



Tribuna

La ejecución de las garantías financieras en el ámbito del concurso de acreedores

LA LEY 1794/2013

La ejecución de las garantías financieras en el ámbito del concurso de acreedores

Carmen MUÑOZ DE BENAVIDES

Abogada del Ilustre Colegio de Abogados de Málaga

Prof. Asociada de Derecho Mercantil de la UMA

El objeto del presente artículo es dar cabida a la compensación de créditos financieros garantizados en el ámbito del concurso de acreedores, así como el análisis de la Sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2012.

I. EL REAL DECRETO 5/2005, DE 11 DE MARZO, DE REFORMAS URGENTES PARA EL IMPULSO A LA PRODUCTIVIDAD Y PARA LA MEJORA DE LA CONTRATACIÓN PÚBLICA

Con la entrada en vigor del Real Decreto Ley 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo.

Con la aprobación de esta directiva se persigue conseguir una amplia armonización comunitaria para todas las garantías financieras que formalicen las partes autorizadas, estableciendo ciertas limitaciones al determinarse que, por un lado, una de las partes ha de ser una entidad financiera, sujeta a autorización y supervisión pública, y por otro lado, se determina su aplicación, con carácter general, para las personas jurídicas.

Por otra parte, se pretende ordenar y sistematizar la normativa vigente aplicable a los acuerdos de compensación contractual y a las garantías de carácter financiero. Se establecen, además, los efectos derivados de las disposiciones de insolvencia sobre dichos acuerdos y garantías. Asimismo, se establece la posibilidad de disponer del objeto de la garantía (dinero, valores e instrumentos financieros) y la ejecución directa de las mismas cuando se produzca incumplimiento, sin intervención de ningún tipo de fedatario o de autoridad pública, e incluso la apropiación directa del bien aportado en garantía por el propio acreedor.

La norma flexibiliza ciertos requisitos exigidos hasta entonces por nuestro ordenamiento civil para la constitución, aportación y ejecución de garantías a fin y efecto de que éstas sean actos jurídicos más rápidos y menos costosos. Todo ello para facilitar la libertad de movimiento de capitales en el ámbito de la Unión Europea, como expresa la Exposición de Motivos.

Se elimina, por tanto, la necesidad de formalizar las mismas mediante el otorgamiento de escritura pública. Asimismo, permite que las partes de un contrato de garantía financiera acuerden la transmisión de la plena propiedad del bien dado en garantía y establezcan los derechos de sustitución y disposición del objeto en garantía, así como un procedimiento de ejecución autorizando expresamente el pacto comisorio, esto es, autorizando que el acreedor prendario y el deudor acuerden que, antes de vencer la obligación de éste y en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor pueda hacerse dueño de la cosa prendada.

El régimen especial de ejecución es aplicable a las «garantías financieras» —prendas sobre cuentas bancarias de dinero o valores cotizables constituidas a favor de entidades financieras por toda clase de sociedades en garantía de cualesquiera operaciones de préstamo o crédito—. Respecto de todas ellas, se establece la posibilidad de ejecución mediante compensación si se trata de prenda dineraria, y sin necesidad de subasta pública, ni de intervención judicial, ni de fedatario público alguno en las prendas de valores, y, todo ello, sin exigencia formal alguna, ni en la constitución, ni, evidentemente, en la ejecución y sin que pueda supeditarse, salvo pacto en contrario, a ninguna exigencia de

notificación previa, ni a su aprobación por un tribunal o funcionario público u otra persona, ni a que deba efectuarse mediante subasta pública o de cualquier otro modo regulado normativamente, ni que deba subordinarse al cumplimiento de cualquier plazo adicional.

II. LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS. EL PROCEDIMIENTO DE EJECUCIÓN DE GARANTÍAS

Sobre la ejecución de garantías, los arts. 11 a 13 del RD 5/2005, reformados por Ley 7/2011, de 11 de abril, por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el RD-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, establecen lo siguiente:

Se considera como *supuesto de ejecución* un incumplimiento de obligaciones o cualquier hecho pactado entre las partes que en caso de producirse permita al beneficiario de la garantía, en virtud del acuerdo de garantía o de la ley, realizar o apropiarse del objeto de dicha garantía; o que produce la aplicación de una cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente si tal cláusula estuviera prevista por el acuerdo de garantía.

A estos efectos, se considerará como cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente aquella con arreglo a la cual, al producirse un supuesto de ejecución del contrato, tienen lugar los siguientes efectos:

- a. Que el vencimiento de las obligaciones de las partes se anticipa, de modo que sean ejecutables inmediatamente y se expresa como una obligación de pago de un importe que representa el cálculo de su valor actual de acuerdo con lo pactado por las partes, o bien se anulan dichas obligaciones y se sustituyen por la obligación de pago de un importe idéntico.
- b. Que se tiene en cuenta, simultánea o alternativamente al anterior efecto, lo que cada parte deba a la otra con respecto a dichas obligaciones y la parte cuya deuda sea mayor pagará a la otra parte una suma neta global idéntica al saldo resultante.

Al producirse un supuesto de ejecución, el beneficiario podrá ejecutar las garantías financieras aportadas en virtud de un acuerdo de garantía financiera pignoraticia, en las condiciones previstas en el acuerdo, de las maneras siguientes:

- a. Si se trata de valores negociables u otros instrumentos financieros, mediante venta o apropiación, de acuerdo, cuando corresponda, con el procedimiento previsto en el artículo decimoquinto y mediante compen-

sación de su valor o aplicación de su valor al cumplimiento de las obligaciones financieras principales.

b. Si se trata de efectivo, mediante compensación de su importe o utilizándolo para ejecutar las obligaciones financieras principales.

c. Si se trata de derechos de crédito, mediante venta o apropiación y mediante compensación de su valor o aplicación del mismo al cumplimiento de las obligaciones financieras principales.

La apropiación será posible cuando:

a. Se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera, y

b. Las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito.

La ejecución de una garantía se hará de conformidad con lo previsto en el acuerdo de garantía financiera correspondiente, sin que, no obstante las condiciones acordadas en el acuerdo de garantía financiera, pueda supeditarse a ninguna exigencia de notificación previa, ni a su aprobación por un tribunal, un funcionario público u otra persona, ni a que deba efectuarse mediante subasta pública o de cualquier otro modo regulado normativamente, ni que deba subordinarse al cumplimiento de cualquier plazo adicional.

En los supuestos de disposición del objeto de la garantía regulados en el art. 9, cuando se produzca un supuesto de ejecución mientras esté pendiente una obligación de aportar el objeto equivalente, dicha obligación podrá ser extinguida mediante su inclusión en una cláusula de liquidación por compensación exigible anticipadamente.

En relación al *procedimiento de ejecución de las garantías financieras pignoraticias*, cuando el objeto de la garantía financiera sean valores negociables u otros instrumentos financieros registrados en una entidad participante en un sistema de compensación y liquidación español y se hayan producido las operaciones de liquidación de las obligaciones principales y de ejecución de las garantías financieras, la parte acreedora podrá solicitar la enajenación de los valores dados en garantía u ordenar su traspaso libre de pago a su cuenta; a tal fin, entregará al depositario de los valores un requerimiento en el que se manifieste que se ha producido un supuesto de incumplimiento u otro motivo por el que se resuelve, se declara el vencimiento anticipado y se liquida el contrato o acuerdo de compensación contractual o de garantía financiera.

El depositario de los valores, previa comprobación de la identidad del acreedor y de

la capacidad del firmante del requerimiento para efectuar éste, el mismo día en que reciba el requerimiento del acreedor o, de no ser posible, el día siguiente, adoptará las medidas necesarias para enajenar o transmitir los valores objeto de la garantía a través de un miembro del correspondiente mercado secundario oficial.

Los acuerdos de garantía financiera no se verán limitados, restringidos o afectados en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada, de acuerdo con lo pactado entre las partes.

Cuando el objeto de la garantía financiera sea efectivo y se hayan producido las operaciones de liquidación de las obligaciones principales y de ejecución de las garantías financieras, la parte acreedora podrá ordenar las operaciones de transferencia de efectivo; a tal fin, remitirá un requerimiento en el que se manifieste que se ha producido un supuesto de incumplimiento u otro motivo por el que se resuelve, se declara el vencimiento anticipado y se liquida el contrato o acuerdo de compensación contractual o de garantía financiera.

La entidad de crédito depositaria de las garantías, previa comprobación de la identidad del acreedor y de la capacidad del firmante del requerimiento para efectuar éste, el mismo día que reciba el requerimiento del acreedor, adoptará las medidas necesarias para realizar las transferencias requeridas.

El requerimiento relativo a la ejecución de la garantía deberá emitirlo el acreedor y contendrá, como mínimo, las siguientes menciones:

a. Fecha y tipo o nombre del contrato o acuerdo de compensación contractual en el que se regulen las obligaciones financieras principales.

b. Nombre y datos de las partes de dicho contrato o acuerdo de compensación contractual.

c. Nombre y datos del depositario de las garantías.

d. Manifestación de que se ha producido un supuesto de incumplimiento u otro motivo por el que se resuelve, se declara el vencimiento anticipado y se liquida el contrato o acuerdo de compensación contractual.

e. Orden de enajenación o traspaso de valores u orden de transferencia de efectivo.

III. LA EJECUCIÓN DE GARANTÍAS EN EL ÁMBITO DEL CONCURSO DE ACREEDORES

Según el art. 21 de la Ley Concursal, el auto de declaración de concurso produce los efectos sobre las facultades de administración y disposición del deudor respecto de su patrimonio, así como el nombramiento y las facultades de los administradores concursales. Igualmente el concurso despliega efectos con respecto a los acreedores, los contratos, sobre los actos perjudiciales para la masa activa, ...

Con respecto a los efectos sobre los créditos, uno de ellos es la prohibición de compensación recogida en el art. 58 de la Ley Concursal. Establece este artículo que «Sin perjuicio de lo previsto en el art. 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella. En caso de controversia en cuanto a este extremo, ésta se resolverá a través de los cauces del incidente concursal».

La Ley Concursal, en su Disposición Adicional segunda apartado 3, dispone que las normas legales mencionadas en el apartado anterior —entre las cuales se encuentra el Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005 (Ejecución de garantías Financieras)— se aplicarán con el alcance subjetivo y objetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ellas se contemplan y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados.

Es claro, por tanto, que el legislador concursal ha considerado el RD-L 5/2005 como norma especial aplicable a las entidades de crédito. Y dicha norma establece un procedimiento de ejecución separada de garantías financieras que no debe confundirse con la prohibición de compensación recogida en el art. 58 de la Ley Concursal.

Sentencias de Juzgados de lo Mercantil y de Audiencias Provinciales ya lo venían entendiendo así. Así la Audiencia Provincial de Valencia (Secc. 9.ª), en sentencia de 5 de noviembre de 2008 confirmó la resolución del Juzgado de lo Mercantil núm. 1 de Valencia que dictó sentencia, con fecha 21 de mayo de 2007 desestimando la deman-

da de incidente concursal planteado por la representación de EDIFICACIONES Y CASAS VALENCIA 2002, S.L., GAM EDIFICACIONES URBANAS, S.L. Y EUROCONTRATAS VALENCIA, S.L., absolviendo a la demandada CAIXA DE ESTALVIS DE CATALUNYA, sin expreso pronunciamiento en materia de costas, al considerar que el supuesto planteado por la misma desborda los parámetros ordinarios de la prohibición de compensación del art. 58 de la Ley Concursal, con la excepción que previene el mismo precepto para los casos en que, no obstante no haberse verificado la compensación en momento cronológico anterior a la declaración de concurso, los parámetros de la misma ya concurren ex arts. 1195 y 1196 del Código Civil, habiéndose solventado por RD 5/2005, de 11 de marzo, la problemática relativa al crédito bancario, atendido el dinamismo y características del citado sector. El Juzgado Mercantil concluía que la actuación de la demandada se había desenvuelto en el ámbito de los pactos contractuales de compensación, sin que pudiera venirse a mantener la inaplicabilidad de las cláusulas contractuales, en tanto que generales y predisuestas, dado el carácter mercantil de las tres entidades declaradas en concurso, y que, por tanto, no sería aplicable el art. 58 de la Ley Concursal. Frente a dicha resolución recurrió en apelación la parte que

planteó el incidente concursal, solicitando la revocación de la resolución recurrida.

Pero recientemente este planteamiento ha sido confirmado por el Alto Tribunal en la Sentencia de 20 de junio de 2012 en la que ha sido ponente el Excmo. Sr. D. José Ramón Ferrándiz Gabriel.

Esta sentencia recuerda que los créditos garantizados con derechos reales de garantía financiera pueden ser ejecutados al margen del concurso por mandato referencial de la Ley Concursal.

En la citada sentencia, el Tribunal Supremo corrige el pronunciamiento dado tanto por la Audiencia Provincial de Segovia como por el Juzgado de lo Mercantil de la misma ciudad al incurrir éstos en el error de conceder estimación a la pretensión formulada por la administración concursal, que mediante vía de incidente concursal, solicitaba la reintegración a la masa de unas participaciones del deudor insolvente que, a su juicio, habían sido compensadas de forma indebida por parte de la entidad financiera en aras de satisfacer su deuda.

La administración concursal entendía que la entidad financiera no podía, al margen del

concurso, compensar la deuda que tenía ésta con el concursado por no haberse consolidado los requisitos de compensación previstos en el art. 1196 del Código Civil antes de la declaración de concurso y, por ello, pretendía su reintegro a la masa. El Tribunal Supremo entiende que no hubo compensación, sino ejecución de una garantía real: la prenda de los fondos de inversión. Así, el Fundamento de Derecho Tercero de la Sentencia estableció que:

«Como se expuso, en la demanda la administración concursal interesó la anulación de la operación que calificó como compensación y la condena de la demandada a reintegrar a la masa del concurso la suma con la que había satisfecho su crédito. Según se apuntó, en las dos instancias dichas pretensiones fueron estimadas. En concreto, el Tribunal de apelación consideró que Banco Santander, S.A., había infringido lo dispuesto en el art. 58 de la Ley 22/2003, que prohíbe la compensación de deudas una vez declarado el concurso de uno de los deudores.

Sin embargo, como en sus escritos de alegaciones sostuvo la ahora recurrente, más que compensar deudas —en el sentido de sustituir dos actos de cumplimiento, con efectivas transferencias de fondos, por una mera

laleydigital.es

CÓDIGOS COMENTADOS

/ CÓDIGO CIVIL / CÓDIGO PENAL

Xavier O'Callaghan Muñoz

Luis Rodríguez Ramos



Ahora, en laleydigital.es, dos grandes obras de referencia permanentemente actualizadas

Al alcance de un clic, comentarios de autor en los que exponen e interpretan el texto legal de forma clara y práctica junto a la jurisprudencia fundamental de cada artículo

- Imprescindible herramienta de consulta para resolver cuestiones relacionadas con el derecho civil y penal.
- Conozca el alcance y los límites de cada precepto.
- Toda la información interrelacionada.
- Al día. Al tratarse de su versión online, los autores actualizan sus comentarios y referencias jurisprudenciales, incorporando cualquier novedad surgida en los tribunales.

Y CON LA GARANTÍA DE UN EXTRAORDINARIO EQUIPO DE AUTORES

• **Xavier O'Callaghan Muñoz**
Magistrado del Tribunal Supremo. Catedrático de Derecho Civil Director de la revista ACTUALIDAD CIVIL y autor de numerosos libros y artículos.

• **Luis Rodríguez Ramos**
Catedrático de Derecho Penal. Abogado en ejercicio.

 LA LEY
grupo Wolters Kluwer

INFÓRMESE AHORA
902 250 500 tel
clientes@laley.es | laleydigital.es



operación contable— lo que la misma hizo fue aplicar a la satisfacción de su crédito el objeto de una garantía real que había constituido la deudora, Santa Teresa Materiales de Construcción, S.L., sobre determinados instrumentos financieros de su titularidad, con el fin de asegurar el cumplimiento, entre otras, de la obligación principal a la que fue finalmente destinado el valor pignorado.

Pero, como se afirma en el motivo, el Tribunal de apelación no tuvo en cuenta lo dispuesto en el Real Decreto Ley 5/2005, que constituye norma especial aplicable a las entidades de crédito—según el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003— y que traspuso la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. Y, en particular, el art. 15, apartado 4, del mismo, que establece que el derecho de ejecución separada de la garantía, ejercitado en el caso por la acreedora ahora recurrente, no resulta limitado, restringido o afectado, en cualquier forma, por la apertura de un procedimiento concursal de la deudora pignorante.

Ello sentado, la validez del acto de constitución de la garantía no ha sido discutida ni su rescisión pretendida. Por lo que han de quedar al margen de nuestro enjuiciamiento.

En conclusión, ejecutada la garantía conforme a lo pactado y por virtud del precepto últimamente citado, procede estimar el recurso de casación, hacer lo propio con el de apelación y desestimar la demanda.»

En el mismo sentido, se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 de junio de 2012.

Así, el art. 15 del RD-Ley 5/2005 establece que la apertura de un procedimiento concu-

sal o de liquidación administrativa no podrá ser causa para declarar nulos o rescindir un acuerdo de garantía financiera o la aportación misma de una garantía, siempre que la resolución de dicha apertura sea posterior a la formalización del acuerdo de garantía o a la aportación de la garantía; o que dicha formalización o aportación se hayan producido en un período de tiempo determinado, anterior a la apertura del procedimiento o a la adopción de una resolución o de cualesquiera otras medidas o la concurrencia de otros acontecimientos en el transcurso de tales procedimientos.

Los acuerdos de garantía financiera no se verán limitados, restringidos o afectados en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa, y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada, de acuerdo con lo pactado entre las partes y lo previsto en los arts. 14 a 16 del RD 5/2005.

Estos acuerdos de garantías financieras o la aportación de éstas, formalizados o aportadas, anteriores a la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa sólo podrán rescindirse o impugnarse al amparo de lo previsto en el art. 71 de la Ley Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar que se han realizado en fraude de acreedores.

En cuanto a la liquidación anticipada, el art. 16 del RD Ley 5/2005 preceptúa que la declaración del vencimiento anticipado, resolución, terminación, ejecución o efecto equivalente del acuerdo de compensación contractual o de las operaciones financieras realizadas en el marco del mismo o en relación con él no podrá verse limitada, restringida o afectada en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa. En caso de ejerci-

cio de la acción resolutoria la indemnización prevista en el art. 61.2 de la Ley Concursal se calculará conforme a las reglas previstas en dicho acuerdo.

En los supuestos en que una de las partes del acuerdo de compensación contractual se halle en una de las situaciones previstas en el apartado anterior, se incluirá como crédito o deuda de la parte incurso en dichas situaciones exclusivamente el importe neto de la operación u operaciones financieras amparadas en el acuerdo, calculado conforme a las reglas establecidas en él.

En caso de concurso, en tanto se mantenga vigente el acuerdo de compensación contractual, será de aplicación lo dispuesto en el primer párrafo del art. 61.2 de la Ley Concursal.

Las operaciones financieras o el acuerdo de compensación que las regula no podrán ser objeto de las acciones de reintegración que regula el art. 71 de la Ley Concursal, salvo mediante acción ejercitada por la administración concursal en la que se demuestre perjuicio en dicha contratación.

IV. CONCLUSIÓN

Como conclusión, debemos señalar que a pesar de los intentos por parte de algunas administraciones concursales para reintegrar a la masa las cantidades compensadas por las entidades financieras acreedoras en ejecución de garantías financieras basándose en la prohibición de la compensación, queda claro que los acuerdos de garantía financiera no se verán limitados, restringidos o afectados en cualquier forma por la apertura de un procedimiento concursal y podrán ejecutarse, inmediatamente, de forma separada, de acuerdo con lo pactado entre las partes y según establece el Real Decreto Ley 5/2005 en sus art. 14 a 16.

El Real Decreto Ley 5/2005, norma especial aplicable a las entidades de crédito, consagra el derecho de ejecución separada de la garantía a pesar de la apertura del concurso de la deudora pignorante.

Según la Ley Concursal (D.A. 2.ª ap. 3), las normas legales mencionadas en el apartado 1—entre las que se encuentra el Real Decreto Ley 5/2005— se aplicarán con el alcance objetivo y subjetivo previsto en las mismas a las operaciones o contratos que en ella se contemplen y, en particular, las referidas a las operaciones relativas a los sistemas de pagos y de liquidación y compensación de valores, operaciones dobles, operaciones con pacto de recompra o se trate de operaciones financieras relativas a instrumentos derivados. ■