

Bancario y Financiero

El banco acreedor que prefiere reclamar el pago del fiador a ejecutar la prenda de acciones constituida por el deudor

Un viejo problema de la «excepción de perjuicio en la subrogación», de actualidad rediviva por una incorrecta sentencia francesa de casación.

ÁNGEL CARRASCO PERERA

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

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Dos abogados franceses han publicado en *International Law Office* (31 de enero del 2023) una nota en que comentan una sentencia de la Corte de Casación francesa de 30 de noviembre del 2023 cuya importancia para inversores y financiadores justamente destacan (VARAX y DEROLLEZ, «Secured lenders should not delay enforcement of their security package, says French Court of Cassation»). Como en el artículo 1852 del Código Civil español, el artículo 2314 del Code Civil francés prevé que el garante personal queda liberado de su obligación si no puede subrogarse en los derechos y garantías del acreedor por culpa de éste. En el caso en disputa, un banco proporciona un préstamo a la compañía A para la adquisición de acciones de la

compañía B. La deuda de A está garantizada por una prenda de primer rango sobre las acciones adquiridas. Un particular (probablemente el propietario y administrador de A, dicen los anotadores) presta una garantía personal en favor del banco. Ante el incumplimiento de A, el banco recurre al cobro de la fianza sin ejecutar previamente la prenda. El fiador arguye que, habiendo dejado de ejecutar la prenda sobre las acciones, el acreedor ha impedido la subrogación del garante porque, al tiempo del incumplimiento de A y cuando el acreedor podía haberse satisfecho con la prenda, el valor de las acciones excedía del montante de la deuda; B deviene insolvente y liquidada. La Corte de casación estima la pretensión del fiador. La decisión judicial es parca en la descripción de los hechos y en la motivación,

lo que nos confirma su consulta directa. Según los anotadores, mientras llega el tiempo en que esta resolución sea aclarada por ulteriores decisiones, la sentencia debe servir de recordatorio a los financiadores de que deben perseguir diligentemente el cobro de sus derechos sobre las garantías reales cuando disponen del complemento de una garantía personal.

No analizaré la sentencia de casación ni el Derecho francés. Consideraré sólo si hay posibilidad de trasladar la solución francesa a la experiencia jurídica española.

- **Comentario**

§ 1. Es una regla ya consagrada desde el Derecho romano (Digesto 46, 1, 51, 3) que, *ceteris paribus* y si no proceden otros condicionantes relacionales entre los afectados, el acreedor posee la opción discrecional de ejercitar en primer lugar (o único lugar) la garantía real o la personal de las que goza para seguridad del mismo crédito, según su conveniencia o su comodidad. Es jurisprudencia constante del Tribunal Supremo (p. ej., SSTS de 23 de marzo del 2000 y de 21 de julio del 2003). Ni el garante personal puede pretender que el acreedor haga valer previamente la prenda ni puede alegar perjuicio en la subrogación cuando el acreedor ha ejecutado la prenda en primer lugar y, por ende, ya no puede «subrogar» en ella al fiador. Todo ello, salvo que el garante personal disponga de *beneficio de excusión* respecto del deudor; en este caso, el acreedor está sujeto a satisfacerse primero con la prenda prestada por el deudor, aunque no con la prenda prestada por un tercero. Bien pudiera ocurrir que en la sentencia francesa el fiador se hubiera defendido recurriendo al beneficio de excusión, aunque nada de ello se dice en la sentencia, y es muy improbable que la fianza no se hubiera convenido como solidaria o como subsidiaria sin beneficio de excusión.

§ 2. Dicho esto, y todavía operando *ceteris paribus*, es consecuencia de lo anterior que el riesgo de degradación o de pérdida de la consistencia de cada una de las garantías no es un riesgo del acreedor, sino del obligado personal o real a la prestación de la garantía en cuestión. Así, si el fiador deviene insolvente en el tiempo intermedio, el acreedor, que puede ampararse en otra garantía, no sufre el riesgo de aquella insolvencia ni frente a otros acreedores ni frente al deudor o tercero que ha constituido la prenda por deuda ajena. Y, si es la prenda la que se degrada en su consistencia patrimonial, es riesgo del fiador, que tendrá que subrogarse en esta garantía real devaluada cuando pague al acreedor. Porque el acreedor se buscó un garante personal *precisamente* para neutralizar este riesgo, de la misma forma que se hizo constituir una prenda *precisamente* para neutralizar el riesgo de insolvencia del fiador.

§ 3. Lo anterior es todavía más claro —y aquí sí con independencia de consideraciones contextuales— cuando el riesgo de degradación de una de las garantías se realiza a partir del tiempo en que el acreedor ha hecho valer extrajudicial o judicialmente la otra garantía. Puede ser el caso de la sentencia francesa, aunque no sabemos afirmarlo por la escasez de hechos declarados. En efecto, el acreedor reclama acaso el pago del fiador y éste no atiende la reclamación por cualquier consideración que prolonga el debate durante un tiempo largo en el que se realiza el riesgo de devaluación de la prenda. El fiador no puede hacer valer en ningún caso esta devaluación como un perjuicio en la subrogación. Imaginemos, por ejemplo, que el fiador contesta la reclamación sosteniendo (lo que es incorrecto, por lo dicho) que en general el acreedor tiene que intentar satisfacerse primero con la prenda; el pleito se prolonga y finalmente el valor de la prenda resulta degradado por razones que no son hecho propio del

acreedor. Este riesgo intermedio ya no puede ser tenido en cuenta para exonerar al fiador por perjuicio en la subrogación. La reclamación (la interpelación) *hace cristalizar el riesgo para el fiador, con independencia del curso futuro.*

§ 4. Hasta aquí hemos tratado el problema *ceteris paribus* sin atender a elementos del contexto relacional que condujeran a reforzar o a debilitar la tesis de partida. Vamos ahora a considerar el contexto posible.

§ 5. La primera consideración relevante es que el acreedor no debe ser obligado a servirse de la garantía cuya ejecución sea más costosa. Suponiendo que el coste de ejecución de una u otra no es el mismo, evidentemente puede el acreedor elegir la opción más ventajosa. Es notorio que, siempre que los obligados no se enroquen en una conducta estratégica dilatoria, la ejecución de una garantía real es más incierta y costosa que la ejecución de una fianza. La primera encuentra *costes añadidos de fricción con el medio*: valoración de los títulos pignorados, instauración de un procedimiento judicial o notarial, realización de subastas, derechos de adquisición preferente. Además, para el acreedor que se ha de enfrentar, en el peor de sus casos, al riesgo del tiempo dilatado, es mucho más incierto el valor final de unos activos que se determinan por factores subyacentes (precio de las acciones) que el valor de una deuda de dinero nominal.

§ 6. En el caso francés, el prestatario deudor era además un *insider* en el valor de la garantía. La prenda recaía sobre las acciones de B compradas por A, no sabemos si todo o parte del capital social de B. Es muy probable que, si A no puede pagar, los activos que titula tampoco sean suficientes para hacerse cargo de la deuda. Es también una consideración intuitiva de justicia que, si todo el capital

social de B está en poder del deudor A, el riesgo de fracaso (insolencia) del valor de B lo ha de interiorizar con más razón A que el acreedor de A que goza también de una fianza personal prestada por el socio o administrador de A.

§ 7. Supongamos para esta hipótesis que el fracaso del valor de la prenda (acciones de B en poder de A) no ha sido afectado o influido por el *círculo de A* (en el que incluimos al fiador), pero que tampoco es el resultado de un «hecho propio» del acreedor. El riesgo se ha generado por razones independientes de los sujetos implicados. Imaginemos ahora que el acreedor hubiera ejecutado la prenda de acciones, respecto de la cual este acreedor es un *outsider*. Se atribuye la titularidad de las acciones de la sociedad B, que a continuación deviene insolvente. Éste es un riesgo que siempre padece quien sea titular de las acciones o quien, como el fiador en subrogación, tiene que satisfacer finalmente su interés en la titularidad de estas acciones. ¿Por qué se ha de imponer al acreedor que tome una opción de ejecución que supone para él cargar con este riesgo, incluso suponiendo que es un riesgo del que el círculo de A es totalmente ajeno? En el tiempo $T + 1$, el acreedor es el titular de las acciones devaluadas o lo es el fiador subrogado. ¿A quién se le puede ocurrir sostener que el riesgo ha de ser del acreedor?

§ 8. Finalmente, y esta observación vale tanto para el derecho francés como para el nuestro, tiene que existir un «hecho propio» del acreedor que causa el perjuicio en la subrogación. El hecho propio no puede adelantarse ya a la misma opción por la ejecución de una u otra garantía; debe ser un «hecho» referido al perjuicio en la subrogación. Este perjuicio no puede ser la opción inicial de ejecución, sino el derrumbe del valor de las acciones de B. Ahora bien, esta

contingencia no puede ser un hecho del acreedor. O por lo menos no parece que lo sea en este caso.

§ 9. La sentencia francesa sólo sería admisible si existieran contingencias singulares en el contexto de la relación a partir de las cuales fundar un reproche de abuso de derecho de parte del acreedor garantizado. Estas

contingencias pueden existir, pero deben manifestarse. Tendría que tratarse de una contingencia relacional de la que resultara que el fiador contaba con una expectativa legítima de ejecución prioritaria de la prenda o con una expectativa legítima de que el acreedor procedería de determinada manera sobre el activo garantizado para evitar que se derrumbara su valor.