

Prendas «financieras» sobre cuenta de dinero y fondos abonados en cuenta después del concurso

(Comentario a la STJUE de 10 de noviembre del 2016)

Ángel Carrasco Perera

*Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha
Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo*

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea acaba de pronunciarse sobre tres de los más importantes extremos interpretativos del régimen de garantías financieras contenido en la Directiva 47/2002.

1. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 10 de noviembre del 2016, asunto 156/15, resuelve una cuestión prejudicial sobre el régimen de garantías financieras de la Directiva 47/2002. El caso trae origen de un contrato tipo de cuenta bancaria sometido a la ley letona en el que se introduce una cláusula en cuya virtud todos los fondos depositados en cualquier momento en la cuenta constituyen el objeto de una garantía financiera a favor del banco, cubriendo todos los créditos del banco contra el garante. En el caso de autos, la titular de la cuenta es una sociedad mercantil que fue declarada insolvente. Varios meses después de la apertura del concurso, el banco retiró 192,30 lats (unos 274 euros) en concepto de comisión de mantenimiento de la cuenta correspondiente al periodo anterior a la declaración de la insolvencia. La administración concursal consideró que tal actuación vulneraba el principio del trato igual de los acreedores concursales, pero los órganos letones de primera instancia y de apelación desestimaron la demanda de reintegración basándose en la transposición nacional de la Directiva 47/2002, que excluye las garantías financieras del ámbito de aplicación del Derecho de insolvencia. No obstante, el Tribunal Supremo letón remite varias cuestiones al Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
2. Textualmente, la sentencia determina que «la Directiva 2002/47 debe interpretarse en el sentido de que únicamente confiere al beneficiario de una garantía financiera como la controvertida en el litigio principal, en virtud de la cual los fondos depositados en una cuenta corriente han sido pignoralos a favor del banco para garantizar todos los créditos que éste tenga frente al titular de la cuenta, el derecho a ejecutar dicha garantía con independencia de que se haya o no incoado un procedimiento de insolvencia del garante *si, por una parte, los fondos a los que se refiere la garantía fueron abonados en la cuenta en cuestión antes de incoarse dicho procedimiento* o bien

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

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

en la misma fecha de la apertura, en cuyo caso el banco debe haber demostrado que desconocía que se había incoado este procedimiento o que no podía razonablemente saberlo, *y si, por otra parte, el titular de la cuenta tenía prohibido disponer de tales fondos después de su ingreso en esta misma cuenta*».

3. Sustancialmente, la sentencia sienta tres postulados:

a) La Directiva 47/2002 no limita su aplicación a las garantías prestadas en el ámbito de los sistemas de pagos y de liquidación de valores. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea confirma que la expresión «obligaciones que dan derecho a un pago en efectivo», que figura en la definición establecida en el artículo 2.1f de la directiva, hace referencia a cualquier obligación que dé derecho a un pago en efectivo, incluidas, por tanto, las deudas pecuniarias ordinarias que el titular de una cuenta tenga con su banco, como la comisión de mantenimiento de la cuenta sobre la que versa el litigio principal.

b) *Es imprescindible que el objeto de la garantía financiera obre en poder o esté bajo el control del beneficiario. En caso de que el garante pueda continuar disponiendo del objeto de la garantía, ésta no quedaría válidamente prestada en los términos de la Directiva 47/2002.* El tribunal aclara que únicamente los derechos de sustitución y retirada del excedente, al estar reconocidos expresamente por la norma comunitaria, no perjudican la persistencia de control. Por consiguiente, sólo cabe considerar que el beneficiario de una garantía como la controvertida en el litigio principal, prestada sobre fondos depositados en una cuenta bancaria ordinaria, tiene estos fondos en su «poder» o «bajo su control» si se impide al garante disponer de ellos, condición que no se ha cumplido en el caso de autos.

c) *La Directiva 47/2002 no cubre las garantías prestadas (mejor, objeto de garantía aportado) después de la apertura del procedimiento concursal.*

4. En esta nota sólo me ocuparé de las cuestiones *b* y *c*, porque, respecto de la primera (*a*), ya existe suficiente jurisprudencia española que confirma esta interpretación expansiva, sin apenas cuestionamiento.

5. «Estar bajo el control del beneficiario» es una expresión casi mágica que aparece tres veces en el cuerpo de la directiva (considerandos 9 y 10, y art. 2.2: «entregada, transferida, mantenida, registrada o designada de otro modo con objeto de que obre en poder o esté bajo el control del beneficiario», lo que se concibe como «una forma de desposesión» del garante [cdo. 10] y también f. d. 40 de la sentencia. Se reproduce la expresión en el artículo 8.2a del Real Decreto Ley 5/2005). En España ha recibido hasta el día de hoy nula atención por parte de la jurisprudencia y numéricamente limitada en la teoría (con excepciones notabilísimas, como la obra de LYCZKOWSKA, *Garantías financieras*, 2013, pags. 121-252), como si se tratara de una *demonstratio*, de una redundancia o un énfasis normativo sin valor autónomo. No así en otras jurisdicciones, como Inglaterra, donde la reflexión sobre el «control» era la piedra de toque para decidir si finalmente las *floating charges* sobre activos o dinero podrían considerarse garantías financieras por satisfacer el requisito del control. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea subordina de hecho el confuso tenor del artículo 1.5 («constituye un crédito en la cuenta

designada al efecto») al (no mucho más claro) artículo 2.2 de la directiva y plantea un problema de alcance en aquellas transposiciones europeas que han prescindido del requisito del control o lo han dulcificado (como la luxemburguesa o la alemana).

6. Hay que distinguir, a continuación, entre las tres clases de activos sobre los que puede recaer una garantía financiera. El problema no se plantea (salvo en los «depósitos de valores») con los «instrumentos financieros», pues la anotación contable en la cuenta «relevante» o la posesión física del título hacen las veces de control. Tampoco se plantea sobre los créditos (*credits claims*) que sólo los bancos pueden pignorar (art. 2.1o Dir.), porque ha sido decisión indiscutible de la Directiva 44/2009 (cdo. 6) que no hubiera exigencias sustanciales para que los bancos europeos pudieran pignorar *collateral* en el Banco Central Europeo. Sólo queda la garantía financiera sobre «efectivo», que no es propiamente dinero (por eso no cabe garantía financiera sobre billetes de banco [cdo. 18]), sino «dinero abonado el cuenta», es decir, una forma especial de prenda de crédito contra el depositario de la cuenta de dinero. Una garantía financiera no está bajo control por el solo hecho de que haya sido identificada, «prestada», «aportada» o «acreditada» (art. 1.5 Dir.), porque el control es en el artículo 2.2 un requisito suplementario. Con todo, la terminología es dudosa: también se puede decir que, al margen de los *credit claims*, ninguna garantía sin transferencia de control ha sido «aportada» y parece que es la creencia implícita de la sentencia, con lo que la inexistencia de control arrastraría también la «prestación»/«aportación» de la garantía. El control tampoco queda satisfecho con un «acto formal» ni con la «notificación» al deudor depositario de la cuenta (art. 3.1 Dir.).
7. La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea adopta el significado «negativo» de «control» tal como fue propuesto por la sentencia inglesa *Gray* (2010). El acreedor dispone de control cuando puede impedir legal y «prácticamente» que el garante negocie con el activo gravado sin el consentimiento puntual del acreedor, salvo que los derechos del garante queden limitados al ejercicio del derecho de sustitución y de retirada del exceso de *collateral* en el sentido de los artículos 9 y 10 del Real Decreto Ley 5/2005. Por tanto, no basta una «posesión» o «coposesión» positiva a favor del acreedor que le permita, por ejemplo, hacer él también uso de la cuenta. Tampoco es suficiente que el depositario sea el mismo acreedor (banco depositario), aunque pueda oponer al garante un contracrédito en compensación (no hay un «control automático» como el del artículo 9-104a del Uniform Commercial Code estadounidense). Ni basta haber firmado un «acuerdo de control» con el depositario por el que éste confirme que posee por y para el acreedor y que obedecerá sus instrucciones si finalmente el deudor puede disponer de los activos sin consentimiento caso por caso del acreedor. No obstante, un «acuerdo de control» será —aun insuficiente— necesario, salvo que el dinero esté depositado en cuenta del acreedor, en cuyo caso desaparece el problema del control. No basta una cláusula de subrogación en la cuenta («dinero que entra por dinero que sale»). Creo que ni basta, ni aun siendo libremente revocable, un consentimiento concedido de modo genérico y por anticipado para disponer de él.
8. El asunto es de importancia, pues la mayoría de las prendas de cuentas que se suelen constituir en España, cuando son «cuentas de proyecto», necesariamente comportan la legitimación del deudor para hacer uso del dinero de la cuenta.
9. Pero ¿por qué hace falta un control de la cuenta de efectivo y no basta con la notificación (incluso aceptación) de la prenda por el depositario de la cuenta? A mí me parece que los argumentos

que se contienen en los fundamentos 40 a 43 de la sentencia no aciertan con el problema. No se trata de «seguridad de las partes, al exigir que las garantías financieras se presten bajo alguna forma de desposesión». Ni tiene sentido imponer un requisito («control») con el único objeto de que el beneficiario pueda «efectivamente» disponer en caso de ejecución, porque ese problema es propio del beneficiario, el cual, por lo mismo, de ser cierta la hipótesis, podría renunciar al control, pues sería asunto suyo. Tampoco se entiende que el requisito satisfaga las exigencias de «procedimientos de ejecución rápidos y no formalistas con el fin de salvaguardar la estabilidad financiera y limitar el efecto contagio», porque la misma sentencia entiende que las garantías financieras pueden asegurar obligaciones dinerarias de cualquier tipo, aunque su cumplimiento no tenga efecto sistémico —la mayoría de las garantías financieras que se han constituido en España carecían de efecto sistémico—. Además, repárese en que para el ejercicio de la «ejecución» (no concursal) prevista en el artículo 11 o 12.2 del Real Decreto Ley 5/2005 no se presupone adicionalmente, ni se necesita, que exista un control específico distinto del control «positivo», a juzgar por dicho artículo 12.2.

10. No se puede decir que el tratamiento concursal favorable del artículo 15 del real decreto ley (la regla es que el concurso no afecta a las garantías financieras preexistentes) se justifique tampoco por el hecho de que el acreedor posea o controle, pues el artículo 59 *bis* de la Ley Concursal ya nos enseña el poco respeto que esta ley tiene por las posesiones inmediatas y exclusivas. Claro es que la directiva no está condicionada por las presuposiciones del legislador español. No es tanto la posesión del titular como la no posesión del gravado lo que importa. Lo fundamenta la directiva —eliminada la explicación del «efecto sistémico»— en que, si el deudor no tiene control sobre el activo (porque lo tienen el acreedor u otro en su nombre), el administrador concursal no se lo puede procurar mediante una modificación contractual que altere los derechos posesorios. Esta es una razón. Otra es la siguiente: el que quiera procurarse ventajas concursales que asuma los costes de una posesión o control efectivo del *collateral*. Frente al concurso no hay privilegio sin costes.
11. Vamos al segundo punto de esta sentencia que nos interesa destacar (letra c): los fondos a los que se refiere la garantía han de haber sido abonados en la cuenta antes de incoarse el concurso. Es lo que dice la sentencia. Es decir, no sólo quedan excluidas del régimen las garantías o acuerdos de garantía constituidos después de abierto el concurso, sino también las «aportaciones» de dinero en una cuenta ya pignorada con anterioridad (fundamentos 47 y 48 de la sentencia). Pero ¿qué alcance tiene esta exclusión? Curiosamente, creo que ninguno.
12. Para ejecutar una prenda sobre efectivo ingresado después de constituida la prenda (fuera del escenario concursal), también el acreedor deberá operar como establecen los artículos 11 y 12 del real decreto ley. Es decir, se apropiará del dinero por imputación, compensación o cobro. Esto es así en toda prenda de crédito dinerario en cuenta, sea o no garantía financiera. Más aún, si el concurso deja de producir el efecto preclusivo del artículo 56 de la Ley Concursal, también será así como se ejecute la garantía, salvo que digamos que el dinero ingresado en cuenta después del concurso no sólo no es una garantía financiera, sino que pertenece en todo caso a la masa activa del concurso. Pero no podemos decirlo en general. Si la prenda de bienes futuros reúne las condiciones del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal, la prenda será oponible al concurso, y también los subrogados (dinero) del crédito pignorado. Y ello ocurre sin importar si la prenda es

garantía financiera o no, porque la primera tampoco tiene ningún trato prevalente en materia de activos futuros. De hecho, el artículo 96.1.6.º de la misma ley es lo único que importa, con independencia del carácter especial o no de la prenda. Ni tan siquiera el mencionado artículo 56 importa: como se trata de activos que ingresan en la masa después del concurso y ya ingresan gravados, este artículo no puede operar, ya que esta norma se limita a fondos y efectivo gravados antes del concurso y el contrato de prenda postconcurso no puede resultar afectado. Los bienes gravados postconcurso no están sujetos a plazos de espera en la ejecución.