir que: «Los efectos de la homologación del acuerdo de refinanciación se producen en todo caso y sin posibilidad de suspensión desde el día siguiente en que se publique la sentencia en el *Boletín Oficial del Estado*. En todo caso, las entidades financieras acreedoras afectadas por la homologación mantendrán sus derechos frente a los obligados solidariamente con el deudor y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación del acuerdo de refinanciación ni los efectos de la homologación en perjuicio de aquéllos».

Por tanto, el legislador resuelve la cuestión en esta DA 4.^a 5 LC mediante la introducción de una excepción a la regla general de la relatividad de los contratos y al carácter consensual de la novación de obligaciones. De acuerdo con ello, los efectos de la espera homologada judicialmente afectará a los acreedores disidentes o no participantes, a quienes el acuerdo de espera vincula, pero no perderán sus garantías personales, de tal manera que los fiadores, avalistas y obligados solidarios no podrán ejercitar los derechos que nacen de los artículos 1826 y 1851 a 1853 CC, 37 LCCH y 1143 y 1146 CC, respectivamente. En definitiva, esta regulación llega a la misma solución que recogía ya el artículo 135.2 LC.

Concluye este capítulo con especialidades en refinanciación por medio de sindicación de créditos con pacto de subordinación y por medio de compras y fusiones apalancadas.

Cierra la tesis un quinto capítulo que se ocupa de calificación de los créditos con garantía personal, haciendo un recorrido histórico desde la redacción originaria de 2003 para seguir con la interpretación del artículo 87.6 LC tras la reforma del 2009, resaltando los cambios gramaticales recogidos en la nueva redacción y su trascendencia.

En efecto, la nueva norma da pautas de interpretación para llegar a la conclusión de separar en la redacción del artículo 87.6 LC la regulación de la situación del acreedor principal (1.^a proposición) y la regulación del crédito del fiador (2.^a proposición). De tal manera que el crédito del acreedor principal debe de reconocerse por su importe y sin limitación, independientemente de que esté garantizado con fianza y de si se haya o no producido la subrogación y, cuando se produzca ésta, la subrogación por pago —y por tanto se refiera al crédito del fiador— es cuando se optará por la calificación que resulte menos gravosa para el concurso entre las que corresponda al acreedor o fiador. De ello debemos sacar la conclusión de que se optará por la calificación menos gravosa para el concurso cuando, habiéndose producido la subrogación, se vaya a calificar exclusivamente el crédito del fiador.

En suma, se trata de una cláusula de salvaguarda a través de la que, desde la perspectiva de la interpretación gramatical expuesta, la Ley Concursal evita que el mecanismo de la subrogación por pago del fiador sirva para defraudar las normas de clasificación de los créditos subordinados. El supuesto más común sería aquél en que el crédito fuera afianzado por personas especialmente relacionadas con el concursado. En esta circunstancia, lo que resulta «gravoso para el concurso» es que el fiador especialmente relacionado con el concursado, que paga y que, por consiguiente, obtiene un crédito de reembolso contra el deudor concursado, pudiera eludir injustificadamente la calificación que a este crédito corresponde por la relación de su titular frente al concursado (art. 92.5.º LC) mediante la subrogación en los derechos de un acreedor privilegiado.

La tesis culmina con un análisis de la naturaleza de los créditos por intereses, de la calificación de los mismos cuando surgen por pago del fiador con arreglo a la ley concursal, de los créditos preconcursales, de los créditos de sociedades filiales garantizados por matrices y de los créditos garantizados por fianza en el concurso del propio fiador.

En definitiva, un estudio exhaustivo y muy estructurado que abarca de manera brillante y sencilla cuestiones muy técnicas y de gran actualidad como son todas aquellas que se suscitan en el concurso de acreedores y que tratan de superar la extraordinaria dificultad de buscar el necesario equilibrio entre protección del crédito con todas sus garantías y la viabilidad del tejido empresarial.

*(Trabajo recibido el 12/12/2014
y aceptado para su publicación el 31/12/2014)*