

Garantes personales y acuerdos de refinanciación de la disposición adicional 4.^a de la Ley Concursal

Ángel Carrasco Perera

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

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

A continuación vamos a explorar diversos problemas que se plantean a propósito del apartado 9 de la disposición adicional 4.^a de la Ley Concursal, cuando existen garantes personales (o garantes reales por deuda ajena) en un proceso de refinanciación homologable por dicha disposición.

1. El crédito contingente contra el garante que refinancia por la disposición adicional 4.^a

En este supuesto, es el garante el que refinancia y pretende homologación. Es evidente que puede hacerlo, a pesar de que la disposición adicional 4.^a parte del supuesto (no sé si normal) de que el garante se halle fuera del procedimiento. Este supuesto ha adquirido notoriedad a raíz de los autos de homologación *Abengo* y *FCC*. A pesar de la analogía que podría prestar el artículo 87 de la Ley Concursal (el crédito contingente contaría para las mayorías y el *quorum*, pero no votaría), estas resoluciones han considerado que los créditos contra el homologante, en tanto garante personal, son contingentes mientras no se dispare la obligación subsidiaria (hay que tener en cuenta que la garantía personal solidaria también es contingente, según jurisprudencia del Tribunal Supremo). Como tales, no computan en el pasivo financiero ni, por lo mismo, votan el acuerdo. Es evidente que esta tesis prevaleció con el único propósito de hacer más fácil conseguir las mayorías en cada caso exigidas en la disposición adicional 4.^a, reduciendo el pasivo financiero significativo. El resultado es casi perverso: los acreedores titulares de estos créditos contingentes no quedarían sujetos al convenio tampoco cuando el crédito cristalizara y podrían proceder normalmente contra el deudor homologado. De una forma u otra se deja a los acreedores que hagan elecciones estratégicas en el seno del procedimiento de refinanciación: o dan crédito en dinero o dan crédito de firma, con muy dispares consecuencias. La única manera de contrarrestarlo es solicitar un acuerdo de grupo en el que existan garantes intragrupo cuya deuda será también reestructurada.

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

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

2. El crédito de reembolso del garante contra el deudor que refinancia

Por lógica con lo anterior, también estos créditos de regreso deberían calificarse de contingentes cuando el fiador aún no ha pagado la deuda del deudor que refinancia. Cabe dudar si eso debería ser así aun en el caso de que la homologación afecte a un grupo de sociedades y la sociedad garante de la matriz también esté incluida en el perímetro del acuerdo (por ejemplo, el caso *Isolux*). Obsérvese que ello sí afectaría a la consecuencia prevista en la regla novena de la disposición adicional 4.^a. En el caso de que el fiador no esté en el procedimiento, responderá por el todo de la deuda cuando el acreedor no haya suscrito el acuerdo, y, cuando el acreedor sí lo haya suscrito, la acción contra el fiador dependerá «de lo que se hubiese acordado en la respectiva obligación jurídica». Si el garante también reestructura su deuda, su regreso se hará conforme al acuerdo homologado; y si está en el procedimiento, la afectación se produce con independencia de si la deuda del garante y su acción de regreso son calificadas de contingentes y, *prima facie*, como no pasivo financiero. En este caso son pasivo financiero.

3. El regreso del fiador que paga enteramente la deuda fiada y refinanciada

Es la primera hipótesis de la regla novena de la disposición adicional 4.^a. El acreedor no ha suscrito el acuerdo de refinanciación, no ha mostrado su disconformidad (?), pero resulta afectado por la homologación, y por eso, según la regla, mantiene intactos sus derechos contra el garante. Esto es evidente porque lo postula la norma. Menos evidente, pero igualmente cierto, es que el fiador goza de un derecho de regresar por el todo de su pago, sin que tampoco en este caso se pueda oponer (por parte del deudor) el acuerdo de homologación y sin que el artículo 1840 del Código Civil sea de procedente aplicación. Esto sería de otra manera si el fiador hubiera computado/votado en el pasivo financiero. En mi opinión, en este caso estaría sujeto a los términos del acuerdo en vía de regreso.

4. La subrogación del garante en derechos del acreedor sujeto a convenio

Lo que se acaba de expresar podría ser contradicho conforme a la siguiente consideración. De acuerdo con el artículo 87.6 (por analogía aquí), el garante se subroga en el crédito del acreedor principal cuando paga, con la clasificación que este crédito tenga (con la salvedad hecha por la norma). Por la misma razón podría decirse que el garante que paga la totalidad de la deuda se subroga en la calificación del crédito «reestructurado» por la disposición adicional 4.^a y sólo en dicha medida podría proceder contra el deudor. Mas no es así ni parece que el artículo 87.6 contenga una solución exclusiva en vía de regreso. El garante no «reestructurado» puede siempre proceder al regreso *iure proprio*. Ahora bien, consideramos que en esta hipótesis tan particular el garante que regresa por el todo no puede *favorecerse* de la eventual garantía y privilegios de que estuviera dotado el crédito reestructurado. La consideración tiene su importancia y no es una consecuencia lógica de la regla de que la elección de una vía excluye la otra. Porque la relación entre los artículos 1838 y 1839 del Código Civil es que el garante siempre puede proceder en regreso *iure proprio*, pero aprovecharse de garantías y privilegios del crédito pagado. La disposición adicional 4.^a supondría, conforme a lo dicho, una excepción a esta posibilidad.

5. Acreedor que vota en favor del acuerdo

En este caso, según la norma referida, «el mantenimiento de sus derechos frente a los demás obligados, fiadores o avalistas, dependerá de lo que se hubiera acordado en la respectiva

relación jurídica». Suponemos que el fiador no reestructura igualmente. La novena regla de la disposición adicional 4.^a dice bien poco, porque es probable que nada se habrá acordado al respecto entre el garante y el acreedor. Con todo, allí donde en la praxis hay pacto expreso, es siempre un pacto de no exoneración del garante, conservando el acreedor sus derechos como si hubiera votado en contra del acuerdo. Ciñámonos a los casos en que nada se haya acordado. La relación jurídica en cuestión no puede ser el propio acuerdo que se homologa. Es decir, el acuerdo no puede imponer (no es siquiera un contenido propio del convenio) que los acreedores conserven o no sus derechos contra el fiador *outsider*, aunque el fiador formara parte del pasivo financiero computable y con derecho a voto. En consecuencia, la cuestión debe decidirse conforme al Derecho común de las garantías personales.

6. El Derecho común de la relación garante-acreedor

El Código Civil (CC) no ofrece una solución extraconcursal al problema relativo a la suerte del crédito contra el garante cuando el acreedor vota en favor de la reestructuración de la deuda. *En mi opinión*, las esperas acordadas comportan la extinción de la garantía; las quitas comportan una reducción correspondiente de la deuda de garantía; una dación en pago extingue la fianza (art. 1849), pero no una cesión *pro solvendo* (hasta el déficit concurrente). Esto sería así por lo menos cuando el garante fuera un tercero no especialmente relacionado con el deudor. En el caso de codeudores solidarios, el acuerdo sería una transacción (art. 1835 y 1839 CC) que permitiría al resto de los codeudores aprovecharse de aquél en la medida en que se hubiere pactado una quita o una espera, que opondrán al acreedor como «excepción derivada de la naturaleza de la obligación» (art. 1148 CC).

7. La congruencia entre deuda refinanciada y deuda avalada

Volvemos al supuesto en el que el acreedor conserva sus derechos contra el fiador, bien por aplicación de la regla novena, por contrato con el garante o por aplicación del Derecho común. ¿Pero los puede conservar con total independencia de cuál sea la medida acordada para refinanciar el crédito? No. Entre la relación subyacente derivada de la refinanciación y la relación de garantía «intocada» ha de existir *congruencia*. Si no es posible mantener la congruencia, el crédito contra el garante no puede conservarse. Hay congruencia en los casos de quita y espera, y también (dudoso, con todo) en la cesión en pago o para pago, pero no cuando el acreedor, vote a favor o en contra, haya devenido titular de un crédito participativo o haya capitalizado su deuda. Pero hay otra solución: congruente o no, el acreedor puede recurrir a la garantía y olvidarse de la medida de reestructuración. Para salvar la situación, el acreedor debe en estos casos abstenerse de reestructurar sus créditos, dando por perdido todo derecho que tuviera contra el deudor y conservando íntegro el derecho originario contra el garante. Y eso puede hacerlo aunque el acreedor haya votado en favor del acuerdo.