

EFFECTOS DEL CONCURSO DE ACREEDORES EN LA EJECUCIÓN
DE LAS GARANTÍAS REALES TRAS LAS ÚLTIMAS REFORMAS DE
LA LEY CONCURSAL

EFFECTS OF INSOLVENCY PROCEEDING ON ENFORCEMENT
OF SECURITY RIGHTS OR FORECLOSURE AFTER RECENT
CHANGES IN SPANISH INSOLVENCY LAW

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 461-470.

Fecha entrega: 30/06/2014
Fecha aceptación: 01/07/2015

Dra. ADELA SERRA RODRÍGUEZ
Prof^a Titular de Derecho civil. Acreditada a Catedrática
Universidad de Valencia
Adela.Serra@uv.es

RESUMEN: El acreedor con garantía real goza, en el seno del concurso, de un privilegio especial, además de ostentar el derecho a iniciar o continuar su ejecución, siempre que no afecte a un bien necesario para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del concursado. Aun tratándose de tales bienes la paralización o suspensión de las ejecuciones tiene como límite temporal el de un año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la liquidación o la aprobación del convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de dicho derecho. Las medidas introducidas por el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, tramitado posteriormente como Ley 9/2015, de 25 de mayo, han modificado sustancialmente el tratamiento del acreedor con garantía real dentro del concurso, en tanto que, ahora, aun en contra de su voluntad podrá verse afectado por el convenio aprobado en junta de acreedores, además de limitar el privilegio especial al valor razonable de la respectiva garantía, calculado según los criterios introducidos por el Real Decreto 4/2014 para los acuerdos de refinanciación.

PALABRAS CLAVE: Ley concursal, hipoteca, prenda, acreedores garantizados, ejecuciones de garantías, continuidad de la actividad empresarial.

ABSTRACT: The creditor with a secured loan (mortgage or pledge) has, into insolvency proceedings, a special privilege, and, also, the right to initiate or continue proceedings which do not affect goods necessary for business continuity. However, recent changes in Spanish Insolvency Law introduced by the Royal Decree-Law 11/2014 of 5 September, and after, by the Law 9/2015 of 25 May, have substantially modified the legal status concerning a secured creditor into an insolvency proceeding.

KEY WORDS: Bankruptcy Law, insolvency proceedings, foreclosure, mortgage, pledge, secured creditor, reorganization and organizational efficiency.

SUMARIO: 1. Garantías reales y créditos privilegiados. 2. La suspensión y paralización de las ejecuciones de las garantías reales tras la declaración del concurso. 3. El inicio o la reanudación de la ejecución de las garantías reales. 4. La limitación del privilegio al valor razonable de la garantía.

1. Ante la insuficiencia patrimonial del deudor (art. 1911 CC), el Código civil parte de la regla de la igualdad de trato de los acreedores *-par conditio creditorum-* en la satisfacción de sus créditos, de manera que deberán todos en la misma proporción ver sacrificados sus derechos. No obstante, el propio Código civil reconoce, como excepción, a ciertos créditos la condición de privilegiados, permitiendo a su titular la facultad de cobrar con preferencia a los demás [v. arts. 1922.2º, 1923.3º y 1926 CC].

La constitución de garantías reales para asegurar la efectividad de un derecho de crédito confiere a su titular un refuerzo de su posición, tanto al permitirle, ante su insatisfacción promover el procedimiento de realización de valor legalmente previsto (*ius distrabendi*) como al otorgarle un privilegio (aunque no absoluto, en tanto que existen otros acreedores privilegiados) para el cobro con lo contenido en dicha realización forzosa. Sin embargo, cuando el deudor ha sido declarado en concurso de acreedores estas reglas sufren alguna alteración en la Ley Concursal, que se han hecho más relevantes con las últimas modificaciones, mediante el Real Decreto Ley 11/2014, de 5 de septiembre, tramitado posteriormente como Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal.

El presente trabajo pretende analizar cómo han afectado las recientes reformas en materia concursal al régimen de la ejecución de las garantías reales en el seno del concurso de acreedores.

2. Como regla general, declarado el concurso no pueden iniciarse ejecuciones singulares, judiciales o extrajudiciales, quedando en suspenso las que se estuvieran tramitando (art. 55.1 y 2 LC). Sin embargo, el propio precepto exceptúa de este régimen “lo establecido en esta ley para los *acreedores con garantía real*” (art. 55.4 LC), lo que parece coherente con el carácter privilegiado de estos titulares de derechos de crédito.

Sin embargo, en aras a lo que a lo largo del articulado se denomina “interés del concurso” prevé el art. 56 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, ya en su versión originaria, una medida de indudable repercusión: la paralización y la

suspensión de las ejecuciones de las garantías reales sobre bienes “afectos” a la actividad profesional o empresarial del deudor hasta que se apruebe un convenio que no haya de afectar a los acreedores garantizados o transcurra un año desde la declaración del concurso, sin que se haya producido la apertura de la liquidación. Durante este plazo los acreedores con garantía real se verán sometidos al “interés del concurso”, sacrificando el suyo propio, y sólo después de acaecer cualquiera de las dos situaciones previstas podrán proseguir la ejecución individual de sus derechos [GONZÁLEZ BILBAO, E.: “Identificación de los «intereses concurrentes» y del «interés del concurso» en la nueva Ley concursal”, *RDBB* (2004), núm. 94, abril-junio 2004, pp. 173-182].

Expresivas de esta idea son las palabras recogidas en la Exposición de Motivos de la Ley 22/2003 cuando, al justificar el tratamiento de las acciones de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado, declara: “[...] pero al mismo tiempo se procura que la ejecución separada de las garantías no perturbe el mejor desarrollo del procedimiento concursal ni impida soluciones que puedan ser convenientes para los *intereses del deudor y de la masa pasiva*”. Este efecto de paralización temporal de las ejecuciones se considera, para los titulares de derechos reales, “justo en el tratamiento de todos los intereses implicados en el concurso, que han de sufrir un sacrificio en aras de la solución definitiva y más beneficiosa del estado de insolvencia”. Con esta medida se pretende, de manera mediata, proteger el valor de la masa activa —al impedir que se sustraigan bienes, que suelen ser los de mayor valor, mediante su ejecución—, permitiendo la continuidad de la actividad empresarial —los bienes no afectos pueden ser ejecutados— o su posible enajenación global o unitaria, para lograr una mejor satisfacción de los acreedores.

La reforma introducida en el art. 56 por Ley 38/2011, de 10 de octubre, reforzó esta idea, al suprimir como excepción a la suspensión de la ejecución hipotecaria el supuesto en que ya estuvieran publicados los anuncios de la subasta del bien o derecho “afecto”. Ahora, incluso para el caso de que estuvieran publicados los anuncios de la subasta, la ejecución del crédito hipotecario o pignoraticio se suspenderá desde que la declaración del concurso conste en el procedimiento. Esta suspensión, no obstante, es temporal, pudiendo alzarse y continuar el procedimiento cuando se incorpore a éste “testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.

En la misma idea ahondan las sucesivas modificaciones introducidas en la Ley Concursal. Así, el Real Decreto Ley 4/2014, de 7 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de

deuda empresarial, permite, a través de la modificación del art. 5 bis LC, que la presentación de la *comunicación del inicio de negociaciones* para alcanzar determinados acuerdos de refinanciación pueda suspender, durante el plazo previsto para llevarlas a efecto, las ejecuciones judiciales de bienes o derechos que “resulten necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor”.

En la práctica, los problemas se han centrado en determinar si un bien estaba o no afecto a la actividad empresarial o profesional del concursado y, en consecuencia, si podía iniciarse o continuar la ejecución separada o, por el contrario, deberá esperarse el plazo del art. 56.1 LC. Algunas resoluciones optaban por la llamada “tesis funcional” requiriendo una conexión entre los bienes, el objeto social de la empresa y la continuidad de la actividad profesional o empresarial [entre otras, Auto JMerc. Pontevedra 31 de mayo de 2010 (AC 2010, 1422), Auto de la AP Barcelona de 17 de abril de 2009 (JUR 2009, 230318); Auto de la AP Alicante de 7 de mayo de 2009 (AC 2009, 2062)], frente a las que atendían a un criterio contable, a si el bien formaba parte del inmovilizado de la concursada y, por tanto, estaba vinculado a su proceso productivo de manera estable o si, por el contrario, formaba parte de su circulante.

Tras el Real Decreto-ley 4/2014 se suprime la expresión “bien afecto” y se sustituye por la de bienes “necesarios para la continuidad de la actividad profesional o empresarial”, limitando con ello la suspensión de la ejecución de bienes garantizados a los que se consideran imprescindibles para la continuación de la actividad empresarial, sin ser suficientes que se integren en ella [YÁÑEZ EVANGELISTA, J.: “El acreedor real como damnificado de la insolvencia del garante”, *Actualidad Jurídica “Uría Menéndez”* (2014), núm. 38, octubre-diciembre 2014, pp. 31 ss.; CABANAS TREJO, R.: “La garantía real en el precurso de acreedores”, *Diario La Ley*, núm. 8317 (2014), La Ley 2818/2014, p. 2; SÁNCHEZ RUS, H. Y SÁNCHEZ RUS, A.: “Comentario al artículo 56 de la Ley Concursal”, en AA.VV.: *Comentario de la Ley Concursal* (dir. PÉREZ LLORCA). Madrid (2015): Civitas, BIB 2015/9050); en contra, CARRASCO PERERA, Á.: “Ejecución de garantías reales. Impugnación de refinanciaciones y valor de la garantía tras la reforma concursal del Real Decreto Ley 4/2014”, *Anuario de Derecho concursal* (2014), núm. 32, pp. 66 ss.]. No serían necesarios para la actividad empresarial o profesional los bienes que constituyen inversiones realizadas por la concursada, como la adquisición de unos valores que fueron pignoralos [Auto JMerc. Pontevedra 31 de mayo de 2010 (AC 2010, 1422)] o la vivienda habitual del empresario persona física, donde no desarrolla ninguna actividad vinculada. En cambio, tratándose de empresas dedicadas a la de promoción y construcción inmobiliaria sí se consideran que las viviendas, aun no terminadas,

constituyen bienes necesarios para la continuidad de la actividad empresarial [Auto de la AP Barcelona de 17 de abril de 2009 (JUR 2009, 230318)].

En suma, cuando se trate de un bien o derecho necesario para la continuación de la actividad empresarial no podrá iniciarse la ejecución de la garantía real constituida sobre el mismo y se suspenderán las ya iniciadas.

3. Como hemos apuntado, la paralización del inicio de las ejecuciones de las garantías reales es temporal, pudiendo iniciarse si se aprueba un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio del derecho del acreedor con garantía real o si transcurre un año desde la declaración del concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación.

En relación con la primera hipótesis —convenio cuyo contenido no afecte al acreedor con garantía real— el Real Decreto-ley 11/2014 ha operado una importante modificación que podría afectar al derecho de ejecución separada que, en principio, incumbe a estos acreedores.

En efecto, antes del Real Decreto-ley 11/2014 un acreedor privilegiado sólo quedaba vinculado por el contenido del convenio si había votado a favor de la propuesta o si su firma o adhesión se hubiese computado como voto favorable; o incluso si se adherían al convenio ya aceptado por los acreedores o aprobado por el juez antes de la declaración judicial de cumplimiento (art. 134.2 LC). Sólo en tales casos, que requiere consentimiento del acreedor privilegiado, podía vincularse, afectando con ello a su derecho a ejecutar separadamente su garantía real. El Real Decreto-ley 11/2014 introdujo un nuevo apartado 3 al art. 134 LC, confirmado por la Ley 9/2015, de 25 de mayo, permitiendo que, concurriendo determinadas mayorías, el acreedor con privilegio especial (garantía real) quede afectado por un convenio aun cuando no vote a favor ni lo firme ni se adhiera a la propuesta. Se trata, como declara el Preámbulo de la propia Ley 9/2015, de una previsión novedosa que permite el arrastre de determinados créditos con privilegio especial, incluso en la parte cubierta por el valor de garantía. Para que esto suceda se prevé la concurrencia de unas mayorías cualificadas (60% o 75%, dependiendo del contenido del acuerdo) que se computan para cada clase de acreedores, según la definición del art. 94.2 LC. A su vez, este precepto distingue cuatro clases de acreedores privilegiados: los de derecho laboral, los acreedores públicos, los financieros y, por último, el resto.

De manera clara, se produce un sacrificio de los acreedores con garantía real a favor de los restantes ordinarios que acuerdan determinado convenio, que puede llegar afectar a su derecho de ejecución separada, y que se intenta paliar, de alguna manera, exigiendo dichas mayorías reforzadas para cada una de las clases de acreedores privilegiados, lo que, a juicio del Preámbulo de la

Ley 9/2015, determinará la imposibilidad de concertaciones de unos acreedores para perjudicar los de otra clase.

Pues bien, si el contenido del convenio contiene quitas iguales o superiores a la mitad del importe del crédito o esperas, de principal, intereses u otras cantidades, no superiores a cinco años, se requerirá una mayoría del 60% de cada clase de acreedores privilegiados [art. 124.1 a) LC]; cuando la propuesta de convenio contenga esperas con un plazo de más de cinco años, pero no superior a diez, o quitas superiores a la mita del importe del crédito, la mayoría requerida será del 75% de los acreedores de la misma clase [art. 124.1 b) LC]. Adoptándose dichos acuerdos por las mayorías cualificadas requeridas también el acreedor privilegiado que votó en contra (en minoría) o disidente quedará afectado por el contenido del convenio, y habrá que estar a lo allí previsto sobre su derecho a ejecutar separadamente, pero sólo si la ejecución afecta a algún bien que se considere imprescindible para la viabilidad de la empresa durante el cumplimiento del convenio.

Las modificaciones introducidas en la LC tienden a facilitar en la mayor medida posible la continuación de la actividad empresarial, pero a costa de sacrificar en alguna medida el interés de los acreedores privilegiados.

Lo mismo sucede con la suspensión de las ejecuciones ya iniciadas desde que la declaración del concurso conste en el correspondiente procedimiento, lo que podrá tener lugar por ponerlo de manifiesto la parte ejecutada, el acreedor ejecutante, la administración judicial o por recibir el juez de primera instancia que conozca de la ejecución algún oficio del juez del concurso. La regla general será la suspensión de la ejecución hipotecaria desde que conste en este proceso la declaración del concurso, mientras no exista declaración expresa del juez del concurso de que el bien no es necesario para la actividad empresarial o profesional; declaración que se producirá normalmente a instancia del juez que conozca de la ejecución que remitirá oficio al juez del concurso para que se pronuncie al efecto o del propio ejecutante al que interese que prosiga la ejecución, que se personará en el proceso concursal solicitando que se declare judicialmente la innecesariedad del bien para la continuación de la actividad empresarial o profesional [JUAN GÓMEZ, M. C.: “La competencia judicial en los casos de ejecución de garantías reales sobre bienes del concursado”, *Revista Aranzadi Doctrinal* (2012), núm. 6, BIB 2012/2851, p. 7].

Según el art. 56.2 LC, en la redacción tras la Ley 38/2011, “[s]ólo se alzará la suspensión y se ordenará que continúe cuando se incorpore al procedimiento de ejecución testimonio de la resolución del juez del concurso que declare que los bienes o derechos no son necesarios para la continuidad de la actividad empresarial o profesional”. Ahora bien, de una interpretación sistemática del

art. 56 LC — y no únicamente literal, al emplear el adverbio “Sólo” su primer apartado— cabe concluir que los límites temporales o materiales de la paralización (del inicio) de las ejecuciones hipotecarias rigen también en caso de la suspensión de las ya iniciadas. Por ello, aun cuando no exista declaración del juez del concurso sobre el carácter de necesario o no del bien objeto de la garantía real si ha transcurrido un año desde la declaración del concurso sin que se haya abierto la fase de liquidación o se haya aprobado un convenio cuyo contenido no afecte al acreedor titular de la garantía real deberá alzarse la suspensión y continuar la ejecución.

Controvertida es también la determinación del órgano judicial competente para continuar la ejecución hipotecaria en caso de cese de la suspensión. Así, para el caso de que el juez del concurso haya declarado expresamente que el bien objeto de garantía, cuya ejecución se suspendió, no es necesario para la continuidad de la actividad empresarial o profesional del concursado hay resoluciones judiciales han considerado que será el juez que conocía de la ejecución hipotecaria. En tal sentido, el Auto AP Valencia de 26 de enero de 2015 (JUR 2015, 102956)]. En contra, la doctrina sostiene que los arts. 86 ter 1.3º LOPJ y 8.3º LC, así como el art. 57.1 LC fundamentan que las ejecuciones que se reanuden deberán tramitarse “separadamente”, pero ante el juez del concurso [YÁÑEZ EVANGELISTA, J.: “El acreedor real”, cit., p. 37; CARRASCO PERERA, Á.: *Los derechos de garantía en la Ley Concursal, Los derechos de garantía en la Ley Concursal*. Madrid (2004): Thomson Civitas, p. 119]. Es lo que algún autor ha denominado ejecución intraconcursal, como modalidad de ejecución separada dentro del procedimiento concursal [GARRIDO GARCÍA, J. M^a: “Comentario al artículo 155 de la Ley Concursal”, en AA.VV.: *Comentario de la Ley Concursal* (dir. PÉREZ LLORCA). Madrid (2015) Civitas, BIB 2015/1342, p. 4]. La dicción del vigente art. 57.1 LC no deja lugar a dudas. Según éste, si se reanudan las ejecuciones será competente el juez del concurso, “quien a instancia de parte decidirá sobre su procedencia y, en su caso, acordará su tramitación en pieza separada, acomodándose las actuaciones a las normas propias del procedimiento judicial o extrajudicial que corresponda”. Así, la SAP Sevilla 17 de noviembre de 2014 (JUR 2015, 104014), que considera que lo procedente, al haber transcurrido un año desde la declaración del concurso sin abrirse la liquidación, es que la ejecución suspendida por la declaración del concurso, “al ser necesaria la finca para la continuidad de la actividad empresarial de la concursada”, prosiga por separado, pero ante el juez del concurso, aplicando el art. 57.1 LC.

4. La limitación del privilegio al valor razonable de la garantía. En el Preámbulo de la Ley 9/2015, de 25 de mayo, de medidas urgentes en materia concursal, se declara que el propósito de esta Ley es extender las premisas

sobre las que se asienta la Ley 17/2014, de 30 de septiembre, por la que se adoptan medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial, al propio convenio concursal, introduciendo para ello unas relevantes modificaciones del régimen de las garantías sobre las que recae el privilegio especial.

Con el mismo objetivo se introducen previsiones análogas a las de la disposición adicional cuarta de la Ley Concursal, en la redacción que le dió la Ley 17/2014, relativas a la valoración de las garantías sobre las que recae el privilegio especial, modificando los arts. 90 y 94 de la Ley Concursal, y unificando con ello los criterios de valoración utilizados en los acuerdos preconcursales de refinanciación y en el concurso. La Ley 9/2015 persigue respetar en la mayor medida posible la naturaleza jurídica de las garantías reales, pero siempre “de acuerdo con su verdadero valor económico”. Muestra el legislador sus sospechas respecto de los créditos privilegiados, garantizados realmente, al declarar que muchas veces dichos privilegios carecen de fundamento (v.gr. infragarantías o superposición de garantías) y suponer, al tiempo, un obstáculo primero para formalizar acuerdos preconcursales o, con posterioridad, convenio concursal que asegure la continuidad de la actividad empresarial.

El nuevo apartado 3 del art. 90 LC prevé: “El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94. El importe del crédito que exceda del reconocido como privilegiado especial será calificado según su naturaleza”. De esta manera, como ha sido puesto de manifiesto, el privilegio especial que ostenta el titular de un derecho de crédito garantizado realmente queda delimitado por el valor que se atribuya a la respectiva garantía y no por el importe del crédito garantizado.

Según el art. 94.5 LC “A los efectos del art. 90.3, se expresará el valor de las garantías constituidas en aseguramiento de los créditos que gocen de privilegio especial. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho sobre el que esté constituida la garantía, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre el mismo bien, sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero, ni superior al valor del crédito privilegiado ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiese pactado”. A continuación, reproduce la Ley los criterios, ya previstos en la Ley 17/2014, para obtener a estos efectos el valor razonable del bien, diferenciando si se trata de valores mobiliarios [art. 94.5 a) LC], bienes inmuebles [art. 94.5 b) LC] o bienes y derechos distintos de los anteriores [art. 94.5 c) LC]. En caso de bienes inmuebles, su valor razonable será el

resultante de informe emitido por una sociedad de tasación homologada e inscrita en el Registro Especial del Banco de España, salvo que ya hubiera sido emitido dentro de los doce meses anteriores a la declaración del concurso, en cuyo caso se considera suficiente este último.

Al respecto, cabe tener en cuenta la importancia que adquiere este “valor de la garantía”. De una parte, porque las mayorías reforzadas exigibles (60% o 75%) para que el contenido del convenio se extienda a los acreedores privilegiados pertenecientes a una misma clase —incluso, a los disidentes— se calculan sobre la base del valor de la garantía y no sobre el importe total del crédito [cfr. art. 134.3 LC]. De otra, porque se considera que la parte del crédito garantizado que exceda del valor de la garantía —que en ningún caso puede exceder de nueve décimas partes del valor razonable del bien sobre el que la garantía recaiga, incluso aunque ésta sea de primer rango y no existan cargas preferentes— no es privilegiado, sino que queda incluido en el pasivo ordinario, a los efectos de obtener las mayorías necesarias para la aprobación del convenio, que serían las previstas en el art. 124 LC y no las del art. 134 LC, aplicables sólo a los acreedores privilegiados.

Dos últimas cuestiones suscita la nueva norma relativa a la valoración de las garantías que ostentan los acreedores privilegiados. Una, sobre quién ha soportar el coste el informe emitido por sociedad de tasación para calcular el valor razonable del bien inmueble sobre el que recae la garantía. Podría mantenerse que debe ser el titular de la garantía que quiere hacer valer el privilegio. Sin embargo, parece preferible entender que, atendiendo a la importancia que puede adquirir dicha valoración para el cálculo de las mayorías exigibles para la aceptación del convenio y el arrastre de los acreedores privilegiados (cfr. arts. 124 y 134 LC) debería ser asumido por la administración concursal como crédito contra la masa [PULGAR EZQUERRA, J.: “Ley 17/2014, de medidas urgentes en materia de refinanciación y reestructuración de deuda empresarial y Real Decreto-Ley 11/2014 de reformas urgentes en materia concursal: nuevos paradigmas”, *Diario La Ley* (2014), núm. 8391, La Ley 7151/2014, p. 17]. Otra cuestión es la del momento en que ha de procederse a la valoración de la garantía. La doctrina considera que debe ser el momento en que se elabore la lista de acreedores que debe acompañar al informe de la administración concursal *ex* art. 94 LC, no debiendo considerar las modificaciones posteriores que pueda sufrir, si bien cabe tener en cuenta que existen garantías que pueden sufrir importantes modificaciones de valor desde dicho momento hasta la aprobación del convenio [YÁÑEZ EVANGELISTA, J.: “El acreedor real”, *cit.*, p. 41; PULGAR EZQUERRA, J.: “Ley 17/2014, de medidas urgentes”, *cit.*, p. 17].