

Garantes personales en el proceso de refinanciación preconcurso homologada

Ángel Carrasco Perera

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

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Se exponen las distintas vicisitudes que resultan de que un acreedor financiero disponga de una fianza en la reestructuración o sea él mismo garante personal en ella.

1. Presentación

Uno de los extremos más controvertidos de la homologación Abengoa (Sentencia 507/2016, JMER, Sevilla 2) fue el relativo a la inclusión o no en el pasivo financiero —y por tanto decisivos para el cómputo del 51 % del artículo 606.3.º del Texto Refundido de la Ley Concursal— de los créditos contingentes fundados en una fianza prestada (lógicamente) antes del vencimiento de la obligación principal. Estratégicamente, la cuestión puede plantearse en dos contextos distintos. Primero, el deudor homologante es titular de pasivo contingente por garantías personales prestadas por él en seguridad de deudas de tercero. Segundo, un financiador indirecto presta garantía personal por deuda del homologante, frente al cual será acreedor en vía de reembolso cuando pague al acreedor financiero que forma o formará parte del perímetro de la homologación. En el proceso Abengoa no permanecieron debidamente separados ambos extremos. Los puntos complicados se refieren a la posición del acreedor del homologante fiador (en el primer caso), a la posición del acreedor del tercero avalista y a la posición de este mismo avalista (ambos en el segundo caso).

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.

Los artículos 605 y siguientes del Texto Refundido de la Ley Concursal (como tampoco la antigua disposición adicional cuarta de dicha ley) no se refieren de ningún modo a estas particularidades y, a primera vista, parece que la laguna tendrá que integrarse con las reglas que gobiernan la constitución de la masa pasiva en el concurso ordinario. Tenemos que suponer que las reglas propias del concurso valen, a falta de otro pronunciamiento legal, para el cómputo y voto de la masa pasiva financiera incluida en el perímetro de la homologación.

La cosa no se modificará tampoco cuando se transponga la Directiva (UE) 2019/1023. Los acreedores del homologante fiador y el fiador tercero que garantiza una deuda del homologante no están en condiciones de constituir una clase especial que pudiéramos llamar de «acreedores contingentes por fianza», porque esta clase carece de intereses propios duraderos.

La cuestión ha adquirido una actualidad adicional a propósito de la financiación ICO-COVID, en la que el instituto oficial de crédito asume la posición de garante personal (no total) de la financiación privilegiada COVID otorgada por los bancos a deudores que eventualmente pueden llegar a protagonizar un procedimiento de refinanciación.

2. Suscripción y subrogación en el acuerdo homologado

Observemos que el acuerdo de refinanciación «se suscribe», no se vota, no «se adopta» (contra el tenor del art. 619.2.º TR). Sólo «se alcanza el acuerdo» (cfr. art. 605 TR) por medio de una suscripción, que no obedece a un procedimiento colegial de votación. De hecho, ni siquiera cabe la «adhesión», salvo para acreedores no financieros (art. 616). Es curioso que la publicación del acuerdo alcanzado (aún no homologado) ni siquiera abra una fase de adhesiones ulteriores al acuerdo (cfr. art. 612). Al no existir ninguna secuencia de «formación del convenio», no puede darse, a diferencia del convenio concursal, una ventana de tiempo en que la contingencia o suspensión que afecta al crédito de fianza se realice *antes de que se produzca el acuerdo*. Quien no está de principio en la masa de suscriptores del acuerdo ya no está ni estará en el acuerdo. Con todo, a este acreedor contingente cuyo crédito se realiza ahora le queda la posibilidad de «mostrar su disconformidad [con el] acuerdo» (cfr. art. 618) y por esto podrá impugnar si existe causa de impugnación, aunque no introducir como motivo de impugnación la «preterición» de que finalmente fue objeto ni el hecho de que su «voto» no se haya computado.

Reparemos en que el acreedor sindicado está sujeto a otra regla particular. Aunque se oponga al acuerdo, se entiende que lo suscribe, siempre que se haya obtenido el voto favorable del sindicato en los términos del artículo 607.4.

3. El deudor homologante como garante personal

La *deuda contingente que el homologante mantiene como garante de un tercero* frente al titular de la garantía es una deuda que se corresponde con pasivo financiero homologable del garante como deudor. Pero es una deuda contingente, en el sentido de los artículos 261.3, 263.1 y, por ende, sin cuantía propia. La consecuencia inmediata es que no tiene sentido que compute para las mayorías de la homologación porque carece de derecho de voto (de «suscripción»). Pero se encuentra ciertamente en el perímetro de la homologación y el acreedor quedará obligado por el acuerdo que resulte.

Podría pensarse que la situación no es la misma si el homologante deudor es un garante solidario, al que no se refiere el artículo 261.3 de la ley. Con todo, la jurisprudencia concursal del Tribunal Supremo es ya clara en el sentido de que el fiador solidario sigue siendo en esencia un deudor subsidiario, aunque sin beneficio de excusión, por lo que en otro sentido también resulta su deuda tan contingente como la del garante con beneficio de excusión.

Cuando se produzca la «contingencia de exigibilidad» de la fianza, pero tenga lugar una vez emitido el informe de experto del artículo 606.3.º, este acreedor «nuevo» ya no está en el pasivo a efectos de cómputo del 51 % ni está en la masa pasiva a efectos de voto-suscripción del acuerdo ni puede siquiera impugnarlo por esta razón (es decir, por haber sido preterido su voto), aunque sí podrá impugnar si después de la «contingencia de exigibilidad» de la fianza ha «mostrado su disconformidad [con el] acuerdo» (art. 618.1). Pero el acuerdo le afecta como le afectaría a otro acreedor de su clase. Claro está, por otro lado, que puede suscribir tardíamente el acuerdo y mostrar tardíamente su disconformidad con él (siempre con anterioridad al auto de homologación). Lo primero no servirá para modificar el cómputo de *quorum* y mayorías del acuerdo (salvo que se emita un nuevo informe de experto luego de esta integración nueva del pasivo); lo segundo, según lo dicho, servirá para poder impugnarlo.

4. El garante personal de deudas financieras del deudor homologante

El crédito de reembolso del acreedor fiador contra el deudor homologante no es contingente, según el artículo 263.2 del texto refundido, pues se reconoce «por su importe y sin limitación alguna». Pero también parece claro que no puede sumarse al crédito del acreedor principal (financiero) porque el mismo crédito no podrá ser computado dos veces en el precurso, como resulta de los artículos 263.2 («subrogación») y 264. En el fondo, este crédito de reembolso, en fase de no exigibilidad, sigue siendo contingente y sólo entra en acción por vía de subrogación derivada del pago.

Si el pago del garante (no homologante) se produce después de la suscripción, pero antes de que se formule la solicitud de homologación del artículo 610, tampoco tiene este sujeto la posibilidad de solicitar la no admisión a trámite de la solicitud, como si fuera él (ya) titular de un crédito financiero con el que no se ha contado (*cf.* art. 611). Pero tampoco podrá solicitar la impugnación de la homologación por este concepto (art. 619). Es decir, «se subroga» (por pago al acreedor financiero) en las condiciones en que éste hubiese suscrito el acuerdo, aunque la «subrogación» se produzca de hecho antes de la solicitud. Reparemos en este caso. El garante personal del homologante queda dentro del perímetro del acuerdo y afectado por el acuerdo en la misma medida que lo estuviera el crédito garantizado. Sólo tendrá regreso contra el deudor en los términos de la homologación, que de hecho él no votó. Le quedará, tan sólo, como se expuso anteriormente, la posibilidad de impugnar el convenio, pero no por preterición de su voto, sino por las causas del artículo 619, siempre que haya manifestado su oposición al acuerdo antes de que la homologación tuviera lugar.

En consecuencia, no sólo ha sido expulsado del proceso, sin voz ni voto, el garante personal del homologante antes del pago al acreedor financiero, sino que lo mismo ocurre cuando ya ha pagado (y subrogado) en un momento posterior al informe de experto, aunque sea anterior a la solicitud y aprobación de la homologación.

5. Acreedor financiero con garante personal del homologante deudor

Muy distinta es la posición del acreedor de este garante-deudor personal homologante, es decir, del acreedor financiero no contingente que computa para el cómputo de la masa pasiva de la homologación. Este acreedor no sólo arrastra al garante a los términos de esta suscripción, sino que él mismo queda liberado de los límites del acuerdo. El artículo 627 de la Ley Concursal permite a este acreedor, siempre que no hubiera suscrito el convenio —aunque pudiera estar afectado por la eficacia de éste—, dirigirse al margen del convenio contra el garante personal. Se dirigirá por la totalidad del crédito originario, no afectado por el acuerdo. Y el garante que pague, en cambio, sólo podrá regresar contra el deudor principal en los términos del acuerdo: con sus quitas y esperas, pues, como acreedor financiero, podrá haber sido afectado ordinariamente por el acuerdo. Salvo que él mismo gozara de la fianza de otro tercero que hubiera intercedido como garante personal en favor de este primer garante personal, en cuyo caso, él mismo gozaría de esta ventaja de que goza el acreedor principal.

Pudiera ocurrir que el acreedor financiero que se prevale del artículo 627 contra un tercer garante gozara además de otras garantías personales o reales concurrentes con la garantía personal a que se refiere el artículo 627. En este caso, el garante del artículo 627, que pagó la deuda subsidiaria, no puede regresar contra el deudor

homologante, sino en los términos de las quitas, esperas, etc., aprobadas en el convenio. Pero puede buscar reembolso por el todo o por la parte (según se prestaran las cogarantías) contra los terceros cogarantes y, precisamente, en los términos originarios del acreedor al que ha pagado y en cuyo puesto se subroga, no en los términos más benignos para los cogarantes que resultarían si ellos también pudieran —que no pueden si son terceros a la homologación— pretender estar protegidos por el perímetro de la homologación.

6. Subrogación del garante que paga

La subrogación del garante pagador en la posición del acreedor financiero satisfecho por el pago comporta, ya se ha dicho, que queda obligado en términos del acuerdo a la hora de intentar el regreso contra el deudor homologante. Queda sujeto a la quita, a la espera, a la conversión en créditos participativos, etc. Si la subrogación por pago tiene lugar después del momento en que se ejerce la opción de conversión del artículo 625, el subrogado no puede ya elegir una quita en lugar de una capitalización de la deuda.

7. El garante personal de los compromisos homologados

Atendemos ahora al supuesto del *garante personal de los términos del acuerdo homologado*. Su posición dependerá, obviamente, de cómo se hayan delimitado su función y su alcance en los términos del acuerdo. Como son posibles variaciones convencionales indefinidas, consideraré sólo el supuesto de que no se hubiera acordado nada sobre el evento relevante. Aunque el artículo 629 nada dice al respecto, es notorio que los acreedores podrán exigir el cumplimiento al garante del convenio. La responsabilidad de éste no desaparece por el hecho de que el convenio incumplido haya sido declarado resuelto, salvo que el convenio contuviese una cláusula parecida a la que el artículo 629.3 supone que puede contener en materia de garantías reales.

Pero repárese en que al garante del convenio sólo se le pueden reclamar las deudas del acuerdo homologado, no las originarias que fueron novadas por éste. *Ceteris paribus*, el garante del convenio responde de la deuda novada, cualquiera que sea el horizonte o escenario en que se reclame, aunque el convenio haya sido resuelto con efectos para el deudor homologante. Si el convenio se resuelve, el deudor homologante responderá de sus deudas antiguas, no de las nuevas, pero el fiador del convenio sigue respondiendo a todos los efectos de las deudas novadas, y esta responsabilidad no se extingue por el artículo 1847 del Código Civil.