

¿Rescisión concursal de «sobregarantías»?

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

1. Sobregarantías en la legislación española

- (1) En nuestro Derecho están prohibidas (como abusivas) las cláusulas no negociadas con consumidores que impongan «garantías desproporcionadas al riesgo asumido» (art. 88.1 Ley General de Consumidores y Usuarios). Es digno de destacar que este precepto no ha sido objeto de ningún desarrollo jurisprudencial y que la cláusula que paradigmáticamente podría sucumbir al reproche del artículo 88.1 —a saber, la cláusula de retención punitiva de pagos realizados por el comprador de inmueble cuyo contrato es posteriormente resuelto por impago— ha sido de forma ostensible (y temeraria) considerada legítima por la **Sentencia del Tribunal Supremo de 15 de abril del 2014**.
- (2) Es notable constatar que incluso en la contratación con consumidores no se repunte abusiva una sobregarantía que haya sido negociada efectivamente por las partes y no predispuesta documentalmente por una de ellas. Como poco, la cosa ha de ser igual en la contratación empresarial, con el añadido, muy significativo, de que por lo ordinario el paquete de garantías se contrata mediante negociación singular y las distintas garantías negociadas no constituyen, salvo en supuestos marginales, el contenido de una cláusula predispuesta de un clausulado contractual más amplio. En otros términos, la —por ejemplo— prenda de derechos de crédito convenida en acuerdo separado, no es

una «cláusula» del contrato marco de deuda en el que se ha previsto la constitución de diversas garantías, entre ellas la susodicha prenda.

2. El supuesto y la doctrina de la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero del 2015

- (3) Aunque el supuesto de hecho controvertido que llegó a la casación es sustancialmente enmarañado —no se dice, pero en el fondo hay estructuras negociales relativamente simuladas que se neutralizan entre sí— la **Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero del 2015** (ponente: Sastre Papiol) es interesante en extremo por ser la primera vez que en una controversia judicial —y no sólo de naturaleza concursal— se cuestiona que un acreedor se haya hecho conceder una garantía real «excesiva», situación tanto más preocupante cuando la administración concursal de la deudora pretende fundar en aquel exceso la demanda de rescisión concursal del artículo 71 de la Ley Concursal (LCon).
- (4) La operación enjuiciada en la Sentencia del Tribunal Supremo de 17 de febrero del 2015 es bastante confusa y las tres instancias se encuentran perplejas ante la aparente falta de lógica de que el banco descontante de los pagarés sea al mismo tiempo avalista de éstos y se haga constituir una prenda sobre el crédito cambiario descontado. Con

todo, este asunto quedará de lado en la presente nota. La sentencia de casación revocó la de instancia por entender que en lo que se refería a la prenda del descuento no se trataba de acto en perjuicio de la masa del concurso. La parte que interesa de la operación es la que se refiere al 1 800 000 euros «retenidos» de la financiación y pignorados en garantía de los intereses que debía generar aquélla. También en este punto la operación es algo confusa. El banco prefirió adelantar la cantidad del «descuento» en forma de crédito (6 000 000 de euros) porque la operación de descuento comportaría un coste excesivo para el deudor (los intereses del descuento se perciben de una sola vez). Para garantizar los intereses de la operación, se pignora el 30 % de la cantidad acreditada, y es aquí donde aparece el fantasma de la sobregarantía.

- (5) Según la sentencia de casación, esta prenda sobre parte del dinero acreditado es una sobregarantía y, en definitiva, un acto perjudicial para el concurso:

«No decimos que no sea posible tomar garantías adicionales a una operación de financiación, pero no las que en su integridad se nutren del importe líquido de una operación de anticipo [...]. El resultado final fue que se impidió al acreditado la disponibilidad de una parte importante (30 %) del principal, como si de una operación de descuento se tratara».

Más adelante añade:

«... la garantía sobre el total de los intereses tomada exclusivamente del principal de la operación es contraria al artículo 1258 CC [...]. Es contrario a la naturaleza de la operación de crédito que gran parte de su importe sirva para garantizar los intereses que pueda devengar la operación, alterando esencialmente el esquema de distribución de riesgos previstos en esta clase de operaciones».

- (6) Han de tenerse claros los términos de la decisión del tribunal. No se trata de que la prestación de sobregarantías comporte perjuicio de la masa del concurso en el sentido del artículo 71 de la Ley Concursal, sino de que es

contrario a la buena fe conceder un crédito de una determinada cantidad y retener parte o mucha parte (?) de ella en prenda para garantía de los intereses de ese crédito. Repárese en que, si el banco hubiera tomado una prenda sobre 1 800 000 euros depositados en *otra cuenta* distinta de la cuenta del crédito, no se provocaría el reproche de la sentencia, porque la operación no sería incongruente con la naturaleza de una operación de crédito. Téngase además presente que la «sobregarantía perjudicial para la masa» [*sic*] se produce, en el parecer del Tribunal Supremo, por la razón ya explicada, y no porque el crédito del banco estuviera *en general* sobregarantizado al contar con una prenda de dinero más una prenda o endoso de los pagarés «descontados».

- (7) Sin embargo, no podemos dejar la cuestión en este lugar, porque es muy probable que el concepto de «excesividad» y «sobregarantía» no sea el mismo en el Tribunal Supremo que los empleados por la primera instancia («garantía excesiva») y por la Audiencia Provincial («exceso de garantías»).

3. Qué son las sobregarantías

- (8) Una sobregarantía real puede tener lugar por alguna de estas tres causas:

- 1.^a Porque en seguridad del crédito se afectan una pluralidad de bienes, ya como componentes de una garantía única (*v. gr.*, extensión de la hipoteca a pertenencias del inmueble), ya como objetos de garantías separadas, siempre que la suma del valor de los bienes afectos *supere con mucho exceso* el montante del crédito.
- 2.^a Porque el valor del único bien afecto por la única garantía es desproporcionadamente superior al montante del crédito garantizado.
- 3.^a Porque las partes han creado como cláusula penal una obligación de segundo grado, que se garantiza a su vez con afección real, y la cláusula penal es excesiva si se compara con los daños previsibles.

A los tres casos es común el elemento caracterizador de *exceso de cobertura*. En los apartados que siguen me voy a limitar a considerar la primera hipótesis, por ser la más llamativa. Las conclusiones que se alcancen valdrán igualmente para la segunda. La tercera está mediatizada por la interpretación del artículo 1154 del Código Civil (moderación de las cláusulas penales excesivas) y queda ajena al presente tratamiento.

4. Sobregarantía *ex ante* y *ex post*

- (9) Un crédito puede estar sobregarantizado *ex ante*, pero no puede seguir estándolo cuando se ejecute eventualmente la garantía. Es evidente que el acreedor sólo podrá cobrar por cada una, a lo sumo, hasta el montante del crédito. Si la cifra de responsabilidad de cada garantía fuera inferior al montante del crédito, el acreedor podría proceder contra cada activo afecto hasta obtener el cobro completo del crédito. En consecuencia, ningún acreedor privilegiado se encuentra sobregarantizado *ex post* ni, por ende, puede reprochársele que se enriquece a costa de la masa del concurso. Puede ocurrir que, por la mecánica procesal o contractual, el acreedor acabe *adjudicándose* el bien en pago de la deuda por una cifra (muy) inferior al valor real del activo; pero esta circunstancia puede producirse con y sin sobregarantía y en cualquier caso merecería un tratamiento concursal separado porque a efectos del artículo 71 de la Ley Concursal la ejecución de una garantía real puede haber conducido a un enriquecimiento sin causa del ejecutante. Obsérvese que este peligro no se realiza en las prendas de crédito ni en la garantía sobre cuentas de efectivo.
- (10) ¿Pero qué aporta una sobregarantía *ex ante*? En primer lugar, el acreedor privilegiado minimiza su riesgo de que exista un déficit de crédito no cubierto por la garantía, respecto del cual ingresaría en la clase de acreedores ordinarios (art. 90.3 LCon); y lo minimizará tanto más cuanto más numerosos o más valiosos sean los activos que tenga afectos al pago del crédito. En segundo lugar, el acreedor obtiene la ventaja adicional de poder optar circunstancialmente por una vía u otra de resarcirse
- en el concurso; elegirá, por ejemplo, la ejecución de una prenda de dinero, que carece de costes de ejecución comparables a los de una hipoteca y no está sujeta al procedimiento enojoso del artículo 155.4 de la Ley Concursal. O elegirá la ejecución de una garantía financiera del Real Decreto Ley 5/2005 cuando el artículo 5 *bis*.4 o el artículo 56 de la Ley Concursal impongan una espera a la realización de las garantías reales ordinarias.
- (11) Consideremos ahora lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley Concursal. A pesar de la rúbrica del precepto, no se trata de una norma especial limitada al pago en liquidación de créditos con privilegio especial. El artículo 155.2 es obviamente una norma que presupone un momento anterior a la liquidación. Lo mismo ocurre con los apartados 3 y 4. En rigor, el artículo 155 es la única norma que regula el modo de proceder legítimo de la administración concursal sobre activos afectos a una garantía a lo largo del concurso. Supongamos ahora que el crédito de que se trata estuviese cubierto por una pluralidad de derechos de garantía y que el «valor de la garantía» de cada bien afecto fuera por hipótesis suficiente para cubrir todo el crédito más intereses postconcursoales. Las facultades y opciones de la administración concursal no se verían comprometidas. Si hace uso de la opción de pago del artículo 155.2 y atiende el cumplimiento del crédito, es claro que se cancelarán todas las garantías reales. Lo mismo ocurre si los bienes se enajenan conforme al artículo 149.1.3.º.a o 155.4, ya que el paquete de garantías se extinguirá cuando (y sólo) el crédito esté pagado enteramente.
- (12) Hasta aquí creo que resulta indiscutible que ni la administración concursal ni la masa pasiva del concurso tienen ninguna pretensión legítima de que el crédito del acreedor privilegiado se encuentre *lo menos garantizado posible* «*ex ante*». Tampoco sería legítimo el interés que alguien pudiera tener en que el valor de la garantía real fuera el más pequeño posible para así arrastrar al acreedor privilegiado a la lista de los acreedores comunes.

5. La enajenación del activo con subsistencia del gravamen

- (13) Con todo, puede especularse con un problema cuando el activo (un activo) garantizado se enajena a tercero con subsistencia del gravamen y subrogación personal en la deuda (arts. 149.1.3.º.b y 155.3 LCon). Según las normas aplicables, el crédito quedaría excluido de la masa pasiva y saldría del concurso. Esta garantía subsistente no se extinguiría en virtud del auto de aprobación del remate a que se refiere el artículo 149.3. ¿Pero y el resto de las garantías, que gravan activos que no han salido (acaso) del concurso? ¿Responderán éstas del crédito como una suerte de garantía por deuda ajena? No lo creo. La cuestión debe resolverse en términos más simples. El crédito en cuestión permanece en la masa pasiva y es el adquirente el que responde como tercer poseedor o garante (acaso también «personal») por deuda ajena. No hay ningún perjuicio real de la masa porque, si el acreedor elige precisamente ejecutar la garantía que ha salido del concurso, el pago a cargo de ésta será extintivo de todo el crédito y, si el concurso ha de afrontar el pago con las restantes garantías, dispondrá de acción de reembolso contra el adquirente si la asunción interna de la deuda (o la asunción de cumplimiento) se hubiera acordado a efectos de minorar el montante del precio. Lo que no tiene sentido —por imponer al acreedor un «sacrificio desproporcionado»— es obligar al acreedor (que acaso no ha consentido la venta con subrogación) a satisfacerse con la garantía que acaso menos vale.

6. Sobregarantía y perjuicio concursal

- (14) No hay, en consecuencia, perjuicio de la masa por la circunstancia de que un acreedor del concurso se hallara sobregarantizado. Quiero decir, la sobregarantía como tal no es lesiva para el concurso más de lo que pueda serlo una garantía ordinaria. El perjuicio puede hallarse, empero, en las condiciones en que se hubieran constituido el conjunto de las garantías o, como antes dije, por una adjudicación en pago desequilibrada en términos de valores comparativos. Imaginemos que se trata de garantías

que encadenan severamente al deudor, el cual no se encuentra en disposición de operar sobre ningún activo libre de su patrimonio. La situación no es específica de la sobregarantía. Incluso un derecho de garantía único sobre un activo sensible al concurso (*v. gr.*, una garantía de la totalidad de las cuentas y depósitos de dinero del deudor, con prohibición de disponer) puede sucumbir al artículo 71 de la Ley Concursal. Imaginemos, en cambio, una garantía global tan absoluta como una *floating charge* (ejemplo parecido: art. 22 LHMPSD) en la que se hubiera pactado que el deudor podría, empero, disponer de los activos y subrogarlos por otros en el curso ordinario de su negocio; este pacto eliminaría la parte perversa del negocio y permitiría que el deudor gozara de margen de autonomía negocial. Este problema es ciertamente muy delicado de trato, pero se revela también como una cuestión ajena al fenómeno de las sobregarantías, por lo que omitimos entrar en más detalle.

7. Sobregarantía y el «valor de las garantías»

- (15) Paso a considerar ahora si el procedimiento y bases del sistema de cálculo del valor de la garantía, del artículo 94.5 de la Ley Concursal (última versión por el Real Decreto Ley 1/2015), nos obliga a reconsiderar la conclusión avanzada. Según el precepto, en el informe de la administración concursal «se expresará» el valor de las garantías. Para su determinación se deducirán, de los nueve décimos del valor razonable del bien o derecho afecto, las deudas pendientes que gocen de garantía preferente sobre este bien, «sin que en ningún caso el valor de la garantía pueda ser inferior a cero ni superior al valor del crédito ni al valor de la responsabilidad máxima hipotecaria o pignoratícia que se hubiere pactado». La norma determina luego cuál es el valor razonable en función de cada clase de bienes y se representa que la garantía en favor de un mismo acreedor recaiga sobre varios bienes, en cuyo caso «se sumará la resultante de aplicar sobre cada uno de los bienes la regla prevista en el primer párrafo de este apartado, sin que el valor conjunto de las garantías pueda tampoco exceder del valor del crédito del acreedor correspondiente».

- (16) Es muy probable que la expresión entrecomillada final no se refiera a la concurrencia de garantías independientes sobre activos diversos, sino a las garantías individuales que recaen sobre diversos bienes, cuando la ley no imponga una división del crédito y, consecuentemente, una escisión de la garantía real. Con todo, como la diferencia no me parece relevante aquí, trabajaré con la hipótesis de que este precepto comprende también la concurrencia de garantías independientes sobre activos diferenciados.
- (17) Según la norma considerada, se «sumarán» los valores de cada una de las garantías, pero el «valor conjunto» de éstas no puede exceder el valor del crédito. Si, por ejemplo, el importe del crédito garantizado es 100, el valor razonable (deducido 1/10) del bien afecto A es 110 y el del bien afecto B es (deducido 1/10) 70, el «valor conjunto de las garantías» no podrá exceder de 100, según el texto de la norma. Pero esta expresión es errónea. Es evidente que el valor conjunto de las garantías es 180, porque tal valor es un hecho que no puede ser negado por ninguna ficción normativa; cosa distinta es que el crédito sólo figurará en la lista como privilegiado por 100. La cosa es, por demás, evidente. Ningún crédito puede ser reconocido como privilegiado por una cantidad superior al importe de dicho crédito.
- (18) Observemos entonces que la norma no establece propiamente ninguna regla sobre las garantías, sobre su valor o sobre su suerte en el concurso. La norma sólo está interesada en el rango del privilegio de que goza el crédito, porque el rango va a determinar el poder del voto dentro de la clase correspondiente de acreedores privilegiados y la eventual inmunidad frente a los acuerdos tomados por la masa de los acreedores ordinarios. El valor de la garantía también servirá para fijar el montante del pago en la hipótesis liquidatoria del artículo 149.1.3.º.a. Dice este precepto que «si el precio a percibir no alcanzase el valor de la garantía, calculado conforme a lo dispuesto en el artículo 94, será necesario [...]». Vuelve a incurrirse en un *quid pro quo*, y lo que se quiere significar es una hipótesis en la que el pago liquidatorio de una unidad productiva no sirve para cubrir el valor del crédito que sigue siendo crédito privilegiado a tenor del artículo 94.5. No es el valor de la garantía lo que ha de alcanzarse o no, sino el valor del crédito como crédito privilegiado en función de cuál era el valor de la garantía.
- (19) En consecuencia, el procedimiento y reglas de cálculo del valor de la garantía tienen en el presente efectos limitados. A saber, si el crédito está reconocido en su integridad como privilegiado, ya no puede reconocerse como *más privilegiado* por el hecho de que haya garantías suplementarias. Pero hasta alcanzar el tope del 100 %, todas las garantías se suman. A partir del tope, el valor excedentario de las garantías es, lógicamente, irrelevante para el cálculo del privilegio. Repárese entonces que las sobregarantías sí son eficaces para determinar el valor del privilegio, al menos cuando ningún derecho de garantía baste por sí sólo para cubrir con privilegio la totalidad del crédito.
- (20) Como se prevé en el apartado 5 del artículo 94, pueden haber cambiado sustancialmente las cosas entre el informe de la administración concursal y el *momento relevante* en el que hay que votar o proceder al reparto liquidatorio. Si la administración concursal o el juez del concurso entendieran que procede —a costa de la masa— una nueva tasación y se diera el caso de que el valor tope de la garantía hubiera descendido por debajo del valor tope del crédito, en este caso *habría que volver a sumar el valor de todas las garantías disponibles* para, en su caso, reconstituir el privilegio al 100 % del crédito. Y el acreedor estaría legitimado para solicitar este recálculo, aprovechando el fondo de reserva de los activos cuyos valores no habían sido tomados en cuenta (porque el «vaso del privilegio» ya estaba colmado entonces al 100 %) en la primera evaluación.
- (21) La existencia de sobregarantías es también irrelevante fuera de las contingencias para las que resulta operativo el procedimiento del valor de la garantía. Si el titular del derecho ejecuta la garantía de forma separada en los términos de los artículos 56 y 57 de la Ley Concursal y se produjera un déficit de ejecución, no puede cuestionarse que podrá

satisfacerse sobre otros derechos de garantía real de que disponga hasta que finalmente se produzca, si es el caso, la plena satisfacción (*cf.* por analogía art. 161.1).

- (22) Distinta, por la naturaleza del supuesto, es la hipótesis ya reseñada del artículo 149.1.3.º.a. El precio obtenido por la venta liquidatoria de una unidad productiva debe destinarse al pago prioritario de los acreedores privilegiados hasta la cifra del privilegio. La cuestión es si un acreedor con privilegio especial sobre un activo incluido en la unidad productiva debe o no conformarse con que la administración concursal destine a su pago una cantidad menor que el valor del privilegio, con el argumento de que, al ser aquél titular de otras garantías fuera de la unidad productiva, bien puede enjugar el déficit con éstas y dejar un remanente de ejecución de la venta de la unidad productiva para el pago del resto de los acreedores con privilegios de segundo rango. La pregunta no es banal. Ya se formuló y se trató *in extenso* en el Derecho común a propósito del acreedor que gozaba a la vez de una hipoteca general prioritaria (en la que concurre con varios) y una hipoteca especial y ha sido objeto de amplia literatura en la *equity* anglosajona a propósito de la institución conocida como *marshalling*. En ambas tradiciones se sostiene que nuestro acreedor *tiene que buscarse* en su «hipoteca especial» la cobertura del déficit generado en el procedimiento del artículo 149.1.3.º.a. En mi opinión, esta propuesta

no es de recibo, entre otras cosas porque cursa contra los intereses de los acreedores ordinarios y favorece a los privilegiados de segundo rango sobre activos integrados en la unidad productiva. Mas sea de ello lo que fuere, lo cierto es que esta interpretación reductora del precepto no sería específica de las sobregarantías y podría plantearse en un contexto de diversas garantías cuyos «valores» sumados no excedieran (acaso ni llegasen) del total del crédito.

8. Conclusión

- (23) En consecuencia, las sobregarantías no generan singularidad concursal, ni en sede del artículo 94.5 ni a efectos de la rescisoria del artículo 71 de la Ley Concursal. Otra cosa es cómo esté delimitado en los contratos el nivel de autonomía dispositiva del deudor respecto de los activos que, cuando menos en fase de convenio, se encuentran afectos a la continuidad de la empresa. Queda también abierta la posibilidad (predicable de todas las garantías) de una impugnación concursal contra una adjudicación que haya enriquecido de hecho al acreedor por encima del valor de su crédito impagado. Otra cosa, igualmente, es si el acreedor puede retener como prenda una parte sustancial de los activos que ha de entregar al deudor como crédito disponible. A esto último es a lo que el Tribunal Supremo ha dado una respuesta negativa. Queda por saber si se trata de una imposibilidad absoluta o limitada a un tope del valor de los activos acreditados.