

▼ DE RE CHO DE ▼ DE RE CHO DE ▼
▲ LOS MER CA DOS ▲ LOS MER CA DOS ▲
▼ FI NAN CIE ROS ▼ FI NAN CIE ROS ▼

Función de la garantía real

Abel B. Veiga Copo

Profesor Ordinario de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

REUS
EDITORIAL

**COLECCIÓN DE DERECHO DE LOS MERCADOS
FINANCIEROS
TÍTULOS PUBLICADOS**

Función de la garantía real, *Abel B. Veiga Copo* (2021).

COLECCIÓN DE DERECHO DE LOS MERCADOS FINANCIEROS

Director:

ABEL B. VEIGA COPO

Profesor Ordinario de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas de Madrid

FUNCIÓN DE LA GARANTÍA REAL

Abel B. Veiga Copo

*Profesor Ordinario de Derecho Mercantil
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

REUS
EDITORIAL

Madrid, 2021

© Editorial Reus, S. A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Teléfonos: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
reus@editorialreus.es
www.editorialreus.es

1ª edición REUS, S.A. (2021)
ISBN: 978-84-290-2545-3
Depósito Legal: M 25849-2021
Diseño de portada: Lapor
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales Cometa, S. A.
Ctra. Castellón, km 3,400 – 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus ni sus directores de colección responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan sus propios autores. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley. Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

1. BUSCANDO UN FUNDAMENTO ENTRE LO CONVENCIONAL Y LO NUEVO

La función y el fundamento de toda garantía real, sea mobiliaria o no, no es otra que la de asegurar e inmunizar frente a toda pretensión patrimonial, incluso personal, el derecho del acreedor¹. Y hacerlo en todo escenario, en y ante cualquier situación, concurra quién concurra².

¹ Sugerente el interrogante enunciativo de BIGUS/LANGER/SCHIERECK, «Warum gibt es Kreditsicherheiten?», *Kredit und Kapital*, 2005, vol. 38, Heft 4, pp. 573 y ss.

² Una buena muestra lo constituye el presupuesto de la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de octubre de 2016, que analizaba una *ejecución* instada por la TGSS. Existía una prenda de derechos constituida antes que el embargo de la TGSS. Para no vaciar la garantía real, debemos admitir que el acreedor pignoraticio pueda hacer valer la preferencia de cobro que le concede su garantía real frente a la TGSS mediante la tercería de mejor derecho, aunque el crédito garantizado no sea líquido y vencido en el momento de ejercitarse la tercería. El problema estribaba en que el embargo se trabó sin que quedara constancia de que los derechos estaban previamente pignorados, la realización de los derechos embargados puede vaciar la garantía real, que no podrá oponerse frente al adquirente en la *ejecución*. Así, el embargo, en principio, concede al acree-

Tanto frente al riesgo de incumplimiento como frente al de insolvencia. La clave y la fuerza de la garantía no es hacerlo frente al deudor, sino frente al resto de acreedores, potenciales tenedores de un conflicto de interés con el acreedor prendario o hipotecario³.

Pero son las garantías convencionales sobre todo prenda e hipoteca, arquetipos clásicos de la garantía real, ¿vehículos idóneos para seguir cumpliendo hoy tamaña función? O, acaso a través del derecho contractual y ciertos pactos o modelos de negociación sobre todo foráneos y no domésticos, así como cláusulas estándar típicas en ciertas financiaciones a corto y medio, sin desdeñar los fines de la propiedad-garantía, ¿existe o se da un cierto desplazamiento de aquéllas a favor de estas nuevas figuras?⁴, ¿responden acaso todas a una idéntica

dor ejecutante una preferencia para hacer efectivo el cobro de su crédito con lo obtenido de la realización de los bienes o derechos embargados.

La cuestión controvertida pasa por dirimir en qué medida puede hacerse valer esta preferencia por parte del acreedor pignoraticio, cuando todavía no ha vencido la póliza garantizada, frente a otro acreedor que pretende ejecutar el bien o, en este caso, los derechos sobre los que se ha constituido la *prenda*.

³ Como bien señala PICOD, *Droit des sûretés*, 3ª ed., París, 2016, p. 1: «Lorsque les créances sont à exécution immédiate, elles disparaissent aussitôt qu'elles sont nées. Mais quand l'exécution est différée, le créancier court un risque d'inexécution et cherchera bien souvent des garanties de paiement. En ce sens, le droit des sûretés est intimement lié au crédit auquel il ajoute la sécurité: il n'y a pas de crédit sans sûreté et d'économie moderne sans crédit».

⁴ Este es un viejo y recurrente debate en la literatura anglosajona frente a lo que a primera vista pudiera parecer. Vid. COOGAN/ KRIPTE, /WEISS, «The Outer Fringes of Article 9: Subordination Agreements,

funcionalidad o paradigma funcional en el ordenamiento? Y ello, sin que podamos obviar, al menos, la nueva fisonomía de empresas o actividades que a la par del desarrollo y boom tecnológico están irrumpiendo y cambiando el paisanaje de las sociedades comerciales y con ello, indirectamente, la financiación.

Pues, que podemos decir de todas estas empresas incipientes *start up* tecnológicas, *spin off*, etc., donde precisamente las mismas no tienen activos tangibles y donde la clave los primeros años es de un rápido crecimiento y fuerte financiación. Ámbito donde la garantía convencional no encaja ni tiene cabida. Salvo figuras más rompedoras como prendas de créditos futuros por flujos de caja. Marcos donde lo nuevo desplaza a lo convencional. Donde la base posesoria o registral de las garantías mobiliarias o inmobiliarias no termina de ser solución, siquiera posibilidad cierta. Y lejos de convertirse en ventaja es una rémora dejando expedito el camino para esos pactos, cláusulas o modelos negociales donde el acreedor controla el apalancamiento del patrimonio deudor, a modo de garantía flotante con el control directo que suponen prohibiciones de hacer.

La idea central de este ensayo es contrastar y también constatar que, lejos de que una garantía real siga cum-

Security Interests in Money and Deposits, Negative Pledges Clauses and Participation Agreements», Harv. L. Rev., 1965, vol. 79, pp. 229 ss.; BRADFIELD/JACKLIN, «The Problem posed by Negative Pledge Covenants in International Loan Agreements», Colum. J. Transnat'l. L., 1984, pp. 131 y ss.; ALLAN, «Negative pledge Lending – Dead or Alive? How to Re-invent the Mortgage», J.I.B.L., 1990, n° 8, pp. 330 y ss.

pliendo sus funciones, la realidad es que las clásicas figuras han perdido fuerza, tal vez la inercia y los parámetros configuradores hasta el presente de las mismas, las ha llevado a punto donde la estructura resiste, pero es onerosa, gravosa, poco funcional, documentalmente farragosa y no reporta tantos beneficios ni para garante ni para acreditante. Al contrario, vivimos un acentuado proceso de redefinición de la garantía crediticia. De cuestionamiento constante y permanente sobre la utilidad cierta y real de las mismas.

Al tiempo que es palmario del lento pero indeclinable e inexorable abandono o desuso de ciertas formas de garantía en favor de otras más ágiles, en ocasiones constructos jurídicos y económicos no genuinamente con función pura de garantía y que van desde el esquema de la propiedad-garantía a genuinas figuras de seguro o esquemas de protección de pagos sobre la base del seguro y el traslado a un tercero de los costes del incumplimiento o la no recuperación de lo prestado.

Todo ello hará que debamos recalibrar si los costes de transacción del crédito y la garantía, si la supervisión y monitoreo de la actividad tanto en su hacer como en su no hacer o *negative pledge* —genuina obligación de no hacer o de contenido negativo—, son verdaderamente eficientes y aportan algo al coste del crédito y la garantía o por el contrario todo ha de quedar expedito para la regulación contractual de las partes y la asimetría posicional y contractual entre una y otra⁵.

⁵ Como bien aduce AMICI, «*Credit crunch*, obbligazione negativa e garanzia del credito. Itinerari della clausola di *negative pledge* nel

Ruptura sobre nuevos esquemas credituales o persistencia en un sistema que da síntomas de ineficiencia y agotamiento. Esa es la cuestión. *Quid* acaso con la transferencia o monopolio de control al acreedor sobre el patrimonio del deudor cuando está limitando, supervisando y negando la posibilidad de que éste constituya otras garantías o se endeude sin su consentimiento. Limitar o cercenar esa libre disposición sobre el patrimonio del deudor o prestatario ¿acaso no juega indirectamente un rol análogo a la función de seguridad de una garantía real? Ahora bien, esa limitación y control indirecto, ¿beneficia la posibilidad de recuperación del préstamo o la financiación y máxime en un escenario de ejecución patrimonial? ¿Cuáles deben ser los límites a ese «veto» de un acreedor admitiendo o negando cualquier acto dominical o de disposición o incluso de constitución de garantías tradicionales? ¿Redunda siempre en un beneficio de utilidad propio de su financiación y asegura la deseada estabilidad financiero patrimonial del deudor de cara a su satisfacción? ¿Hasta qué punto un acreedor

diritto privato italiano», VEIGA (Dir.), Cizur Menor, 2021, pp. 1 y ss., p. 8, nota 26: «Nel riferire al fenomeno della *negative pledge* sembra più corretto discorrere di obbligazione negativa in funzione di garanzia che non di garanzia negativa, com'è invece in auge nella didattica del privatista domestico. Qui, infatti, l'aggettivo qualifica la garanzia, mentre dovrebbe più correttamente riferirsi al sostantivo "obbligazione", sì da descrivere la natura del fatto dedotto *in obligatione*. L'espressione "garanzia negativa" è invece fuorviante poiché ossimorica, posto che una garanzia dell'obbligazione è, per definizione, un atto negoziale positivo: negativo, al più, è lo schema giuridico per mezzo del quale si persegue la funzione di sicurtà».

con tal capacidad de veto no se puede convertir en una suerte de administrador de hecho? O que podemos pensar sobre un pacto o acuerdo de subordinación donde un acreedor renuncia a toda pretensión prioritaria de cobro a favor de otros, ¿juega una función análoga de garantía?

Sea cual sea el objeto de la garantía, desde la volatilidad de los créditos en una prenda de créditos hasta la solidez de una garantía fiduciaria. Pero ¿es lo mismo o hemos de entender lo mismo por función que por fin o finalidad de una garantía? Acaso una cláusula *lock-up* o una de transmisión autorizada en un esquema de inversión o financiación *private equity* o *venture capital* donde la garantía a la postre se condensa y concentra en las acciones o participaciones de la empresa para obtener más crédito, ¿no es una garantía per se obligando incluso a los socios de la empresa a no vender las acciones durante un determinado interin temporal? O ¿qué decir de una *no disposal clause*?

De qué hablamos en verdad, cuando apelamos por el valor de la garantía, máxime desde el ángulo de la eficiencia económica más que desde el de descubrir o trazar los perfiles jurídicos y técnicos de las figuras garantorias en cuestión. Y ello al margen de un contexto actual en el que la función propia de seguridad ya no cubre, quizá, el rol clásico que un día despertaron las garantías⁶. ¿Está

⁶ Nos habla de «fractura evidente y profunda respecto a la dinamicidad de la moderna realidad económica» de las garantías reales, AMICI, «*Credit crunch*, obbligazione negativa e garanzia del credito. Itinerari della clausola di *negative pledge* nel diritto privato italiano», VEIGA (Dir.), Cizur Menor, 2021, pp. 1 y ss.

ÍNDICE

1. BUSCANDO UN FUNDAMENTO ENTRE LO CONVENCIONAL Y LO NUEVO	5
2. GARANTÍAS Y MERCADOS IMPERFECTOS.....	21
3. AUTONOMÍA PRIVADA <i>VS.</i> AUTOTUTELA CONTRACTUAL EJECUTIVA	35
4. BUSCANDO LA EFICIENCIA DE LA GARANTÍA.....	57
5. EL PODER DE AGRESIÓN DEL ACREEDOR, ¿QUÉ VALOR JUEGA EN EL ESCENARIO CONFLICTUAL DEL CRÉDITO?.....	93
6. EL VALOR DE LA GARANTÍA REAL.....	121
7. LA GARANTÍA CREDITICIA. CONSIDERACIONES GENERALES	133
7.1. La garantía y la responsabilidad patrimonial universal.....	139
7.2. La función de la garantía real.....	145
7.3. La garantía y la preferencia.....	156
7.4. La garantía y el privilegio.....	159
8. EL PROBLEMA DE LA PUBLICIDAD Y EL FALSO DILEMA TRANSPARENCIA OCULTACIÓN O CLANDESTINIDAD DE LAS GARANTÍAS	177

La idea central de este ensayo es contrastar y también constatar que, lejos de que una garantía real siga cumpliendo sus funciones, la realidad es que las clásicas figuras han perdido fuerza, tal vez por la inercia y los parámetros configuradores de las mismas hasta el presente, llevándolas a un punto donde la estructura resiste, pero es onerosa, gravosa, poco funcional, documentalmente farragosa y no reporta tantos beneficios ni para garante ni para acreditante. Al contrario, vivimos un acentuado proceso de redefinición de la garantía crediticia y de cuestionamiento constante y permanente sobre la utilidad cierta y real de las mismas. Esta obra plantea la tensión entre los nuevos esquemas credituales y la persistencia de un sistema que da síntomas de ineficiencia y agotamiento. Esa es la cuestión.

Un ensayo enfocado a los estudiosos del derecho de garantías, prácticos, académicos y, a las entidades financieras y economistas.

Abel Veiga es profesor Ordinario de Derecho Mercantil en la Universidad Pontificia Comillas de Madrid y autor de obras sumamente conocidas como el *Tratado de contrato de seguro* (siete ediciones), *Tratado de la prenda* (tres ediciones), *La masa pasiva del concurso de acreedores* (cuatro ediciones).