



Roj: **STS 3233/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3233**

Id Cendoj: **28079110012021100570**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Civil**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/07/2021**

Nº de Recurso: **5378/2018**

Nº de Resolución: **586/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN MARIA DIAZ FRAILE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STS 3233/2021,**  
**SAP M 18847/2018**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 586/2021**

Fecha de sentencia: 27/07/2021

Tipo de procedimiento: CASACIÓN

Número del procedimiento: 5378/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 22/07/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 9

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

Transcrito por: COT

Nota:

CASACIÓN núm.: 5378/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. Aurora María Del Carmen García Álvarez

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Civil**

#### **Sentencia núm. 586/2021**

Excmos. Sres.

D. Ignacio Sancho Gargallo

D. Rafael Sarazá Jimena

D. Pedro José Vela Torres

D. Juan María Díaz Fraile



En Madrid, a 27 de julio de 2021.

Esta sala ha visto el recurso de casación respecto de la sentencia de 8 de octubre de 2018, dictada en grado de apelación por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, como consecuencia de autos de juicio ordinario n.º 472/2016 del Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Madrid, sobre nulidad de ejecución de prenda.

Es parte recurrente la entidad Martibalsa, S.L., representado por la procuradora D.ª Rocío Marsal Alonso y bajo la dirección letrada de D. Luis José Morón Mérida.

Es parte recurrida Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., representada por la procuradora D.ª Elena Medina Cuadros y bajo la dirección letrada de D. Juan María Jiménez Moreno y D. Adrián Thery Martí.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan María Díaz Fraile.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### PRIMERO.- *Tramitación en primera instancia.*

1.- La procuradora D.ª Rocío Marsal Alonso, en nombre y representación de Martibalsa, S.L., interpuso demanda de juicio ordinario contra Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., en la que solicitaba se dicte sentencia en la que se efectúen los siguientes pronunciamientos:

"1.- La declaración de nulidad de la ejecución de la prenda de las 193.548.388 acciones de Quabit Inmobiliaria, S.A. instada por la sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. al no haberse producido el vencimiento del préstamo que constituía la obligación de que la expresada prenda era en garantía.

"2.- Alternativamente, la declaración de la nulidad de la ejecución de la prenda de las 193.548.388 acciones de Quabit Inmobiliaria S.A. instada por la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. al no haberse respetado en la ejecución los requisitos previstos legalmente por el artículo 322 del Código de Comercio y el artículo 11 del Real Decreto-Ley previstos 5/2005.

"3.- Para el caso de admitirse cualquiera de las declaraciones de nulidad de ejecución de la prenda solicitadas en los pronunciamientos 1 y 2 anteriores, la condena a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. a:

"a) restituir a Martibalsa, S.L. las 193.548.388 acciones de Quabit Inmobiliaria, S.A. cualquiera que sea el valor que estas tuvieran en el momento de ejecutarse la sentencia, a cuyo fin deberá condenarse también a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. a adquirir a su costa las acciones de Quabit Inmobiliaria, S.A. que fueren precisas para completar el citado número de acciones en el caso de que hubiera transmitido total o parcialmente alguna o algunas de las 193.548.388 acciones pignoras adquiridas como consecuencia de la indebida ejecución de la prenda, y

"b) transmitir a Martibalsa, S.L. cualesquiera acciones que hubiera suscrito o hubiera podido adquirir como consecuencia de aumentos de capital acordados por Quabit Inmobiliaria, S.A., en el tiempo que medie entre la ejecución de la prenda y la ejecución de la sentencia que se dicte en el presente procedimiento, en ejercicio de los derechos de suscripción preferente que correspondan a las 193.548.388 acciones pignoras, cuya garantía se ejecutó indebidamente, así como a las acciones que sucesivamente se hubieran podido adquirir en posteriores aumentos de capital, debiendo la actora reintegrar a la demandada las cantidades satisfechas por dicho concepto.

"4.- Subsidiariamente, y para el solo caso de inexistencia en el mercado de acciones de Quabit Inmobiliaria, S.A. que permitan la ejecución en forma específica solicitada en los pronunciamientos 3.a) y 3.b) anteriores, la condena a la Sociedad de Gestión de Activos de la Reestructuración Bancaria, S.A. a indemnizar a Martibalsa, S.L.:

"a) en la cantidad del importe equivalente al mayor valor alcanzado en su cotización por las 193.548.388 acciones pignoras entre la fecha de ejecución indebida de la prenda y la fecha de ejecución de la sentencia que se dicte en este procedimiento, y

"b) en la cantidad del importe equivalente al mayor valor alcanzado en su cotización por cualesquiera acciones que la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. hubiera podido adquirir en aumentos de capital acordados por Quabit Inmobiliaria, S.A. desde la fecha de ejecución indebida de la prenda de las mismas hasta la fecha de ejecución de esta sentencia, las haya o no adquirido



efectivamente, como consecuencia del ejercicio de los derechos de suscripción preferente correspondientes a las 193.548.388 acciones pignoradas así como a las acciones que sucesivamente se hubieran podido adquirir pignoradas en posteriores aumentos de capital, debiendo la actora reintegrar a la demandada las cantidades satisfechas por la adquisición de las nuevas acciones.

"5.- En el caso de estimación de cualquiera de los pronunciamientos solicitados en los apartados 3 y 4 la condena a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. a:

"a) reintegrar a Martibalsa, S.L. cualesquiera dividendos cuya distribución se haya acordado por Quabit Inmobiliaria, S.A., en el tiempo que media entre la ejecución indebida de la prenda y la ejecución de la sentencia que se dicte en el presente procedimiento, y que hayan correspondido a las 193.548.388 acciones objeto de la prenda indebidamente ejecutada o, en su caso, a las acciones que hubiera podido adquirir en aumentos de capital efectuados por Quabit Inmobiliaria, S.A. en dicho periodo de tiempo en ejercicio de los derechos de suscripción preferente correspondientes a las 193.548.388 acciones pignoradas así como a las acciones que sucesivamente se hubieran podido adquirir en posteriores aumentos de capital.

"b) reintegrar a Martibalsa, S.L. el importe que la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. hubiera percibido por la transmisión de derechos de suscripción preferente de acciones de Quabit Inmobiliaria, S.A. que la "misma haya podido efectuar entre la fecha de ejecución de la prenda y la ejecución de la sentencia que se dicte en el presente procedimiento.

"6.- Alternativamente y para el caso de no estimarse el pedimento contenido en el número 4 anterior, la condena a la Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. a indemnizar a Martibalsa, S.L. en el importe de 7.354.838,744 Euros más sus intereses legales desde la fecha de interposición de la presente demanda hasta la firmeza de la sentencia que ponga fin a este proceso así como al pago del interés moratorio regulado en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil devengado desde la fecha de la sentencia dictada en primera instancia hasta la completa ejecución de la misma.

"7.- La condena al pago de las costas causadas a la actora en este procedimiento".

2.- La demanda fue presentada el 29 de abril de 2016 y, repartida al Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Madrid, fue registrada con el n.º 472/2016. Una vez fue admitida a trámite, se procedió al emplazamiento de la parte demandada.

3.- La procuradora D.ª Elena Medina Cuadros, en representación de Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A., contestó a la demanda, solicitando su desestimación y la expresa condena en costas a la parte actora.

4.- Tras seguirse los trámites correspondientes, la Magistrada-juez del Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Madrid dictó sentencia 2/2018, de 4 de enero, con la siguiente parte dispositiva:

"Que desestimando íntegramente la demanda interpuesta a instancia de MARTIBALSA SL, representada por la Procuradora D.ª Rocío Marsal Alonso contra SOCIEDAD DE GESTION DE ACTIVOS PROCEDENTES DE LA REESTRUCTURACION BANCARIA SA (SAREB), representada por la procuradora D.ª M.ª Elena Medina Cuadros, debo absolver y absuelvo a la demandada de la pretensión ejercitada en su contra.

"Con expresa condena en costas a la parte demandante".

**SEGUNDO.- Tramitación en segunda instancia.**

1.- La sentencia de primera instancia fue recurrida en apelación por la representación de Martibalsa, S.L. La representación de Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. se opuso al recurso.

2.- La resolución de este recurso correspondió a la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, que lo tramitó con el número de rollo 392/2018 y tras seguir los correspondientes trámites dictó sentencia de 8 de octubre de 2018, cuyo fallo dispone:

"1.- Desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de MARTIBALSA S.L. contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia n.º 36 de Madrid con fecha 4 de enero de 2018 con pérdida del depósito constituido para recurrir de conformidad con el punto 9º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

"2.- Estimamos la impugnación de SOCIEDAD DE GESTIÓN DE ACTIVOS PROCEDENTES DE LA REESTRUCTURACIÓN BANCARIA S.A. (SAREB) declarando probado que MARTIBALSA S.L. prestó su consentimiento a la novación del préstamo que tuvo lugar el día 25 de julio de 2012, con devolución al



recurrente del depósito constituido de conformidad con el punto 8º de la Disposición Adicional Decimoquinta de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

"3.- Imponemos las costas de la apelación a la parte recurrente, sin expreso pronunciamiento sobre las costas de la impugnación".

### **TERCERO.- Interposición y tramitación del recurso de casación**

1.- La procuradora D.ª Rocío Marsal Alonso, en representación de Martibalsa, S.L., interpuso recurso de casación.

Los motivos del recurso de casación fueron:

"Primer motivo: Al amparo del artículo 477.1 ordinal 2º por infracción, por la sentencia de instancia, de la doctrina jurisprudencial que impide la equiparación del tercer garante real no deudor a los deudores personales solidarios, fiadores o avalistas con infracción, por aplicación indebida, del artículo 135 de la Ley Concursal.

" Segundo motivo: Error de derecho en la calificación jurídica de la conducta de SAREB, al optar por la aplicación de una de las alternativas previstas en el Convenio, considerando que ni siquiera puede calificarse como adhesión al mismo, siguiendo una interpretación ilógica conducente al absurdo. Infracción del artículo 135 de la Ley Concursal por aplicación indebida.

"Tercer motivo: Infracción del artículo 6.2 del Código Civil en relación con el artículo 322 del Código de Comercio al considerar renunciable el plazo perentorio de tres días establecido en éste último para el ejercicio del procedimiento de ejecución especialísimo que el mismo regula".

2.- Las actuaciones fueron remitidas por la Audiencia Provincial a esta Sala, y las partes fueron emplazadas para comparecer ante ella. Una vez recibidas las actuaciones en esta Sala y personadas ante la misma las partes por medio de los procuradores mencionados en el encabezamiento, se dictó auto de fecha 3 de febrero de 2021, que admitió el recurso y acordó dar traslado a la parte recurrida personada para que formalizara su oposición.

3.- La representación de Sociedad de Gestión de Activos procedentes de la Reestructuración Bancaria, S.A. se opuso al recurso.

4.- Al no solicitarse por todas las partes la celebración de vista pública, se señaló para votación y fallo el día 22 de julio de 2021, en que ha tenido lugar.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.- Resumen de antecedentes**

1.- Para la resolución del presente recurso resultan relevantes los siguientes antecedentes de hecho acreditados en la instancia:

i) El 10 de marzo de 2009, Caja de Ahorros, Castellón y Alicante (Bancaja) suscribió con la entidad Grupo Rayet S.A. una póliza de préstamo por importe de treinta millones (30.000.000) de euros.

ii) Como garantía de cumplimiento de sus obligaciones Grupo Rayet S.A. constituyó prenda sobre 193.548.388 acciones de la compañía Afirma Grupo Inmobiliario, S.A., de su propiedad.

iii) El 29 de junio de 2012, Bankia S.A., como sucesora universal de Bancaja, suscribió con el Grupo Rayet S.A., en su calidad de deudor, y Martibalsa S.L., como pignorante, una póliza de novación del préstamo inicialmente concedido por el que se modificó el vencimiento, trasladándolo del 10 de marzo de 2014 al 10 de diciembre de 2015, así como el reembolso del préstamo, pactando que se efectuaría mediante una única cuota comprensiva de capital e intereses en la fecha del nuevo vencimiento. En dicha póliza Martibalsa S.L. ratificó la prenda constituida sobre las 193.548.388 acciones de Afirma Grupo Inmobiliario, S.A. que había pasado a denominarse Quabit Inmobiliaria S.A.

A su vez, la posición contractual de Bankia fue transmitida a favor de Sareb.

iv) El 17 de diciembre de 2012, Grupo Rayet S.A. fue declarada en concurso voluntario de acreedores. La administración concursal reconoció a Sareb un crédito de carácter ordinario por importe de 21.000.000 de euros de principal y un crédito subordinado de 622.540,11 euros, por intereses.

v) El 10 de septiembre de 2015 se celebró junta de acreedores a la que se sometió la propuesta de convenio. Sareb no asistió a esa junta ni, por tanto, voto en ella. Tampoco consta que se hubiera adherido al convenio con anterioridad.



vi) El 12 de noviembre de 2015, se dictó sentencia de aprobación del convenio de acreedores propuesto por Grupo Rayet S.A. En el convenio aprobado se establecía como alternativa A una quita del 90% del importe de los créditos ordinarios y una espera de 10 años, mediante pagos parciales, el primero de los cuales, por importe del 3% de la deuda, no sería exigible hasta transcurridos 3 años.

vii) El 30 de noviembre de 2015, Sareb optó por la alternativa A.

viii) El 9 de diciembre de 2015 la demandante requirió a la demandada para que se abstuviera de realizar cualquier procedimiento de ejecución de la prenda. El 26 de enero de 2016, Sareb contestó a ese requerimiento y manifestó su disconformidad con la pretendida extinción de la prenda de acciones.

ix) El 27 de enero de 2016, después de haber requerido de pago el inmediato 25 de enero tanto al Grupo Rayet SA como a Martibalsa S.L., Sareb instó ante la Sociedad Rectora de la Bolsa de Madrid la ejecución de la prenda por el procedimiento establecido en el art. 322 Ccom. Tras los trámites oportunos el 5 de febrero de 2016, Bolsa de Madrid confirmó que el procedimiento de ejecución se había realizado a través de Santander Investment Bolsa S.V., S.A., con arreglo a las instrucciones de la demandada para la compra de acciones al precio de cotización, que se estableció en 0,038 euros, tras el contra split de Quabit Inmobiliaria S.A.

Previamente, el 14 de diciembre de 2015, Sareb había solicitado el certificado acreditativo de la inscripción de la garantía, cuya emisión se retrasó al haber cambiado la demandante de entidad depositaria.

x) El 16 de febrero de 2016, Sareb comunicó mediante carta a Martibalsa que había procedido a ejecutar la prenda sobre las acciones de Quabit Inmobiliaria S.A., y que el producto de la ejecución (7.354.838,74 euros) se había aplicado a satisfacer en parte el importe de la deuda derivada del contrato de préstamo suscrito con Grupo Rayet S.A.

**2.-** Martibalsa presentó demanda contra Sareb por la que, en lo que ahora interesa, ejercitaba una acción de nulidad de la ejecución de la prenda de las 193.548.388 acciones de Quabit Inmobiliaria, S.A., al no haberse producido el vencimiento del préstamo que constituía la obligación garantizada con la expresada prenda, puesto que el convenio aprobado contiene una espera de tres años para el primer vencimiento; alternatively solicitaba que se declarase la nulidad de la ejecución de la prenda por no haberse cumplido en la ejecución los requisitos previstos en el art. 322 Ccom, con los pronunciamientos de condena antes transcritos, en concreto por no haberse respetado el plazo de tres días previsto en beneficio del garante.

**3.-** El juzgado de primera instancia desestimó íntegramente la demanda. Rechazó la alegación de que la obligación garantizada no estaba todavía vencida en la fecha de la ejecución de la prenda, que la demandante apoyaba en el aplazamiento del vencimiento de las obligaciones pactado en el convenio del concurso de Grupo Rayel, al estimar que dado que Sareb no votó a favor del convenio ni se adhirió al mismo (a lo que no es asimilable la opción por una de las alternativas ofrecidas), el contenido del convenio no le era oponible respecto de las garantías prestadas por terceros, conforme al art. 135 LC. En consecuencia, concluyó que, al haber vencido el préstamo el 10 de diciembre de 2015, la ejecución de la prenda realizada el 5 de febrero de 2016 fue posterior a ese vencimiento.

También desestimó la alegación de que Sareb no había respetado el plazo de tres días del art. 322 Ccom porque: (i) consta la renuncia expresa al límite de ese plazo (cláusula 3ª del anexo de la póliza del préstamo); y (ii) Sareb solicitó el 14 de diciembre de 2015, dentro del plazo de tres días, el certificado acreditativo de la inscripción de la garantía, requisito establecido por el art. 322 Ccom, cuya emisión se dilató al haber cambiado la demandante de entidad depositaria; por lo que, entiende que, al margen de si era necesario respetar o no ese plazo dada su renuncia en el contrato, la demandada inició los trámites de la ejecución dentro del plazo legal.

**4.-** Recurrida en apelación la sentencia de primera instancia, la Audiencia desestimó el recurso. En lo que ahora interesa, en síntesis, argumentó que:

(i) aunque las figuras del fiador personal y del garante real por deuda ajena no son totalmente equiparables, el art. 135 CC es aplicable no sólo a las garantías personales sino también a las reales, por lo que el convenio aprobado tampoco es oponible a los acreedores que no hayan votado a favor del convenio respecto de los garantes reales del deudor concursado, dada la finalidad del precepto de salvaguardar el derecho del acreedor del concursado frente a terceros obligados (con la particularidad de que el garante real lo es con el límite del producto de la enajenación de los bienes dados en prenda);

(ii) resulta indubitado que la Sareb no votó a favor del convenio, y no puede asimilarse a una adhesión la aceptación por la Sareb de una de las alternativas que proponía el convenio; éste afectaba a todos los créditos y preveía un mecanismo para el caso de no ejercicio de la facultad de elección, de modo que en todo caso quedaba vinculado el crédito de la actora; ésta se limitó a optar por una de las fórmulas del convenio que no ha votado y que afectaba a su crédito, lo que no supone adhesión al mismo; y



(iii) el art. 322 Ccom regula un procedimiento privilegiado al que puede acudir el acreedor prendario durante el plazo perentorio y preclusivo de los tres días hábiles siguientes al vencimiento del préstamo, pero las partes renunciaron expresa y claramente al mismo en el contrato; esa renuncia no es contraria al orden público ni entra en conflicto con intereses de terceros susceptibles de resultar perjudicados, por lo que no infringe los límites del art. 6.2 CC.

5.- Martibalsa ha interpuesto un recurso de casación, articulado en tres motivos, que han sido admitidos.

**SEGUNDO.-** *Recurso de casación. Formulación del primer motivo.*

1.- El motivo se funda en la infracción del art. 135 LC y de la doctrina jurisprudencial que rechaza la equiparación del tercer garante real no deudor a los deudores personales solidarios, fiadores o avalistas.

2.- En su desarrollo, sostiene que la sentencia recurrida pese a reconocer que según la jurisprudencia un hipotecante ajeno a la deuda no es deudor ni puede ser considerado análogo al fiador, se inclina por seguir la tesis de la equiparación de ambas figuras a los efectos de aplicación de la excepción de no vinculación del acreedor garantizado por los efectos del convenio logrado en el marco del concurso, que establece el art. 135 LC. Considera que esta interpretación extensiva se opone a la jurisprudencia contenida en sentencias de esta sala 858/1995, de 6 de octubre, 18/2009 de 3 de febrero, 23 de marzo de 2000 y 26 de mayo de 1950, que se han mostrado contrarias a la equiparación del tercer garante real no deudor y el fiador. Añade que, conforme a la doctrina citada, no es posible equiparar las figuras de fiador personal y fiador real, y que el art. 135 LC únicamente contempla la situación de garantes obligados personalmente con el acreedor, pero no a los garantes reales no deudores. Estima que la interpretación que equipara a garantes personales y reales haría extensiva a estos últimos la aplicación de los arts. 97.4.3º y 87.6 con las mismas consecuencias económicas que para el deudor concursado se derivan del concurso, lo que, a su juicio, conduce al absurdo.

**TERCERO.-** *Decisión de la sala. La aplicación del art. 135 LC a los garantes reales no deudores. Desestimación.*

1.- La cuestión que se suscita en este primer motivo del recurso consiste en dirimir si el art. 135 LC, en la redacción aplicable al caso, que junto con el art. 134 LC delimita el ámbito subjetivo de eficacia del convenio de acreedores, resulta también aplicable o no, además de a los obligados solidariamente con el concursado y a sus fiadores o avalistas, mencionados expresamente en el precepto, a los terceros que hayan constituido garantías reales a favor del acreedor para asegurar las obligaciones del concursado.

Esta misma cuestión ha sido resuelta recientemente por esta Sala Primera en la sentencia 549/2012, de 20 de julio, en la que hemos fijado doctrina en relación con una garantía hipotecaria, que ahora procede mantener y aplicar al presente caso respecto de una garantía prendaria.

2.- En el concurso de acreedores de la prestataria, la demandada tenía reconocido un crédito ordinario de 21.000.000 de euros, por principal, y un crédito subordinado de 622.540,11 euros, por intereses. El convenio propuesto por la deudora, que fue aceptado por la junta de acreedores y luego aprobado judicialmente, prevé una quita del 90% del importe de los créditos y una espera de diez años, con amortización a través de pagos parciales, el primero de los cuales, por importe del 3% de la deuda, no sería exigible hasta transcurridos tres años. La Sareb no votó a favor del convenio.

En este contexto, la cuestión suscitada en este motivo es en qué medida la espera de diez años con un sistema de amortización fraccionada cuyo primer pago se aplazaba tres años, hasta cuyo vencimiento no sería exigible, genera efectos en la ejecución de la garantía prendaria prestada por un tercero, garante real no deudor. Y, en concreto, si resulta de aplicación el art. 135.1 LC.

Este precepto, bajo la rúbrica "límites subjetivos" a la eficacia del convenio, prescribe lo siguiente:

"1. Los acreedores que no hubiesen votado a favor del convenio no quedarán vinculados por éste en cuanto a la subsistencia plena de sus derechos frente a los obligados solidariamente con el concursado y frente a sus fiadores o avalistas, quienes no podrán invocar ni la aprobación ni los efectos del convenio en perjuicio de aquéllos".

Esta norma ha pasado al art. 399 del texto refundido del 2000, que en lo que ahora respecta no ha cambiado, sin perjuicio de haber aclarado que para acogerse a esta regla de conservación de los derechos frente a terceros es necesario que el acreedor ni haya sido autor de la propuesta de convenio, ni se haya adherido ni votado a favor:

"1. El convenio no producirá efectos respecto de los derechos de los acreedores frente a los obligados solidarios con el concursado ni frente a los fiadores o avalistas, salvo que esos acreedores hubiesen sido autores de la propuesta, se hubieran adherido a ella, salvo que hubieran revocado la adhesión, o hubieran votado a favor de la misma. Los obligados solidarios, los fiadores y los avalistas no podrán invocar la aprobación del convenio ni el contenido de este en perjuicio de aquellos".



3. La *ratio* de la norma contenida en el art. 135.1 LC es garantizar al acreedor que no vota a favor de la propuesta de convenio que su aprobación no afectará a los derechos que tuviera frente a terceros, ya sean los obligados solidarios con el concursado, ya sean quienes hubieran aportado una garantía. Aunque la norma haga únicamente referencia expresa a las garantías personales (fiadores o avalistas), tiene sentido que corran la misma suerte las garantías reales prestadas por terceros, como en este caso una prenda otorgada por un garante no deudor.

Como declaramos en la sentencia 549/2012, de 20 de julio:

"La norma lo que pretende es preservar los derechos del acreedor concursal frente a los terceros afectados por el cumplimiento de un crédito concursal, en caso de que se apruebe un convenio si ese acreedor no ha votado a favor (ahora el texto refundido aclara que también se exige que no haya sido autor de la propuesta ni se haya adherido a ella). La razón estriba en que el sacrificio que comporta, para el acreedor que no acepta la propuesta de convenio, verse arrastrado por lo acordado por otros acreedores con el deudor está justificado dentro del concurso y por la finalidad de facilitar, con esta reestructuración de la deuda, la continuidad de la actividad económica del deudor concursado. Pero no está justificado que este sacrificio que entraña verse arrastrado por los efectos del convenio no aceptado, en concreto por las quitas y esperas no consentidas, se extienda también a las garantías que en previsión del incumplimiento del deudor hubiera recabado el acreedor de terceros. Los terceros que hubieran prestado garantías no tienen por qué beneficiarse de las razones concursales que justifican el reseñado arrastre de efectos, pues están fuera del concurso".

En definitiva, si el legislador prevé la posibilidad de excluir los efectos del convenio respecto a los fiadores, avalistas u obligados solidarios de carácter personal, porque estas garantías aparecen concebidas precisamente para asegurar el pago ante la insolvencia del deudor, como es el caso del concurso, con mayor razón ha de admitirse la no vinculación del convenio respecto a las garantías reales sobre bienes no pertenecientes al concursado, atendida la posición de privilegio de la que parte la ley concursal respecto a los acreedores con garantía real (v.gr. arts. 56 y 57 LC)

4. En consecuencia, apreciamos la procedencia de la aplicación del art. 135.1 LC a los acreedores concursales que no hubieran votado a favor del convenio respecto de los derechos frente a los terceros constituyentes de una garantía prendaria no deudores (garantes reales por deuda ajena o fiadores reales) y, por tanto, procede desestimar el motivo.

**CUARTO.-** *Formulación del segundo motivo.*

1.- El segundo motivo denuncia la infracción del art. 135 LC, por aplicación indebida y "error de derecho en la calificación jurídica de la conducta de Sareb, al optar por la aplicación de una de las alternativas previstas en el Convenio, considerando que ni siquiera puede calificarse como adhesión al mismo, siguiendo una interpretación ilógica conducente al absurdo".

2.- En su desarrollo, la recurrente no discute que Sareb no concurrió a la junta para aprobar el convenio ni votó a favor del mismo, pero considera que el hecho de optar por una de las alternativas previstas en el convenio ha de calificarse jurídicamente como una adhesión al mismo. Alega que la sentencia recurrida, al considerar que el derecho de opción es un derecho autónomo desligado del contenido del convenio, realiza una interpretación ilógica y absurda, pues el contenido de la opción constituye un elemento esencial del convenio. Consecuencia de lo anterior es, a juicio de la recurrente, que al no existir incumplimiento alguno de la obligación principal cuyo importe y vencimiento habían sido novados por el convenio alcanzado en sede concursal, al que Sareb se adhirió al elegir una de las alternativas ofrecidas, no concurre el presupuesto necesario para la ejecución de la prenda, esto es, el incumplimiento definitivo de la obligación garantizada. Esa adhesión al convenio determina la imposibilidad de aplicar el art. 135 LC, que parte de la premisa contraria de la no adhesión del acreedor para la conservación de sus derechos frente a los obligados solidarios, avalistas o fiadores del deudor concursado.

**QUINTO.-** *Decisión de la sala. La elección por el acreedor, que no votó a favor del convenio, después de su aprobación judicial, por una de las opciones ofrecidas para el pago, no equivale a su adhesión al convenio y no excluye la aplicación del art. 135.1 LC. Desestimación.*

1.- En su oposición al recurso, Sareb aduce dos argumentos: (i) afirma que la facultad de opción por una de las alternativas de un convenio de acreedores no comporta la adhesión o voto a favor del convenio; y (ii) que el recurso pretende una revisión de los hechos probados, modificando la base fáctica de la sentencia recurrida; lo que ésta declaró es que Sareb no se adhirió al convenio de acreedores de la deudora ni votó a favor, pronunciamiento que contradice el recurso.

2.- Dado que este segundo argumento, en caso de prosperar, determinaría una causa de inadmisión del recurso por carencia manifiesta de fundamento, debe ser examinado en primer lugar.



**3.-** Es jurisprudencia reiterada (por todas, sentencia 484/2018, de 11 de septiembre), que constituye defecto insubsanable del recurso de casación alterar la base fáctica fijada en la instancia. Los motivos del recurso de casación deben respetar la valoración de la prueba contenida en la sentencia recurrida, lo que implica: (i) que no se puede pretender una revisión de los hechos probados ni una nueva valoración probatoria; (ii) que no pueden fundarse implícita o explícitamente en hechos distintos de los declarados probados en la sentencia recurrida, ni en la omisión total o parcial de los hechos que la Audiencia Provincial considere acreditados (petición de principio o hacer supuesto de la cuestión).

**4.-** Esta doctrina, sin embargo, no es aplicable al caso, pues lo que se pretende con el motivo del recurso no es cuestionar los hechos fijados en la instancia (Sareb no asistió a la junta de acreedores, no votó a favor del convenio, ni suscribió una adhesión expresa al mismo). Lo que se cuestiona es la valoración jurídica realizada por la Audiencia al resolver uno de los motivos del recurso de apelación, que planteaba la misma cuestión objeto del presente motivo casacional. La sentencia de apelación desestimó el motivo con este razonamiento:

"El tercer motivo del recurso invocado es el error al considerar que no existió adhesión por parte de SAREB al convenio aprobado en el concurso de Grupo Rayet S.A.

"A pesar de que SAREB no asistió a la Junta de acreedores la apelante sostiene que se adhirió al concurso.

"Y tal afirmación no puede acogerse en modo alguno. La ley Concursal en el capítulo V del Libro IV regula la Fase de Convenio, desde la presentación de propuestas a su aprobación. En los artículos 116 y siguientes se establecen las normas para la celebración de la Junta y la votación del convenio por los acreedores presentes y representados. En ninguna de las dos formas compareció SAREB, siendo indubitado que no votó el convenio, supuesto que contempla el artículo 125 de la Ley Concursal, que por ello es de plena aplicación.

"Sin que pueda equipararse a la votación la aceptación de una de las alternativas que proponía el convenio. Éste (...) afectaba a todos los créditos y preveía un mecanismo para el caso de no ejercicio de la facultad de elección, de modo que en todo caso quedaba vinculado el crédito de la parte actora. Ésta se limita a elegir una de las fórmulas de un convenio que no ha votado y que afecta y regula su crédito, postura que no puede calificarse siquiera como adhesión".

Es esta apreciación jurídica (la imposibilidad de calificar como adhesión el ejercicio de la facultad de elección prevista en el convenio), y no los hechos que integran el *factum* del proceso, lo que se somete a la revisión casacional, como enjuiciamiento de adecuación al derecho sustantivo de lo resuelto por el tribunal de apelación, conforme a los hechos probados.

**5.-** En consecuencia, no puede acogerse la pretensión de declarar inadmisibile el motivo. No obstante, procede su desestimación por las razones que exponemos a continuación.

**6.-** *El derecho de elección entre las distintas alternativas contenidas en un convenio concursal.*

El derecho de elección en el caso de los convenios con contenidos alternativos está regulado en el art. 102 LC, (en la redacción aplicable al caso) que, bajo el epígrafe "Propuestas con contenidos alternativos", establece lo siguiente:

"1. Si la propuesta de convenio ofreciese a todos los acreedores o a los de alguna clase la facultad de elegir entre diversas alternativas, deberá determinar la aplicable en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección.

"2. La facultad de elección se ejercitará por cada acreedor en la propia junta de acreedores que acepte el convenio o en el plazo que éste señale, que no podrá exceder de diez días a contar de la firmeza de la resolución judicial que lo apruebe".

**7.-** Se trata de una regulación distinta e independiente de la propia del derecho de adhesión y voto de un convenio, que figura en los arts. 121 y ss. LC. Esta diversa regulación de una y otra figura (derecho de elección entre distintos contenidos alternativos del convenio y derecho de voto y, en su caso, adhesión al convenio) responden a su diferente objeto y naturaleza jurídica. El voto favorable y la adhesión a un convenio constituyen el sustrato consensual para la aprobación de la propuesta de convenio, en cuanto acuerdo entre deudor y acreedores destinado a regular las relaciones jurídicas que unen a aquél con cada uno de éstos, que tiene, según la doctrina y la jurisprudencia, una naturaleza negocial, bien que matizada por importantes particularidades, una de las cuales consiste en necesitar para su validez de la aprobación judicial (sentencia 750/2011, de 25 de octubre).

De forma diversa, el derecho de elección de una de alternativas previstas en la propuesta se refiere a un convenio ya aprobado y vinculante para el acreedor al que se ofrecen esas alternativas en cuanto a la forma de satisfacción de su crédito. Su respectivo ámbito subjetivo también puede ser distinto, pues el convenio también





puede ofrecer el derecho de elección a los acreedores que han votado en su contra o se han abstenido, e incluso a favor de los acreedores sin derecho a voto. Como afirma la doctrina, el ejercicio de la facultad de elección es independiente del derecho de adhesión y voto. Existen acreedores que no tienen derecho a adherirse a la propuesta de convenio o a votar a favor de ella ( arts. 122 y 87.3 LC) y que, sin embargo, tienen la facultad de elección. Entre otros, en esta situación se encuentran los acreedores subordinados que, aunque no pueden configurar la voluntad colectiva ( art. 122.1 LC), tienen la facultad de elegir entre las distintas alternativas que reconozca el convenio.

**8.-** El convenio podrá haberse aprobado sin el consentimiento del acreedor afectado o incluso contra su voluntad expresa, pues su aprobación se rige por el principio de las mayorías. Pero una vez aprobado y generado su efecto vinculante, pasa a ser obligatorio para los acreedores ordinarios y subordinados (y para los privilegiados en los casos previstos en la ley), sin perjuicio del carácter alternativo de las prestaciones a través de cuya ejecución podrá cumplirse la obligación. Como precisamos en la sentencia 750/2011, de 25 de octubre, al subrayar las diferencias entre el convenio y la facultad de elección:

"[...] el que las propuestas alternativas deban ir destinadas a todos los acreedores o a los de alguna o varias clases no significa que la voluntad de cada declarante no sirva para regular en el futuro su específica relación con la proponente, dentro de su oferta, sino tan sólo para integrar la del colegio formado con los demás acreedores a los que las alternativas se dirigen, conforme a la ley de la mayoría.

"Ninguna norma impone el triunfo, exclusivo y para todos, de aquella propuesta alternativa que hubiera sido aceptada por la mayoría del colectivo al que estaba dirigida. Por otro lado, las ventajas que se derivan de una mejor adaptación de la oferta a los intereses de los singulares destinatarios justifica que, aprobado el convenio con propuestas alternativas, cada acreedor pueda elegir cualquiera de ellas, de modo que la misma, aunque no resulte la querida por todos los demás, sea la que regule en lo sucesivo la relación de obligación que le une a la ofertante.

"Es cierto que el convenio se logra mediante la aplicación del método colegial, ya que la voluntad única de aceptar se obtiene conforme a la ley de mayorías - artículo 124 -, con el fin de que vincule a la totalidad aunque hubiera habido discrepancias.

"Pero, esas reglas, simplemente, no rigen respecto de las propuestas alternativas, que responden a un criterio diferente".

**9.-** Con carácter general, el principal efecto derivado de la aprobación del convenio consiste en el cese de los efectos del concurso ( art. 133.2 LC); salvo los deberes de colaboración e información del art. 42 LC, y excepto los efectos que se puedan establecer en el propio convenio en cada caso específico. Conforme al art. 134.1 LC, el deudor queda obligado al cumplimiento del convenio; y en cuanto a los acreedores concursales, se ven vinculados por el convenio los ordinarios y subordinados. Los acreedores con privilegio general o especial no se verán afectados por el convenio, salvo si hubiesen votado a favor o se hubiesen adherido al mismo ( art. 134.2 LC), o cuando concurran las mayorías de acreedores de su misma clase que prevé el art. 134.3 LC.

En consecuencia, todos los acreedores ordinarios y subordinados verán novados sus créditos respecto a su cuantía y tiempo de pago; quedando extinguidos y aplazados en la parte correspondiente, conforme al art. 136 LC. Y ello, con la única posibilidad de rescisión de dicho efecto para el caso de que se declare el incumplimiento del convenio. Como declaramos en nuestra sentencia 229/2016, de 8 de abril, se trata de una novación modificativa no extintiva:

"La quita concursal no produce la extinción de la obligación, y no puede considerarse la remisión que se acuerde en un convenio como una condonación, ni como una novación extintiva. Es una novación modificativa, basada en la renuncia de los acreedores a exigir el pago al deudor (pacto de *non petendo*). Como consecuencia de ello, si el convenio se incumple y se abre la fase de liquidación, desaparecen estos efectos sobre los créditos ( art. 140.4 LC). Si el convenio se cumple parcialmente, en la liquidación se tendrán por legítimos los pagos parciales efectuados, salvo que se probara la existencia de fraude, contravención del convenio o alteración de la igualdad de trato a los acreedores ( art. 162.1 LC). Mientras que si el convenio se cumple íntegramente, y así se declara conforme al art. 139 LC, los créditos quedarán definitivamente extinguidos".

**10.-** Ahora bien, en el caso de que el convenio aprobado establezca distintos contenidos alternativos, a las modificaciones de la remisión (quita) y/o dilación (espera), se suma la derivada del carácter alternativo de las diversas prestaciones ofrecidas, de forma que con la ejecución de una de ellas se entenderá cumplida la obligación ( art. 1131 CC). En este caso la elección, frente al régimen común supletorio de las obligaciones alternativas ( art. 1132 CC), corresponde al acreedor ( art. 102 LC), sin perjuicio de que, en caso de falta de ejercicio de la facultad de elección por el acreedor, deberá ser el propio convenio, no el deudor unilateralmente, el que determine la alternativa aplicable.



**11.-** En el caso, consta probado que el convenio en el concurso de Grupo Rayet fue aprobado por sentencia de 12 de noviembre de 2015, y contemplaba contenidos alternativos para los acreedores; y que Sareb, una vez aprobado el convenio, ejerció la facultad de elección por la alternativa A, mediante escrito de 30 de noviembre de 2015 (por tanto, después de la aprobación judicial del convenio). La alternativa prevista en el convenio como aplicable en defecto de elección de los acreedores, era la B, que también preveía una quita del 90% (como en el caso de la alternativa A), pero, además, comportaba la conversión en préstamo participativo de la deuda subsistente y su pago únicamente en la medida en que Grupo Rayet generase beneficios netos.

Como señala la recurrida en su escrito de oposición, con la elección el acreedor que ha votado en contra del convenio trata de que las consecuencias de lo que se ha aprobado sin su consentimiento o contra su voluntad le resulte lo menos perjudicial posible. Esta es la finalidad de la elección; una vez aprobado el convenio y devenido vinculante para el acreedor, éste elige la opción menos desfavorable de entre las ofrecidas, a fin de evitar la aplicación de la prevista por defecto, por ser ésta más gravosa o perjudicial. En consecuencia, el ejercicio de esta opción, que desenvuelve la autonomía de la voluntad en ese limitado margen, no es asimilable al voto favorable ni a la adhesión al convenio, tampoco a los efectos de excluir la aplicación del art. 135.1 LC.

**12.-** En consecuencia, el motivo debe ser desestimado.

**SEXTO.-** *Formulación del tercer motivo.*

**1.-** El tercer motivo del recurso aduce infracción del art. 6.2 del Código Civil en relación con el ar. 322 del Código de Comercio "al considerar [la Audiencia] renunciable el plazo perentorio de tres días establecido en este último para el ejercicio del procedimiento de ejecución especialísimo que el mismo regula".

**2.-** En su desarrollo se alega, resumidamente, que en el presente caso no es admisible tal renuncia al ser contraria a la ley y perjudicar el interés de terceros. Ello es así en la medida en que el plazo previsto en el art. 322 Ccom, a juicio de la recurrente, es imperativo como se desprendería de la sentencia de esta sala 1122/2008, de 10 de diciembre, y su renuncia debe ser calificada como contraria a la ley. Además, de esta renuncia se siguen perjuicios para terceros a causa de la tardanza en la ejecución de la prenda de valores por la fluctuación a la baja constante en la cotización de los títulos dados en prenda, y porque ese descenso de cotización supone que la parte de la deuda concursal extinguida es menor y, correlativamente, mayor el pasivo concursal, lo que perjudica al resto de acreedores.

**SÉPTIMO.-** *Decisión de la sala. El procedimiento especial para la ejecución de valores pignorados del art. 322 Ccom . El carácter dispositivo de la regla que fija un plazo de tres días para la ejecución desde el vencimiento del préstamo. Desestimación*

**1.-** En el caso, la prenda se constituyó en garantía de las obligaciones derivadas de una póliza de préstamo concedido por Caja de Ahorros, Castellón y Alicante (Bancaja), sobre 193.548.388 acciones de la compañía Quabit Inmobiliaria. Se trata por tanto de un préstamo con la garantía de valores.

**2.-** Conforme al art. 1872 CC, párrafo segundo, "si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio". El Código de comercio regula en la sección segunda del Título V ("préstamos mercantiles") del Libro II ("De los contratos especiales de comercio") la figura de los "préstamos con garantía de valores", a los que dedica sus arts. 320 a 324. El art. 322 prevé un procedimiento especial y sumario de ejecución para la enajenación forzosa de los valores dados en garantía o pignorados, conforme a las siguientes reglas:

"Vencido el plazo del préstamo, el acreedor, salvo pacto en contrario y sin necesidad de requerir al deudor, estará autorizado para pedir la enajenación de los valores dados en garantía, a cuyo fin entregará a los organismos rectores del correspondiente mercado secundario oficial la póliza o escritura de préstamo, acompañada de los títulos pignorados o del certificado acreditativo de la inscripción de la garantía, expedido por la entidad encargada del correspondiente registro contable.

"El organismo rector, una vez hechas las oportunas comprobaciones, adoptará las medidas necesarias para enajenar los valores pignorados, en el mismo día en que reciba la comunicación del acreedor, o, de no ser posible, en el día siguiente, a través de un miembro del correspondiente mercado secundario oficial".

A continuación, en el párrafo tercero añade una limitación temporal en cuanto al plazo en el que el acreedor podrá hacer uso de este procedimiento especial:

"El acreedor pignoraticio sólo podrá hacer uso del procedimiento ejecutivo especial regulado en este artículo durante los tres días hábiles siguientes al vencimiento del préstamo".

**3.-** En el contrato de constitución de la prenda litigiosa las partes pactaron una exclusión de esta última regla y la renuncia al límite del citado plazo de tres días.



En concreto la cláusula de renuncia era del siguiente tenor:

"3. Ejecución de la garantía. (...). La acreedora podrá, a su opción, reclamar cuanto se le adeude por razón de la operación crediticia garantizada a la PARTE DEUDORA, o pedir la enajenación de los valores pignorados de conformidad con la naturaleza de los mismos, cualquiera que sea el tiempo transcurrido desde que el vencimiento se produjo y sin necesidad de requerimiento especial alguno. A tal efecto las partes renuncian expresamente al límite de plazo establecido en el artículo 322 del Código de Comercio".

4.- Martibalsa alega que la Audiencia al reconocer la validez de esta cláusula ha infringido el art. 322 Ccom al considerar que: (i) la regla legal que fija ese límite temporal tiene carácter de *ius cogens* [Derecho imperativo] y (ii) que la renuncia a ese plazo perjudica a terceros, por lo que la sentencia recurrida contraviene también la proscripción que respecto de esas renunciaciones se contiene en el art. 6.2 CC.

La recurrente apoya la primera de estas razones en la doctrina jurisprudencial contenida en la sentencia de esta sala 1122/2008, de 10 de diciembre; y la segunda en los perjuicios que para los acreedores que constituyen la masa pasiva del concurso resultan de la fluctuación a la baja que se produjo en la cotización de las acciones desde la fecha en que debió ejecutarse la prenda (como máximo a los tres días desde el vencimiento del préstamo) y su efectiva enajenación forzosa a instancias de Sareb, pues a menor valor de ejecución de la garantía mayor será la masa pasiva del concurso, y correlativamente mayor la pérdida de los acreedores por efecto de la quita aprobada.

En concreto, alega que:

"los valores pignorados cotizaron a 14 de diciembre de 2015, fecha tope para el transcurso de los tres días fijados en el artículo 322 del Código de Comercio, (a contar desde el día 10 de diciembre del mismo año en que SAREB fija el vencimiento de la obligación garantizada), a 0,056 Euros por título. (Así quedó justificado con el Documento 20 de la demanda al no ser controvertido por la demandada).

"La prenda fue finalmente ejecutada el día 8 de febrero de 2016, siendo la cotización al cierre del día en el que finalmente se ejecutó la prenda de 0,038 Euros. (Así consta de los Documentos 13 y 14 de la demanda y 24 y 25 de la contestación a la misma)"

5.- *El carácter dispositivo del último párrafo del art. 322 Ccom.*

5.1. Como hemos dicho, la recurrente sostiene su afirmación sobre el carácter imperativo de la regla sobre el plazo de tres días para la ejecución de los valores pignorados desde el vencimiento del préstamo garantizado en la doctrina contenida en la sentencia de esta sala 1122/2008, de 10 de diciembre. Sin embargo, una atenta lectura de esa sentencia no avala tal tesis impugnativa.

5.2. En aquel precedente el recurrente alegaba que en caso de que el acreedor pignoraticio decida acudir al procedimiento especial para la realización del valor de los bienes pignorados que regula el art. 322 Ccom, sólo podrá "hacer uso" del mismo "durante los tres días siguientes al vencimiento del préstamo", plazo que consideraba superado, sin que el consentimiento prestado en el contrato por la deudora pignorante para que el acreedor pudiera exceder dicho plazo tuviera efecto alguno por considerar que aquel precepto tiene carácter de norma imperativa y no podía ser excluida por los contratantes. La Audiencia rechazó que se hubiese infringido el plazo, al estimar que conforme a la regulación sobre el número de sesiones a celebrar semanalmente en las Bolsas Oficiales de Comercio (de lunes a viernes ex art. 1 de la Orden de 16 de abril de 1984), debían considerarse como inhábiles también los sábados. Además, a mayor abundamiento, rechazó también el carácter imperativo del art. 322 Ccom.

5.3. La sentencia 1122/2008, al destacar que la Audiencia rechazó los dos argumentos de la recurrente, el segundo (pretendida imperatividad de la norma) formulado *ad abundantiam*, hizo una exégesis de la norma y explicó su *ratio* sin entrar a analizar el carácter imperativo o dispositivo de la misma, extremo sobre el que no se pronunció expresamente. Al hacer ese enjuiciamiento declaró:

"El artículo 322 del Código de Comercio, en la redacción que le dio la disposición adicional cuarta de la Ley 24/1.988, de 28 de julio, impone una ejecución rápida de los valores pignorados y, en particular, un breve plazo para que el acreedor pueda utilizar el procedimiento especial que regula - en cualquier caso, más amplio que el de un día que señalaba en su anterior redacción el artículo 323 -, con la finalidad de impedir que pueda especular con los valores en su provecho, y en perjuicio del deudor, dadas las posibles oscilaciones de los cambios.

"Por ello, al ser necesario para la realización del valor de los bienes pignorados, conforme a lo dispuesto en el artículo 322, que el organismo rector del correspondiente mercado secundario adopte las medidas a tal fin previstas - una vez que el acreedor le hubiera entregado la póliza o escritura de préstamo, acompañada del certificado acreditativo de la inscripción de la garantía expedido por la entidad encargada del correspondiente



registro contable - y al cumplir el plazo de tres días señalado en aquel precepto el fin que antes quedó indicado, procede considerar conforme a la norma el sentido que el Tribunal de apelación dio a las palabras "días inhábiles", como no aptos específicamente para que aquel organismo enajene los valores pignorados, independientemente de que sean hábiles según el calendario oficial".

Esta sentencia lo que hace es formular una regla sobre el cómputo del plazo de tres días en el sentido de excluir del mismo como inhábiles, además de los que lo sean conforme al calendario oficial, los sábados, por ser un día semanal en el que no se celebran sesiones en las bolsas oficiales de comercio, mercado en el que deben ser enajenados los valores pignorados (pues al tratarse de acciones admitidas a negociación deben transmitirse a través de los sistemas propios de la bolsa).

5.4. También explica la sentencia la *ratio* del precepto: "impedir que [el acreedor] pueda especular con los valores en su provecho, y en perjuicio del deudor, dadas las posibles oscilaciones de los cambios".

Al tratarse de prevenir un perjuicio de carácter patrimonial que puede afectar al deudor derivado, como efecto potencial, de un pacto incorporado a un contrato celebrado en un momento en que ninguna limitación de disposición afectaba al deudor, esa renuncia al plazo, en la medida en que no provoque otros perjuicios a terceros, y al margen de posibles actuaciones fraudulentas del acreedor (que deben probarse), no puede ser tachada de nula, siempre que reúna los caracteres que para la validez de las renunciaciones de derechos exige la jurisprudencia.

Como declaramos en la sentencia 471/2021, de 29 de junio, con cita de la anterior 57/2016, de 12 de febrero, "[...] la renuncia de derechos, como manifestación de voluntad que lleva a cabo el titular de un derecho por cuya virtud hace dejación del mismo, ha de ser, además de personal, clara, terminante e inequívoca, sin condicionante alguno, con expresión indiscutible de criterio de voluntad determinante de la misma, y revelación expresa o tácita, pero mediante actos concluyentes igualmente claros e inequívocos". Condiciones que, como apreció la Audiencia, cabe advertir en la cláusula ahora examinada.

Por otra parte, como señaló la sentencia de primera instancia, la actora solicitó el 14 de diciembre de 2015, dentro del plazo de tres días hábiles, el certificado acreditativo de la inscripción de la garantía, conforme exige el art. 322 Ccom, cuya emisión se dilató al haber cambiado la entidad depositaria. Por tanto, tampoco cabe apreciar ningún indicio de retraso fraudulento por parte de Sareb en el inicio de la ejecución.

5.5. Finalmente, debemos advertir que la sentencia 1122/2008, invocada por la recurrente, en realidad avala la tesis contraria a la que se pretende. Aunque no se pronuncia de forma expresa sobre el carácter dispositivo del art. 322 Ccom, lo presupone al confirmar la sentencia de apelación allí recurrida que interpretó una cláusula del contrato de constitución de la prenda en el sentido de facultar a la acreedora para que pudiera utilizar, además de los procedimientos legalmente regulados para la realización del valor de los bienes pignorados, la venta directa, sin que, en este caso, pudiera la deudora impedirlo con la invocación del art. 322 Ccom. Así se desprende del siguiente razonamiento:

"[...] no puede entenderse que infrinja ninguna de las normas del artículo 1.281 del Código Civil - ni las demás citadas en el motivo - el significado que el Tribunal de apelación atribuyó a la cláusula 11 de la póliza de que se trata, tras poner en relación, como se ha dicho, "la renuncia expresa a los plazos y procedimientos señalados en los artículos 322 del Código de Comercio y 1.872 del Código Civil" con la facultad que se reservó la acreedora de "vender, sin más aviso ni diligencia judicial o extrajudicial y sin limitación de tiempo", las acciones; y entender que lo que las contratantes quisieron al pactar así - bien que utilizando unos términos poco claros, por mas que susceptibles de ser entendidos - fue facultar a la acreedora para que pudiera utilizar, si le interesaba, además de los procedimientos legalmente regulados para la realización del valor de los bienes pignorados, la venta directa, sin que, en este caso, pudiera la deudora impedirlo con la invocación de los artículos 322 y 1.872, tantas veces repetidos".

Con ello, esta Sala Primera vino a confirmar la sentencia de la Audiencia, que había admitido la renuncia al plazo por el deudor y censurado la impugnación de la cláusula como actuación contraria a los propios actos:

"En el presente caso además debe tenerse en cuenta que las partes pactaron la posibilidad de que el Banco hiciera uso del procedimiento de ejecución previsto en el artículo 322 "agotado el plazo de tres días señalado en su párrafo tercero".

"Dicha posibilidad fue expresamente asumida por Huarte S.A quien, por tanto, ahora no puede ir contra sus propios actos".

No cabe olvidar, en fin, que, conforme al art. 57 Ccom, "los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueren hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias



el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones".

**6.-** Todo lo anterior conduce a descartar el argumento de la recurrente de que su renuncia al plazo del art. 322 Ccom es nula por contradecir una norma imperativa.

**7.- Inexistencia de perjuicio a terceros por la renuncia al plazo del art. 322 Ccom .**

7.1. La conclusión anterior no permite todavía determinar el sentido del fallo de esta resolución, pues ello depende de la suerte del segundo argumento aducido por la recurrente para sostener la nulidad de su renuncia al plazo del art. 322 Ccom, esto es, la existencia de perjuicios a terceros, en concreto al resto de los acreedores del concurso por razón de la fluctuación a la baja de la cotización de las acciones pignoradas entre el momento en que debió producirse la ejecución (dentro de los tres días siguientes al vencimiento del préstamo) y su enajenación efectiva.

7.2. Este argumento impugnativo también debe seguir la misma suerte desestimatoria que los anteriores. Dejando al margen el carácter en parte novedoso de la cuestión (vid. sentencias 632/2012, de 29 octubre; 32/2013, de 6 de febrero; 268/2013, de 22 de abril, entre otras muchas, que vedan plantear cuestiones *per saltum* en casación), aun si admitimos que la invocación en la instancia de la infracción del art. 6.2 CC, introducía ya en el ámbito del debate la ausencia de perjuicio a terceros como presupuesto de validez de la renuncia, aun en ese caso, el motivo no puede prosperar por las siguientes razones.

7.3. En primer lugar, como señala la recurrida, no cabe apreciar ningún perjuicio para los acreedores de la concursada, ya que para la masa pasiva es indiferente el importe por el que se hayan realizado las acciones pignoradas en el procedimiento ejecutivo, pues, como admite la recurrente, la parte del crédito de Sareb cancelado a causa de la ejecución debería verse sustituida en el concurso por un crédito del mismo importe a favor de la propia Martibalsa, nacido como consecuencia de la ejecución, por vía de subrogación ( arts. 1158, 1159 CC *a contrario*, 1210.3 y 1838 CC y 87.6 LC); una vez reconocido su crédito en el concurso, podrá repetir contra el deudor a través del propio procedimiento concursal; por lo que el efecto de la ejecución para los acreedores de Rayet sería neutro. Cosa distinta es que al someterse Martibalsa al concurso quede vinculada por los beneficios concedidos al deudor en el convenio ( art. 134 LC). Esto supone que experimentará una pérdida por la diferencia entre lo que pagó al acreedor (por la vía de la ejecución de la garantía) y lo que pueda cobrar del deudor, lo que no es más que la consecuencia de su condición de garante y del riesgo de insolvencia del deudor que asumió, y que se concreta en las quitas y esperas aprobadas en el convenio.

7.4. En segundo lugar, incluso en el caso de que se entendiese que la cláusula de renuncia al plazo del art. 322 Ccom fuese nula, ello sólo comportaría la imposibilidad de utilizar el procedimiento de ejecución especial previsto en ese precepto, no la extinción, inexigibilidad ni la inejecutabilidad del crédito. Y en un contexto de depreciación de la cotización de las acciones el perjuicio que de esto se pudiera derivar sería mayor cuanto más dilatado fuese el plazo de duración del procedimiento de ejecución. Por tanto, se produciría la paradoja de que se alega un perjuicio que cualquier otro procedimiento de ejecución de las mismas acciones pignoradas (v.gr. ejecución judicial o notarial, también previstos en el contrato de prenda, cláusula 4.1 *in fine*) sólo podría aumentar, por su mayor duración.

En todo caso, como se afirma en el escrito de oposición, Martibalsa tampoco ha probado que esos otros procedimientos de ejecución hubieran dado lugar a un resultado menos perjudicial para ella (o para cualquier otro tercero diferente) que la venta realizada conforme al precio del mercado secundario oficial en la fecha en que se produjo su enajenación forzosa.

**8.-** En consecuencia, este motivo también debe ser desestimado.

**OCTAVO.- Costas y depósito**

**1.-** De acuerdo con lo previsto en el artículo 398.1 en relación con el 394.1, ambos de la Ley de Enjuiciamiento Civil, las costas del recurso de casación deben ser impuestas a la recurrente.

**2.-** Procede acordar también la pérdida del depósito constituido de conformidad con la disposición adicional 15ª, apartado 9, de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

**1.º-** Desestimar el recurso de casación interpuesto por Martibalsa, S.L. contra la sentencia de 8 de octubre de 2018, dictada por la Sección Novena de la Audiencia Provincial de Madrid, en el recurso de apelación núm. 392/2018.



2.º- Condenar al recurrente al pago de las costas del recurso de casación que desestimamos, así como la pérdida del depósito constituido.

Líbrese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Notifíquese esta resolución a las partes e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ