

REVISTA DE DERECHO MERCANTIL

AJFV

JUNIO 2017. N° 2

COMERCIO



Dirección y coordinación: Natalia Velilla Antolín

Maquetación : Secretaría AJFV

ÍNDICE

1.- Acción de rescisión en el seno concursal.

STS Sala Primera, de 23 de marzo de 2017

Recurso nº: 2435/2014

Sentencia nº: 198/2017

Susana Abad Suárez

Magistrada de Adscripción Territorial TSJ Madrid

Juzgado de lo Mercantil nº 2 Madrid

2.- El requisito del control sobre las garantías financieras constituidas al amparo de la Directiva 2002/47/CE. La STJUE de 10 de noviembre de 2016 (SIA vs SwedBank, C-156/2015)

Oriol Espar Bohera

Abogado del Ilustre Colegio de Abogados de Barcelona

1.- ACCIÓN DE RESCISIÓN EN EL SENO CONCURSAL

STS SALA PRIMERA, DE 23 DE MARZO DE 2017

RECURSO N°: 2435/2014

SENTENCIA N°: 198/2017

[Roj: STS 1051/2017 - ECLI: ES:TS:2017:1051](#)

SUSANA ABAD SUÁREZ

Magistrada

Voces: Acción de rescisión. Retroacción. Declaración de concurso. Par conditio creditorum.

La sentencia reseñada determina la inexistencia de laguna legal en el caso de acción de rescisión en el seno concursal que solo puede instarse en relación a los actos de disposición realizados con anterioridad a la declaración de concurso en los dos años anteriores, sin perjuicio de que en el desarrollo del mismo puedan ejercitarse acciones rescisorias previstas en el régimen general común.

COMENTARIO

La presente sentencia trae causa de incidente concursal promovido por la administración concursal de sociedad limitada solicitando la rescisión del negocio jurídico de reconocimiento de deuda formalizado en escritura pública en fecha 9 de marzo de 2012 un mes antes de solicitar la apertura de la fase de liquidación

por imposibilidad de cumplimiento de convenio) y constitución de hipoteca mobiliaria para garantizar el pago sobre la maquinaria industrial instalada en su domicilio social. Dicha escritura fue modificada un día después de la apertura de liquidación modificando de seis a siete años el plazo para el pago con el mismo tipo del 2% anual y ampliando el objeto de garantía incorporando un vehículo.

En primera instancia se declaró la rescisión de la escritura pública de reconocimiento de crédito con garantía hipotecaria por producir un perjuicio a la masa activa, por vulneración del principio *par conditio creditorum* por aplicación analógica del artículo 71 .1 de la Ley Concursal a los actos comprendidos entre la aprobación del convenio y la apertura de liquidación.

La Audiencia Provincial sin embargo estimó el recurso interpuesto declarando que no procede dicha aplicación analógica , pue no se cumple el requisito legal previsto en la Ley Concursal de acto realizado en los dos años anteriores a la declaración de concurso, pudiendo haber ejercitado una acción de nulidad por ilicitud de la causa, si se consideraba que dicha acto fue realizado con el propósito de defraudar a los acreedores y sustraer una parte de los bienes con los que satisfacer sus créditos.

La Sala Primera del Tribunal Supremo, en la presente resolución y sobre cuestión que no existía jurisprudencia de forma tajante confirma la resolución de la Audiencia Provincial y determina la inexistencia de laguna legal, señalando expresamente que la acción rescisoria concursal , regulada en los artículo 71 a 73 de la Ley Concursal, precisa para su apreciación de unos requisitos concretos, y no cabe ni por vía interpretativa ni por vía analógica su aplicación en supuestos como el presente , en el que el requisito temporal no concurre;

Que la Ley Concursal no prevea el ejercicio de la acción rescisoria para los actos efectuados en la fase de cumplimiento del convenio, es porque la previsión contenida en el apartado 6 del artículo 71 de la Ley Concursal- el ejercicio de las acciones rescisoria no impedirá el de otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a derecho- es suficiente para proteger la masa

activa y la par conditio creditorum y obtener la ineficacia de los actos de disposición realizados en fraude de acreedores:

Los pagos realizados en fase de cumplimiento de convenio pueden ser impugnados al amparo del artículo 1292 del Civil (rescisión de pagos hechos en insolvencia), 1297 (contratos celebrados en fraude de acreedores), 1305 (nulidad por ilicitud de causa u objeto), teniendo en cuenta su carácter subsidiario (1294 Civil).

Ley Concursal sustituye el régimen del Código de Comercio por un conjunto de acciones que han cambiado radicalmente el panorama de la reintegración. El artículo 71 de la Ley Concursal viene a establecer la posibilidad de rescindir determinados actos perjudiciales para la masa activa realizados en los dos últimos años a la fecha de declaración del concurso. El sistema se completa con una serie de presunciones iure et de iure y iuris tantum que pretenden aliviar la carga de la prueba de los administradores concursales. Los efectos de la rescisión se recogen en el artículo 73 que establece un régimen propio y en cierta medida distinto del general recogido en el artículo 1295 del Código Civil que viene justificado por la naturaleza de las acciones y por el procedimiento de ejecución colectiva en el que están inmersas. Las acciones rescisorias concursales aunque participan de la naturaleza de las rescisorias generales están engarzadas en el seno de un procedimiento concursal cuya finalidad es la de traer a la masa activa aquellos bienes enajenados en los dos últimos años cuya transmisión causó un perjuicio para la masa activa. Los bienes que salieron de la masa deben volver a ella para satisfacer un conjunto de acreedores de forma colectiva y esa especialidad es la que justifica un régimen jurídico distinto del general previsto en el Código Civil.

En el caso de que el acreedor cuyo acto se rescinde hubiera actuado de buena fe, el artículo 73.1 dispone que deberá devolver las prestaciones del acto impugnado con sus frutos e intereses, teniendo su crédito la consideración de crédito contra la masa, de manera que las prestaciones del acreedor y deudor deban satisfacerse simultáneamente a la reintegración de los bienes y derechos

objeto del acto rescindido. La finalidad de la norma es la de situar al deudor en la misma posición que tenía antes de haber efectuado el acto de disposición.

En caso de mala fe del acreedor, la Ley Concursal prevé un trato más severo, el acreedor deberá devolver el bien, junto con los frutos recibidos y los debidos de percibir y deberá devolver el bien sin que pueda exigir como condición que se le devuelva la prestación entregada en su día, ya que desaparece la simultaneidad y, en consecuencia, las posibilidades de recuperación, por cuanto los créditos subordinados difícilmente podrán ser hechos efectivos.



2.- EL REQUISITO DEL CONTROL SOBRE LAS GARANTÍAS FINANCIERAS CONSTITUIDAS AL AMPARO DE LA DIRECTIVA 2002/47/CE. LA STJUE DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2016 (SIA v SwedBank, C156/15)

ORIOLESPAR BOHERA

Abogado

Voces: Directiva 47/2002/UE, RD 5/2005, Garantías financieras, requisito de control, prenda sobre cuentas corrientes, resistencia al concurso

El 10 de noviembre de 2016 el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (SIA v SwedBank, C156/15) dictó una Sentencia que daba respuesta a diversas cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo de Letonia en relación a la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera abordando, entre otros, el concepto del control del beneficiario (o su representante) sobre la garantía para que ésta se entienda válidamente constituida, aclarando un concepto con una cierta indefinición tanto en la Directiva como en su trasposición de mediante Real Decreto Legislativo 5/2005, de 11 de marzo.

COMENTARIO

1. La Sentencia.

El 10 de noviembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE, en adelante) dictó una Sentencia dando respuesta a una cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo de Letonia (asunto Private Equity Insurance Group SIA (SIA, en adelante) v SwedBank, C156/15) sobre garantías financieras

de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera (la Directiva, en adelante).

El litigio origen se debe a una demanda rescisoria del administrador concursal de SIA (en concurso en 2010), en relación al cargo de una 192,30 lats (cantidad anecdótica equivalente a 274 euros) en concepto de comisión de mantenimiento de la cuenta corriente de SIA, referida a un periodo anterior al concurso. Dicha cuenta se hallaba pignorada y Swedbank consideraba que le aplicaban las previsiones de la Directiva y su trasposición letona.

La demanda fue desestimada en primera y segunda instancia hasta llegar el Tribunal Supremo letón, que planteó una cuestión prejudicial consultando si la Directiva:

1. aplica a las cuentas corrientes.
2. prioriza el tratamiento a determinados acreedores (*v.gr.* entidades financieras), en favor de otros como el Estado o los acreedores garantizados.
3. es una norma de armonización mínima o completa (extensión a sujetos excluidos de su ámbito de aplicación).
4. es una norma directamente aplicable en cuanto a su artículo 1.2.e)
5. permite usar la interpretación de dicha Directiva –de ámbito más restringido que la Ley nacional- para invalidar una cláusula de garantía financiera pignoraticia basada en la ley nacional

La Sentencia aclaró tres puntos muy importantes, el segundo de los cuales constituye el objeto de este breve artículo:

1. Define el ámbito de una obligación garantizable (considerandos 27 a 35), en la que se incluye una "garantía (que) comprende todos los créditos del banco frente al titular de la cuenta".
2. Aclara que para su debida constitución, aquélla debe estar en poder o bajo el control del beneficiario o de la persona que actúe en su nombre, que equivale a que "se impide al garante disponer" de los fondos (considerandos 36 a 48, especialmente el 44).

3. Confirma que este régimen especial de las garantías sometidas a la Directiva no infringe la *par conditio creditorum* (considerandos 49 a 53), pues su fin es “mejorar la seguridad jurídica y fomentar la eficacia de las garantías financieras a fin de garantizar la estabilidad del sistema financiero”.

El Gobierno letón, la Comisión Europea, el Reino Unido y el Reino de España también presentaron alegaciones en el procedimiento. El Ministerio de Justicia manifestó que la Sentencia estaba “en línea con lo defendido por el Reino de España” en cuanto a que el requisito de que “el titular de la cuenta tenía prohibido disponer de los fondos después de su ingreso en la cuenta corriente”

2. El requisito del control, antes y ahora.

Como se ha visto, el TJUE ha interpretado el concepto de control, que ni la Directiva ni las trasposiciones nacionales desarrollan de forma suficiente, exigiendo que, para que concurra aquel requisito en una cuenta corriente, debe impedirse al garante disponer de los fondos. La opinión del Abogado General abunda en la materia especificando que se requiere que el acuerdo “permita al banco limitar la retirada de efectivo o que exija que se bloquee una determinada cantidad de la cuenta”.

El tema del control se expone en la obra de LYCZKOWSKA (2013), el tratado más completo hasta la fecha en materia de garantías financieras constituidas al amparo del RD 5/2005 y obra de lectura imprescindible. Y es que algunos conceptos que no quedaban claros, como que algunos autores entendían que “el abono o la constitución de un crédito en cuenta son suficientes a efectos de la válida constitución de la garantía financiera y para cumplir el requisito de control y, en consecuencia, no dedican mayor interés al problema del control” (LYCZKOWSKA, 2013, citando la obra de GARCIMARTÍN y DÍAZ RUIZ y RUIZ BACHS), como consecuencia de asociar dos conceptos que el legislador español traspuso en el mismo artículo octavo.2: el requisito del control (artículo 2.2. de la Directiva) y el abono o constitución de crédito en cuenta (artículo 1.5.II de la Directiva).

Si acudimos a la Directiva (artículo 2.2), ésta establece el requisito de que el bien objeto de la garantía “obre en poder o esté bajo el control del beneficiario”. La trasposición española mediante RDL 5/2005 (artículo octavo.2) es idéntica y no se amplió la definición, algo que, a la vista de las interpretaciones que se han producido, quizá no fue la mejor opción. Como es de ver, existía una falta de uniformidad en la interpretación del requisito del control en la práctica de mercado (en el caso, se entendía que la cantidad ingresada en la cuenta corriente pasaba a formar parte de la garantía) que la Sentencia del TJUE ha tratado de atajar.

En España no disponemos de resoluciones significativas. A parte, hay argumentos para pensar que un asunto como el de la Sentencia no hubiera tenido mucho recorrido en España, debido a su cuantía. Es posible que exista un consenso interpretativo general o que no haya habido asuntos de suficiente enjundia que justifiquen el recurso al litigio para su solución. Deben destacarse las citadas en la obra de LYCZKOWSKA: las SSAP de Barcelona, 15^a, de 30 de octubre de 2008 (Id. CENDOJ 08019370152008100223), de Tarragona, 1^a, de 13 de octubre de 2009 (Id. CENDOJ 43148370012009100345) y de Valladolid, 3^a, de 4 de octubre de 2012 (Id. CENDOJ 47186370032012100309)

A falta, pues, de referentes concretos en nuestro Derecho, no está de más – aunque no sean fuente del Derecho – mirar hacia los ordenamientos estadounidense y británico, los dos más evolucionados en materia financiera:

- a. En el Reino Unido la Directiva está traspuesta desde 2007. Un botón de las dudas suscitadas por el concepto de control son dos sentencias de la *England and Wales High Court* (Corte Superior de Inglaterra y Gales), los casos Grey y Lehman. En el primero, el Tribunal consideró que no concurría el requisito del control porque, a grandes rasgos, el deudor podía disponer libremente de los fondos, un control que el Tribunal califica de meramente administrativo y no legal. Por el contrario, en el segundo se consideró que las cláusulas de un contrato de prenda sobre todos los créditos del deudor permitían estimar la concurrencia de dicho requisito.

Asimismo, la Sentencia Private Equity Insurance Group SIA no ha pasado inadvertida en la doctrina del Reino Unido. BLAIR (2016) considera que control significa “(a) no sólo el control práctico de la cuenta a la que Colateral, sino también (b) el derecho a impedir la retirada de efectivo por el colateral en la medida en que sea necesario para garantizar las obligaciones pertinentes”

- b. En los Estados Unidos de América, el Uniform Commercial Code (Ley que armoniza las disposiciones mercantiles en todos los estados), en su versión aplicable al Estado de Nueva York (centro mundial de los negocios) destina un artículo, el 9-104, al “*Control of Deposit Account*” (Control de las cuentas de depósito) y establece tres posibilidades para que, si se cumplen, se entienda que un acreedor garantizado tiene el control sobre el depósito, a saber: (a) que el acreedor de la deuda garantizada sea el banco donde está abierta la cuenta, (b) que deudor acreedor garantizado y banco acuerden en un registro autenticado que banco cumplirá con las instrucciones del acreedor garantizado en cuanto a la cuenta del deudor y (c) la condición de cliente del banco del acreedor garantizado con respecto a la cuenta.

Por otra parte, GARCIMARTÍN (2016) ha puesto de manifiesto que la interpretación que da el TJUE “no coincide con la de otros textos supranacionales” como el Convenio UNIDROIT sobre las normas de Derecho material aplicables a los valores intermediados, texto que puede servir como referente y que establece un esquema similar al modelo de los Estados Unidos.

3. Conclusiones y puntos a tener en cuenta.

La Sentencia del TJUE ha venido a ofrecer seguridad jurídica, pero debe recordarse que el contrato de cuenta corriente del caso no contenía, entre otras, cláusulas que limitaran las disposiciones o que fijaran un saldo mínimo a mantener en la cuenta. Por tanto, a mi juicio, sin olvidar la importancia del requisito del control, éste debe entenderse cumplido cuando se limite la capacidad de disposición de los fondos al deudor mediante el contrato o se

bloqueen parte de los mismos mediante las estipulaciones contractuales que procedan.

En conclusión, cada caso será distinto y en cada garantía deberán examinarse detenidamente las facultades de control que concurren. Ejemplos como los que siguen pueden conducir, considerados en su conjunto, a entender adecuadamente perfeccionada la garantía:

1. Un pacto por el que ante la concurrencia de un supuesto de vencimiento anticipado del contrato, el saldo deviene indisponible.
2. La fijación de un saldo mínimo indisponible que, en caso de no alcanzarse, requiera una dotación de la cuenta hasta alcanzar el mínimo estipulado.
3. El sometimiento a autorización previa de los beneficiarios de la garantía de las disposiciones, debiendo entenderse la liberación parcial de la garantía por el importe de las disposiciones que en cada momento se autoricen.
4. La indisponibilidad del saldo en general, especificando qué disposiciones pueden efectuarse y las circunstancias que las justifican.
5. La vinculación de una la cuenta al proyecto u operación que se financia, con la exclusiva finalidad de aplicar su importe al cumplimiento de todas las Obligaciones Garantizadas.

En suma, se trata de un concepto delicado y con algunas aristas pendientes de concreción. Además, afecta a la garantía y a la recuperación de créditos, por lo que los operadores de crédito del mercado estarán atentos a la interpretación que se vaya modelando. Habrá que estar a las disputas que surjan, especialmente en situaciones relacionadas con la insolvencia empresarial, para ver cómo resuelven los Tribunales cada situación.

BIBLIOGRAFÍA Y REFERENCIAS

BLAIR, M.. *Comment on Private Equity Insurance Group SIA v Swedbank AS [2016] EUECJ C-156/15*. Practical Law Company, 23-11-2016. Disponible en <http://www.practicallaw.com/w-004-6947> (último acceso el 31 de marzo de 2017)

GARCIMARTÍN, F. *Garantías financieras sobre cuentas bancarias*. Blog "Almacén de Derecho", 14 de noviembre de 2016. <http://almacenederecho.org/garantias-financieras-cuentas-bancarias/> (Accedido el 15 de junio de 2017).

LYCZKOWSKA, K. *Garantías Financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo*. Civitas: madrid, 2013. (págs. 126-254).

(La tesis doctoral previa a esta obra, que contiene gran parte de su contenido está disponible en

<https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/2994/TESIS%20Lyczkowska.pdf>)

Planteamiento de la cuestión ante el TJUE

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=164551&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=265113>

Conclusiones del Abogado General del TJUE (Maciej Spuznar)

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=181931&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=265113>

Sentencia del TJUE (en español)

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=185247&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=265113>

Boletín Informativo de Derecho de la Unión Europea (noviembre-diciembre 2016).
Ministerio de Justicia, 2016 (pág. 12).

[http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428388300?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DBoletin Informativo de Derecho de la Union Europea Noviembre- Diciembre 2016.PDF](http://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292428388300?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3DBoletin+Informativo+de+Derecho+de+la+Union+Europea+Noviembre+-+Diciembre+2016.PDF)

Sentencia del caso Gray, de la Corte Superior de Justicia del Reino Unido (en inglés)

[http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2010/1772.html&query=\(EWHC\)+AND+\(1772\)](http://www.bailii.org/cgi-bin/format.cgi?doc=/ew/cases/EWHC/Ch/2010/1772.html&query=(EWHC)+AND+(1772))

Sentencia del caso Lehman, de la Corte Superior de Justicia del Reino Unido (en inglés)

https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:B1wk_3KZhR8J:https://www.pwc.co.uk/assets/pdf/approved-lehmans-brothers-circulation-021112.pdf+&cd=3&hl=ca&ct=clnk&gl=es

Convenio UNIDROIT sobre las normas de Derecho material aplicables a los valores intermediados

<http://www.unidroit.org/spanish/conventions/2009intermediatedsecurities-sp.pdf>