

La SAREB como entidad elegible de garantías financieras en el RD Ley 6/2013

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Objeto de la reforma legal

La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB) no pertenecía a ninguna de las clases de entidades elegibles incluidas en el apartado 4.1 c) RD Ley 5/2005, sobre acuerdos de compensación contractual y garantías financieras. En consecuencia, tanto en su faceta positiva de acreedor garantizado como negativa de deudor o prestador de la garantía, SAREB sólo podría sujetarse al régimen singular de aquella norma si la otra parte de la transacción era uno de los sujetos elegibles del art. 4.1. Para remediar esta carencia, la DF 3ª del RD Ley 6/2013 introduce una modificación en el art. 36.4 de la Ley 9/2012, mediante la cual *será de aplicación a [SAREB] el régimen del Capítulo II del Real Decreto Ley 5/2005.*

A continuación expondré los distintos escenarios en los que puede hallarse SAREB en esta nueva configuración. Suponemos que el escenario usual será el de SAREB como adquirente de créditos bancarios que estuvieran asegurados con garantía financiera. Pero quedan otras opciones menos previsibles. Me referiré sólo a aquellos escenarios en los que la garantía financiera adviene a SAREB como resultado de la cesión de créditos (o de pasivos) impuesta por el FROB a las entidades intervenidas. Fuera de ello queda el supuesto de que SAREB adquiera en el futuro originariamente créditos y deudas contra terceros, garantizados o gravados con una garantía del RD Ley 5/2005 que también se constituya entonces, por ejemplo, utilizando créditos bancarios de su cartera para constituir sobre ellos garantías financieras en garantía de obligaciones propias. Esta situación no presenta ninguna particularidad y no será considerada aquí.

También constato como improbable que SAREB utilice la nueva cobertura legal para subrogarse en acuerdos marco de compensación contractual para realizar con contrapartes operaciones financieras del art. 5 RD Ley 5/2005.

Coligación de activos y pasivos

Antes de recorrer los diversos escenarios procede recordar los términos del art. 67.2 de la Ley 9/2012. Según el precepto:

En los casos en que se transmita únicamente parte de los activos y pasivos de la entidad, el FROB adoptará las medidas necesarias para la consecución de los siguientes fines:

- a) *Evitar la resolución, novación o transmisión de únicamente parte de los activos y pasivos que pueden ser compensados en virtud de un acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad o de un acuerdo de compensación contractual a los que se refiere el Capítulo II del Real Decreto-Ley 5/2005 antes mencionado, o de un acuerdo de compensación;*
- b) *Permitir que las obligaciones con garantía pignoratícia y los activos que las garantizan sean transmitidos conjuntamente o permanezcan ambos en la entidad;*
- c) *Evitar la resolución o novación del acuerdo de garantía pignoratícia si ello conlleva que la correspondiente obligación deja de estar garantizada;*
- d) *Evitar la resolución, novación o transmisión de únicamente parte de los activos y pasivos cubiertos por acuerdo de financiación estructurada,*

excepto cuando afecten únicamente a activos o pasivos relacionados con los depósitos de la entidad.

No se trata sólo de que el FROB “adopte” las medidas necesarias para evitar la disgregación. En mi opinión, no estamos ante una norma habilitadora de competencias que el FROB pueda tomar, reglada o discrecionalmente, sino de una norma material de aplicación directa que atribuye a las partes o contrapartes un derecho subjetivo a no sufrir la escisión de activo y pasivo coligados en una operación contractual afectada por la medida del FROB que les obligue a quedarse con residuos contractuales privados de valor autónomo en la necesaria liquidación concursal que seguiría a una cesión disgregada de activos y pasivos (art. 25.3 Ley 9/2012). A modo de ejemplo menciono una contingencia que es noticia estos días. No se puede producir la cesión de créditos hipotecarios a promotor si la consecuencia de ello es que los adquirentes de VPO pierden las ayudas porque no sea posible subrogarse en el préstamo del “promotor”, ahora en manos de la SAREB. En consecuencia, la transmisión de activos gravados activa o pasivamente con una garantía financiera no puede hacerse sin que la operación como tal afecte al pasivo asegurado. Por lo demás, los arts. 25.1 c) y 35.5 de la Ley 9/2012 contemplan que la cesión comprenda igualmente el pasivo “que sea necesario transmitir”.

Pero lo verdaderamente problemático no es esto, sino que no está cubierta por el art. 36, ni tampoco por el art. 67.2 de la Ley 9/2012, la hipótesis, absolutamente verosímil, de que la transmisión de pasivo requiera el consentimiento de la contraparte conforme al art. 1205 CC. Como la transmisión del pasivo sólo ha sido considerada colateralmente en la ley, no se ha reparado en añadir a las normas de excepción del art. 36 una más relativa al consentimiento del acreedor para que pudiera producirse una asunción liberatoria de deuda, paralela en sus efectos a la regla de que “La transmisión de los activos a la sociedad de gestión de activos se realizará sin necesidad de obtener el consentimiento de terceros” (art. 36.1). *Con todo*, no voy a polemizar en este punto y prefiero dar por entendido que el deber de consentir y tolerar la cesión del pasivo es también una consecuencia que la contraparte tendría el deber de soportar conforme a los arts. 66 y 67.1 II Ley 9/2012. No voy a desarrollar esta idea en la presente nota.

Escenarios

Primer escenario. SAREB adquiere de las entidades intervenidas créditos (no sólo hipotecarios: art. 48 RD 1559/2012) que estuvieran adicionalmente asegurados con una garantía financiera sobre instrumentos financieros, sobre depósitos de dinero o sobre otros créditos bancarios. Por aplicación del art. 1528 CC, SAREB adquiriría la titularidad de la correspondiente garantía. Esto ocurriría obviamente también antes de que se publicara la presente reforma, sólo que entonces la SAREB no podría acogerse a ninguno de los privilegios del régimen especial del RD Ley 5/2005 que no estuvieran igualmente cubiertos por el régimen común de las garantías mobiliarias.

El único problema real que se me ocurre puede generar el nuevo régimen es la particular configuración de las prendas o cesiones en garantía sobre depósitos dinerarios. Representémonos que el banco cedente del crédito tóxico titulaba adicionalmente una garantía financiera sobre un depósito de dinero que el deudor hipotecario o un tercero había constituido en el propio banco. SAREB adquiere la garantía, pero no el depósito, que queda en poder ajeno (aunque este otro sea básicamente el FROB). Considero que esta garantía *no queda suficientemente constituida como garantía financiera* a favor de SAREB por la simple operatividad del art. 1528 CC, y será preciso que el banco y la SAREB constituyan un *acuerdo de control* en el sentido del art. 8 del RD Ley 5/2005.

Segundo escenario. SAREB adquiere del banco acreedor un activo que éste posee o del que es titular en concepto de garantía financiera de un crédito del que el banco cedente fuera titular (y siga siéndolo) frente al constituyente de la garantía; por ejemplo, SAREB adquiere créditos bancarios que estaban en el patrimonio del banco cedente a título de propiedad fiduciaria cedida al banco en garantía por un deudor de aquél. En nuestra opinión, el art. 67.2 Ley 9/2012 impide que crédito y garantía puedan disgregarse, y esta imposibilidad cursa a favor de todas las partes que intervienen, tercera contraparte deudora o contraparte de un *repo* y banco que cedió a SAREB. Pero también en ventaja de SAREB, que de otra manera vería que las garantías autónomamente adquiridas se disiparían en la nada por falta de un crédito subyacente.

Tercer escenario. SAREB adquiere *deuda* de la entidad bancaria cedente, y la deuda está sujeta a una garantía financiera que hubiera prestado el banco cedente. Si la garantía (pasiva) no se transmitiera, el banco cedente resultaría ser un garante por deuda ajena (de la SAREB). Esta situación no sería tolerable para el banco ni para la contraparte de la operación, a la que no se le puede imponer que disgregue su crédito y su garantía financiera. Una vez más, el art. 67.2 Ley 9/2012 impediría la disgregación de activo y de pasivo.

Cuarto escenario. SAREB adquiere activos que están pignorados o cedidos en garantía a tercero para asegurar pago de deuda del banco cedente, que retiene la condición de deudor de la obligación

garantizada. O SAREB adquiere activos transferidos por tercero al banco cedente en un acuerdo de *repo*. Una vez más, el art. 67.2 Ley 9/2012 impediría que se pudiera oponer a la contraparte una disgregación de crédito y garantía, por lo que SAREB tendría que convertirse en deudor de la obligación subyacente. Salvo que el activo gravado adquirido por SAREB ya sirviese en origen para asegurar por el banco cedente el pago de una deuda ajena, por ejemplo, de una entidad subordinada del banco.

Quinto escenario. SAREB adquiere conjuntamente la obligación y el activo gravado con la garantía a favor de una tercera contraparte. No hay ninguna particularidad desde el punto de vista del Derecho material.