

**Sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, de fecha 13 de mayo de 2005**, clasifica como créditos con privilegio especial, los garantizados mediante cesión de derechos de crédito, sin necesidad de que conste en documento público: «Primero.- La representación en autos de la mercantil F, S.A. solicita que se modifique la calificación de sus créditos efectuada por los administradores en su informe, en el que se califican los créditos como ordinarios, y que se le reconozca un privilegio especial hasta la suma de [...], sobre los derechos de crédito frente A Y B [...], solicitando que se condenara a la concursada al pago de [...] al haber sido ingresados ya pagos derivados de dichas facturas. [...]. La mercantil C. [...] se opone a la preferencia reclamada por F, S. A., al considerar que no consta de modo fehaciente que los créditos de referencia fueran cedidos a su favor, cuestionando también la fecha de la posible cesión de esos créditos. La concursada ha establecido en la vista los términos de su posición y su allanamiento a lo pretendido por F, S.A. La administración concursal mantiene la calificación del crédito de F, S. A. como ordinario.

Segundo.- A la vista de la documentación aportada por F, S. A., el crédito en cuenta corriente es de 2 de diciembre de 2004. En la cláusula 2.3 de la mencionada póliza se hace referencia a la cesión en garantía del crédito que ostente el acreditado frente a su cliente. No consta realmente la cesión del crédito respecto de B.

Sí hay controversia respecto del privilegio derivado de un pedido de A, que consta pignorado I por apunte en la contabilidad aportada por F, SA., y la correspondiente certificación en la que consta como fecha el 6 de abril de 2004.

Se trata, pues, de una prenda de determinados créditos en garantía. El artículo 90.1 de la Ley Concursal establece en su párrafo 6º que son créditos con privilegio especial los garantizados con prenda constituida en documento público, sobre bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará que conste en documento fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorado (...)

Era razonable que la administración concursal efectuara en su informe - presentado el 28 de febrero de 2005- una interpretación muy restrictiva de los privilegios y más de privilegios especiales de cesión de créditos, dado que si bien era cierto que en muchas de las pólizas de financiación se empleaban fórmulas más o menos genéricas, que preveían este tipo de prendas e incluso la cesión del cobro de algunos pedidos, lo cierto es que en ocasiones esas garantías de pago se constituían en varias entidades financieras respecto de un mismo crédito pendiente de cobro.

Por otra parte la concreta cesión de un pedido específico no era clara en tres aspectos: 1) No constaba en la propia póliza la cesión o pignoración, dicha operación constaba en otro documento. 2) Los créditos en cuestión se vinculaban a la emisión de distintas facturas pero, en la fecha de declaración del concurso el trabajo que englobaba varias facturas no había sido concluido ni entregado de conformidad con el contratante. 3) Al amparo del artículo 61 de la Ley Concursal se resolvieron una parte importante de los pedidos pendientes e concluir por parte de la concursada [...]. La resolución de dichos contratos respondía: a) Al objetivo de evitar cláusulas de penalización que hubieran frustrado cualquier expectativa de cobro; b) Al objetivo de ceder los mencionados pedidos a una sociedad ajena al grupo [...] por contratos firmados el 28 de diciembre de 2004 y autorizados por este Juzgado en autos de esa misma fecha- que

asumiendo parte de la actividad de la empresa garantizaba la continuidad de la actividad para un 25% de la plantilla y concluía los pedidos. C) De ese modo además de evitar penalizaciones se percibía parte del pago por la concursada, otra parte se cedía [...] con conocimiento de la empresa que realizaba el encargo y la propia cesionaria facturaba por el trabajo pendiente y, finalmente, se fijaba una cifra de confort vinculada a los retrasos en la entrega y los problemas derivados del proceso concursal.

En diciembre de 2004, ninguno de los presuntos titulares de privilegios específicos sobre sus pedidos había articulado la posibilidad ni de una ejecución separada de sus privilegios ni el derecho a separar los bienes o derechos al amparo del artículo 80 de la Ley Concursal.

Tercero.- A la vista de lo anterior debe advertirse que al emitirse el informe los hipotéticos privilegios pretendidos por algunas entidades financieras estaban débilmente acreditados en lo referido a su constancia fehaciente, sometidos a la duda de una negociación múltiple de la concursada en las fechas anteriores al concurso y bajo la presión intensa de un cliente insatisfecho por los retrasos y disfunciones de una situación de crisis empresarial y la presión de los trabajadores que pese a llevar varios meses sin cobrar se mantuvieron en su actividad en todo momento.

La publicación el día 14 de marzo de 2005 del Real Decreto de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la producción (RDL 5/2000 de 11 de marzo) introduce un cambio legislativo significativo que dada la naturaleza de la norma pasó desapercibido.

El Capítulo II del mencionado Real Decreto-Ley se denomina acuerdos de compensación contractual y garantías financieras y establece como sujetos del mismo a las entidades de crédito (art. 4.1.c) y define como acuerdos o modalidades de garantías financieras (art. 6) cualquier acuerdo de garantía pignoratícia consistente en la aportación de una garantía de conformidad con lo establecido en el Código civil, permitiendo que sea objeto de la garantía cualquier instrumento financiero. El juego de los artículos 6, 7 y 9 permite prácticamente cualquier fórmula de pignoración. El artículo 8 establece un régimen de formalidades en el que basta la constancia escrita sin mayores formalidades para su constitución, validez o eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisibilidad de la prueba. Basta acreditar que la garantía fuera aportada de cualquier modo.

El citado Real Decreto-Ley blinda las garantías financieras advirtiendo que no cabe el ejercicio de las acciones del 71 y siguientes de la Ley Concursal (art. 16.2) y que tienen la posibilidad de ejecutarse de modo separado sin interferencia alguna del proceso concursal (arts. 15 y 16.1).

Este Real Decreto-Ley traslada al derecho español la directiva comunitaria 2002/47 de 6 de junio, sobre acuerdos de garantía financiera, que debería haber sido trasladada al derecho español en diciembre de 2003 y que, por lo tanto, al entrar en vigor la Ley concursal era susceptible de aplicación directa si era invocada por cualquier interesado, aunque no se hubiera producido su transposición al derecho español.

En esta situación jurídica, lo que sí se ha de advertir es que el artículo 91.1-6º de la Ley Concursal no recoge en toda su extensión los efectos y circunstancias de garantías, privilegios y compensaciones financieros. También debe advertirse que estas fórmulas comunitarias de garantía del sistema financiero tal vez deberían haber llevado a reflejar en la Ley Concursal estos mecanismos no ya de privilegio sino de ejecución separada, mecanismos que difícilmente encajan en el artículo 154 y 155 como se verá en el fundamento siguiente.

Cuarto.-A la vista del fundamento anterior, puede y debe afirmarse que la mercantil F, S.A. goza de un privilegio especial respecto de una de las facturas de A, privilegio especial que entra en colisión con los privilegios reclamados por... y que debe solventarse a favor de F, S. A., por el criterio de preferencia en el tiempo -reflejado en el art. 155.3 LC, aunque no de un modo automático como se verá a continuación- dado que C tiene la prenda desde 27 de abril de 2004, tal y como aparece en su escrito de alegaciones en el incidente 165/2005.

Los requisitos formales del artículo 8 del Real Decreto-Ley, transposición casi literal de las normas de la Directiva que debería haberse adaptado en diciembre de 2003, y cuya aplicación directa podría invocar actúan a favor de F, S. A., dado que la certificación cumple con el requisito del 8.1 y 8.2, que en su apartado b) permite la constancia mediante anotación. No parece necesario a la vista de esta novedosa normativa acudir a las normas generales sobre prueba de documentos privados derivada del Código Civil [...].

Quinto.- Sentado lo anterior lo cierto es que el Real Decreto-Ley identifica privilegio, garantía y ejecución separada, instituciones vinculadas pero de naturaleza claramente diferenciada. Hasta la fecha en el concurso no había constancia de ejecuciones separadas de garantía, ejecuciones separadas que se han advertido en el desarrollo de las vistas del incidente dado que C ya ha indicado que (se) ha pagado una factura.

La consideración del privilegio especial tiene efectos en cuanto a la posición del acreedor en el convenio y permiten articular el sistema de liquidación previsto en el artículo 155 de la Ley Concursal.

En el trámite del artículo 96 de la Ley concursal no puede realizarse otro pronunciamiento que el previsto respecto de este específico incidente -impugnar el inventario o la lista de acreedores- y no sería razonable ventilar en este momento las cuestiones referidas a la liquidación o efectividad del privilegio que, o bien se someten a las reglas específicas del Real Decreto- Ley y, por lo tanto, tienen su efectividad fuera del concurso -como quiere el legislador comunitario y el español-, o bien han de encajarse en la fase que permite la efectividad: del crédito, que no puede ser la fase común del concurso salvo que se articulen los derechos de separación -arto 80- o los de ejecución anticipada.

Las reglas del sistema financiero -recogidas en el RDL- rompen claramente con el objetivo del legislador concursal de paralizar algunas ejecuciones -arto 56 LC- y se dota este tipo de garantías de una "vida" procesal y material propia.

Reconocido el privilegio especial, dicho privilegio debe conciliarse con otras normas concursales como: las previstas en el artículo 154 de la Ley Concursal, respecto del pago de los créditos contra la masa (art. 84) y dentro de ellos los laborales derivados de la continuidad de la actividad empresarial. El artículo 154 de la Ley Concursal sólo limita el pago de la deuda de la masa a la no iniciación de ejecuciones, pero nada establece respecto del dinero en efectivo que entra en la masa concursal como consecuencia del pago de trabajos de facturar, pagos que no siempre pueden identificarse con facturas precisas y que quedaron sometidos a las resoluciones y cesiones previstas en el artículo 61 de la Ley concursal.

En el marco legal concursal privilegio y ejecución separada no son términos asimilables y no parece que el incidente de cognición limitada y recurso diferido previsto en el artículo 96 de la Ley Concursal sea el espacio procesal y material mejor para tutelar los intereses de los acreedores. Por ello, el único pronunciamiento posible es el de reconocer el privilegio especial -como no puede ser de otro modo- pero no autorizar en este trámite el pago inmediato, sin el juicio de reconocer esa preferencia temporal que F, S. A. reclama respecto del pedido de A, pago que puede articularse casi de modo inmediato pero en actuación separada.

En definitiva debe estimarse parcialmente lo pretendido por F, S. A. por cuanto se le reconoce el privilegio especial reclamado respecto del pedido de A [...], pero no el de B, del que no hay constancia.

Se le reconoce preferencia temporal respecto de otros acreedores que reclamando el mismo privilegio sobre el mismo pedido son de fecha posterior.

No puede ordenarse el pago en este momento, sin perjuicio de que el impugnante pueda solicitarlo de la administración concursal fuera del incidente, garantizando en todo caso el pago de la cantidad que A ha satisfecho en relación con el pedido de referencia.

Dada la novedad de la Ley las disfunciones observadas en la existencia de regulaciones no coincidentes en el ámbito financiero y concursal no ha lugar a condenar en costas a ninguno de los intervinientes» D. José María Fernández Seijo