

GARANTÍAS FINANCIERAS SOBRE CUENTAS CORRIENTES Y TRATAMIENTO EN LOS SUPUESTOS DE INSOLVENCIA DEL DEUDOR (SENTENCIA DEL STJUE DE 10 DE NOVIEMBRE DE 2016)

Garantías financieras sobre cuentas corrientes y tratamiento en los supuestos de insolvencia del deudor (Sentencia del STJUE de 10 de noviembre de 2016)

En su sentencia de fecha 10 de noviembre de 2016, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronuncia por primera vez sobre las garantías financieras sobre cuentas corrientes y su tratamiento frente a la declaración de insolvencia del garante, a la luz de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de junio de 2002 sobre acuerdos de garantía financiera, resolviendo ciertas de las dudas (mientras suscita algunas otras) planteadas por dicha norma y su transposición en el derecho nacional de los estados miembros. El tribunal europeo se manifiesta principalmente sobre, por un lado, el concepto de la desposesión que debe sufrir el garante para que la garantía se considere efectivamente aportada al ámbito de control del beneficiario y, por otro lado, el momento en el que el objeto de la garantía debe ser aportado para escapar a los efectos de la declaración de concurso del garante.

PALABRAS CLAVE

Directiva 2002/47/CE, Garantías financieras, Prenda sobre depósitos, Insolvencia

Financial collaterals on current accounts and treatment in the event of insolvency of the debtor (Judgment of the CJEU of 10 November 2016)

In its judgment of 10 November 2016, the Court of Justice of the European Union addresses out for the first time financial collaterals on current accounts and their treatment in the event of insolvency of the debtor, in light of the Directive 2002/47/EC of the European Parliament and of the Council of 6 June 2002 on financial collateral arrangements, resolving some of the doubts (while raising certain others) pointed out by such regulation and its transposition in the national laws of each member state. The European court speaks out mainly in connection with, on the one hand, the concept of dispossession that the guarantor must suffer in order for the collateral to be considered effectively contributed to the scope of control of the beneficiary and, on the other hand, the moment when the object of the collateral shall be provided in order to escape the effects of the declaration of insolvency of the guarantor.

KEY WORDS

Directive 2002/47/EC, Financial collaterals, Pledge over deposits, Insolvency.

Fecha de recepción: 30-1-2017

Fecha de aceptación: 15-2-2017

LA SENTENCIA

El supuesto de hecho

El supuesto de hecho objeto de la sentencia comentada es el siguiente: (i) una sociedad suscribió con una entidad bancaria un contrato tipo de cuenta corriente que contenía una cláusula de garantía financiera en virtud de la cual los fondos depositados en la cuenta corriente eran pignoralizados para garantizar las obligaciones que el depositante tuviese frente al banco; (ii) posteriormente, la sociedad titular de la cuenta corriente fue declarada insolvente; y (iii) varios meses después de la declaración del concurso, el banco retiró un importe de la cuenta corriente (equivalente aproximadamente a 274 euros) para satisfacer la comisión de mantenimiento de la cuenta originada antes del inicio del procedimiento concursal.

El administrador concursal del depositante interpuso entonces una demanda contra el banco reclamando el reembolso de las cantidades retenidas alegando el principio de igualdad de trato a los acreedores, la cual fue desestimada por los tribunales letones en primera y segunda instancia.

A la luz de lo anterior, el Tribunal Supremo de Letonia plantea cinco cuestiones prejudiciales al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (el «TJUE»), de las cuales fueron admitidas únicamente las siguientes preguntas:

1. Si el artículo 4 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 47/2002») debe aplicarse únicamente a las cuentas que se utilizan para las liquidaciones en los sistemas de liquidación de valores o si es aplicable a cualquier cuenta abierta en un banco (incluyendo las cuentas corrientes).
2. Si los artículos 3 y 8 de la Directiva 47/2002, atendiendo a sus considerandos 3 y 5, deben interpretarse en el sentido de que la finalidad de la Directiva 47/2002 es garantizar un tratamiento prioritario especialmente favorable (el denominado comúnmente por la doctrina como «superprivilegio») para las entidades de crédito en los casos de insolvencia de sus clientes y, en particular, frente a otros acreedores de dichos clientes.

Conclusiones alcanzadas por el TJUE

Empezando por el final y priorizando lo que más interesa al lector, las conclusiones alcanzadas por el TJUE en su análisis de las cuestiones prejudiciales planteadas por el Tribunal Supremo letón son las siguientes: (i) los fondos depositados en una cuenta bancaria se consideran garantías financieras incluidas en el ámbito de la Directiva 47/2002 con independencia de que no se utilicen para sistemas de pagos y liquidación de valores; (ii) el requisito de que la garantía «*obre en poder o esté bajo el control*» del beneficiario, necesario para que la garantía financiera se considere efectivamente aportada, solo se verá cumplido si se le priva al garante de la facultad de disponer libremente de los fondos; y (iii) los fondos depositados en la cuenta después de la declaración de concurso no se beneficiarán del régimen de la Directiva 47/2002.

CONCEPTO DE GARANTÍAS FINANCIERAS: FONDOS DEPOSITADOS EN UNA CUENTA CORRIENTE

El primer punto que aborda el TJUE es el menos controvertido de todos: se trata de determinar si la garantía objeto del litigio está comprendida dentro del ámbito de la Directiva 47/2002.

En primer lugar, el TJUE concluye que la obligación garantizada en el supuesto objeto de la controversia, consistente en todos los derechos de crédito que el banco tenga frente al titular de la cuenta, es a todos los efectos una «*obligación financiera principal*» tal y como se encuentra definido en el artículo 2, apartado 1, letra f) de la Directiva 47/2002. En efecto, la Directiva 47/2002 entiende que son obligaciones financieras principales las obligaciones que dan derecho a un pago en efectivo, por lo que, a falta de limitación expresa alguna en el texto normativo, se debe entender que dicho concepto incluye cualquier tipo de deuda pecuniaria que pueda tener el titular de una cuenta corriente, como puede ser el pago de una comisión de mantenimiento.

En segundo lugar, no cabe duda de que la garantía aportada en este caso, i. e., los fondos de dinero depositados en una cuenta bancaria, se consideran «efectivo» a los efectos de la Directiva 47/2002, ya que la propia norma, en su artículo 2, apartado 1, letra d), define el concepto de «efectivo» como «*dinero abonado en cuenta en cualquier divisa, o derecho similar a la devolución de dinero, como las cuentas de depósito del mercado de dinero*». Por tanto, dicha

garantía es una garantía financiera tal y como se define en el artículo 1, apartado 4, letra a) de la Directiva 47/2002 (que establece que «*La garantía financiera que se aporte deberá consistir en efectivo, instrumentos financieros o derechos de crédito*»).

Finalmente, concluye el TJUE que de ninguna disposición de la Directiva 47/2002 se puede desprender que el ámbito de aplicación *rationae materiae* de dicha norma se limite a los fondos que se utilizan para los sistemas de pagos y liquidación de valores.

«PRESTACIÓN» DE LA GARANTÍA: CONTROL DEL BENEFICIARIO Y DESPOSESIÓN DEL GARANTE

Pronunciamientos del TJUE

El TJUE aborda en segundo lugar el concepto de «prestar» una garantía financiera (el artículo 1, apartado 5 de la Directiva 47/2002 establece que «*La presente Directiva se aplicará a las garantías financieras una vez que éstas se hayan prestado y exista constancia de ello por escrito*»). El artículo 2, apartado 2 de la Directiva 47/2002 establece que una garantía financiera se considerará prestada cuando ésta sea «*entregada, transferida, mantenida, registrada o designada de otro modo con objeto de que obre en poder o esté bajo el control del beneficiario*».

El TJUE señala que la Directiva 47/2002 no especifica en qué supuestos se consideraría que la garantía obra en poder o está bajo el control del acreedor, al mismo tiempo que afirma que el requisito del desplazamiento de la garantía al ámbito de control del beneficiario se justifica en la necesidad de que este pueda efectivamente disponer de la garantía en caso de que acaezca un supuesto de ejecución (además, en ausencia de control del beneficiario sobre la garantía, sus derechos de sustitución o de retirada del excedente podrían verse mermaados). En ausencia de dicho requisito, se desvirtuaría uno de los propósitos fundamentales de la Directiva 47/2002, que es el de promover procedimientos de ejecución rápidos y flexibles.

A continuación, el TJUE afirma que no se puede considerar que el beneficiario tenga en su poder o bajo su control los fondos depositados en una cuenta bancaria si al mismo tiempo el garante tiene la libre disposición de dichos fondos. Por lo tanto, concluye el tribunal que únicamente si se impide al garante disponer de alguna forma de los fondos depositados se podrá considerar cumplido el requisito de control del beneficiario sobre la garantía.

Observamos, por tanto, que el requisito del control del beneficiario sobre el objeto de la garantía tiene un componente principalmente negativo: más que otorgar algún tipo de posesión al beneficiario de la garantía, lo importante es desposeer al garante de los fondos aportados en garantía y que se le impida disponer de dichos fondos de manera totalmente libre. El TJUE dice literalmente que el beneficiario únicamente podrá beneficiarse del régimen de ejecución de la Directiva 47/2002 si «*el titular de la cuenta tenía prohibido disponer de tales fondos después de su ingreso en esta misma cuenta*».

En el supuesto de hecho objeto del litigio, el acuerdo de garantía financiera suscrito entre las partes no contenía ninguna cláusula que prohibiera al garante disponer de los fondos, por lo que el TJUE concluye que dicha garantía no puede considerarse incluida en el ámbito de la Directiva 47/2002 y que, por tanto, el acreedor no podrá beneficiarse del régimen establecido en dicha norma (incluyendo el derecho a ejecutar la garantía con independencia de que se haya incoado un procedimiento concursal).

Jurisprudencia relacionada y práctica actual

En la jurisprudencia de los estados miembros que se ha pronunciado sobre la aportación efectiva del objeto de las garantías financieras a la esfera de control del beneficiario cabe destacar, entre otros, los siguientes casos: (i) en el Caso Gray en 2010 (Gray & Ors v G-T-P Group Ltd Re F2G Realisations Limited (in Liquidation), High Court of Justice Chancery Division, 7 May 2010, [2010] EWHC 1772 (Ch)), el Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales concluye que no se cumple con el requisito del control porque en el supuesto objeto de la controversia el garante podía retirar libremente los fondos depositados en la cuenta bancaria mientras no incumpliese sus obligaciones para con el banco depositario (que era al mismo tiempo beneficiario de la garantía constituida por los fondos depositados), ya que en este supuesto, hasta que no se produzca un incumplimiento, no se le impide de ninguna forma al deudor disponer libremente del dinero; (ii) en el caso Lehman en 2012 (Re Lehman Brothers International (Europe) (in administration) [2012] EWHC 2997 (Ch)), el Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales afirma que el banco depositario y beneficiario de la garantía financiera sí tiene control suficiente sobre los fondos dados en garantía, ya que tiene la facultad de retener el dinero depositado en la cuenta bancaria si considera que no hay

activos suficientes como para cubrir las deudas que el garante pudiera tener frente al banco; y (iii) en el caso Spanair en 2014 (SAP Barcelona, Sección 15.ª, núm. 116/2014 de 3 de abril de 2014, Rec. 491/2013), la Audiencia Provincial de Barcelona establece que «*para garantizar la efectividad del derecho real de prenda habrá que fijar un mínimo indisponible o incluir en el contrato mecanismos de indisponibilidad*» y, a estos efectos, considera suficiente para cumplir con el requisito de control un acuerdo entre las partes que establece que el garante tendrá libre disponibilidad de los fondos siempre que no incurra en un supuesto de incumplimiento bajo el contrato de crédito correspondiente, en cuyo caso no podrá disponer del dinero depositado sin el previo consentimiento escrito del banco (lo cual está en contradicción con la conclusión alcanzada por el juez en el Caso Gray, mucho más estricto en su apreciación del requisito de control).

Por su parte, el TJUE, en su sentencia de 10 de noviembre de 2016, parece hacer suya la interpretación negativa del requisito de control adoptada por el Tribunal Supremo de Inglaterra y Gales en el Caso Gray, cuando establece que únicamente se satisface la condición del control del beneficiario sobre los fondos depositados en garantía cuando se impide al garante disponer libremente de los fondos, no siendo suficiente a estos efectos que las restricciones a la libre disposición solo se activen cuando ocurre un supuesto de incumplimiento.

En la práctica, parece claro que el requisito de control se cumple, por ejemplo, en los contratos de depósito a plazo fijo o en los contratos de cuenta corriente en los que se haya pactado que la cuenta (en su totalidad o en un importe suficiente) es indisponible. En cambio, es más dudoso por ejemplo que se cumpla con el criterio de indisponibilidad en los supuestos de cuentas bancarias destinadas a usos prefijados en un caso de *project finance*, en los que los fondos deban usarse según lo establecido en el correspondiente contrato de financiación.

Parecería que, en los casos de financiación de proyecto, aquellas cuentas que no pueda emplear el deudor para un uso distinto que el prefijado en el contrato (como el *debt service reserve account*, por ejemplo), en la medida en que cuentan con un estricto mecanismo de indisponibilidad, satisfacen el requisito de desposesión del deudor. Parece también evidente que, a la luz de la doctrina del TJUE, no cumplen con el requisito de control aquellas cuentas que admitan la libre disponibilidad del deudor sobre los fondos depositados hasta que se dé un

supuesto de incumplimiento y, desde luego no cabe duda de que los supuestos en los que el deudor tiene libre disponibilidad de los fondos en todo caso no satisfacen la condición de desposesión.

Más controvertido es el análisis de las cuentas de proyecto que deben destinarse al pago de unos gastos de acuerdo con un listado establecido por orden de prioridad (los conocidos como *waterfall payments*): en estos casos, el deudor puede disponer de forma totalmente libre de los fondos siempre que respete el orden de pago y, al mismo tiempo, el deudor no tiene la libre disposición de los fondos, ya que no puede retirar los importes que él decida para usarlos a su libre elección.

MOMENTO DE LA APORTACIÓN DE LA GARANTÍA FINANCIERA CON RESPECTO A LA FECHA DE LA DECLARACIÓN DEL CONCURSO

Finalmente, El TJUE aborda la cuestión del momento en el que los fondos deben depositarse en la cuenta bancaria para que puedan beneficiarse del régimen de ejecución separada del procedimiento concursal establecido por la Directiva 47/2002.

El TJUE afirma que la norma es clara a estos efectos: el artículo 8 de la Directiva 47/2002 establece que (i) la declaración de insolvencia del deudor no afectará a las garantías financieras aportadas *antes* del inicio del concurso; y (ii) cuando una garantía haya sido prestada después de que se haya incoado el procedimiento concursal, únicamente podrá beneficiarse del régimen de ejecución independiente cuando la garantía haya sido aportada el mismo día de la apertura del concurso y siempre que el beneficiario demuestre que no tenía conocimiento de la declaración de insolvencia o que razonablemente no podía haberlo sabido.

Concluye el TJUE que estos requisitos no se cumplen en el supuesto objeto de la controversia: los fondos retirados para cubrir la comisión de mantenimiento fueron depositados en la cuenta después de la apertura del concurso del deudor y el banco no demostró su desconocimiento de la situación de insolvencia, por lo que no cabe duda de que estos fondos no pueden beneficiarse del régimen establecido en la Directiva 47/2002.

«SUPERPRIVILEGIO» DE LOS BENEFICIARIOS DE LAS GARANTÍAS FINANCIERAS Y PRINCIPIO DE IGUALDAD DE TRATO

La sentencia comentada incluye también una reflexión del TJUE sobre el principio de igualdad de trato establecido en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (el cual dispone que no se deben tratar de forma distinta situaciones similares y de manera idéntica supuestos diferentes), para analizar si está justificado el «superprivilegio» que se otorga a los acreedores de las garantías financieras en la Directiva 47/2002 en los casos de insolvencia del deudor, consistente principalmente en el derecho a ejecutar las garantías independientemente de que se haya incoado o no el concurso del garante (siempre que se cumplan los requisitos establecidos).

El TJUE concluye que esta diferencia de trato de los beneficiarios de las garantías financieras incluidas en el ámbito de la Directiva 47/2002 frente a los beneficiarios de otras garantías no amparadas por dicha norma se basa en el legítimo objetivo de la Directiva 47/2002, consistente en «*mejorar la seguridad jurídica y fomentar la eficacia de las garantías financieras a fin de garantizar la estabilidad del sistema financiero*». Además el TJUE considera que en el supuesto objeto del litigio los hechos no llevan a considerar que la referida diferencia de trato haya sido desproporcionada para la finalidad perseguida, ya que (i) la extensión del régimen de la Directiva 47/2002 a los fondos depositados después de la apertura del concurso es excepcional y de interpretación restrictiva; y (ii) dicho régimen solo se aplica a una parte de los activos del garante «*con respecto a la cual éste ya ha aceptado una cierta forma de desposesión*».

Por lo tanto, el TJUE de alguna forma consagra el propósito de la Directiva 47/2002, el cual, según el propio texto normativo, es el de salvaguardar la estabilidad financiera y limitar el efecto sistémico de los incumplimientos por parte de los deudores de obligaciones financieras. Todo ello, en una sentencia en la que precisamente desactiva los privilegios otorgados por la norma mencionada a los beneficiarios de las garantías financieras.

LEONOR DE OSMA*

* Abogada del Área de Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).