

#### 4. DERECHO BANCARIO

### A vueltas con el artículo 90.1º.6 concursal. El enredo prendario del legislador

### *A laps with the article 90.1º.6 bankruptcy law. The pledgee tangle legislator*

por

ABEL B. VEIGA COPO  
*Profesor Agregado Derecho Mercantil  
Universidad Pontificia Comillas de Madrid*

**RESUMEN:** Estamos probablemente ante uno de los artículos de derecho privado más interpretado, re-escrito y confuso que ha perimetrado la prenda, y específicamente, la prenda de créditos. Parece que, esta vez sí, el legislador de 2015 sí ofrece una solución algo más satisfactoria. Pero el conflicto entre acreedores sigue incólume

**ABSTRACT:** *We are probably facing one of the most interpreted, rewritten and confused articles of private law that the garment has designed, and specifically, the pledge of credits. It seems that, this time, the legislator of 2015 does offer a somewhat more satisfactory solution. But the conflict and the protection of the credit among creditors continues unabated.*

**PALABRAS CLAVE:** Prenda. Créditos. Privilegios. Confusión.

**KEY WORDS:** *Pledge. Credits. Preferences. Confusions.*

**SUMARIO:** I. INTRODUCCIÓN. PERIMETRANDO LA PRENDA DE CRÉDITOS FUTUROS.—II. PRENDA DE CRÉDITOS.—III. EL RECORTE CONCURSAL DE UNA PRENDA DE CRÉDITOS FUTUROS. EL PÉNDULO LEGISLATIVO, LA INCOHERENCIA HACIA UNA INCOMPRESIBILIDAD PERTINAZ DE LA FIGURA.

#### I. INTRODUCCIÓN. PERIMETRANDO LA PRENDA DE CRÉDITOS FUTUROS

Sin duda la enésima reforma concursal y que, entre otros embates, arremete de nuevo en temas de prenda de créditos, sobre todo, futuros, amenaza con no ser la definitiva. Si es que el legislador, en verdad, sabe o es consciente de querer saber verdaderamente la naturaleza, características, estructura de esta prenda y deja de lado los intereses más acuciantes y ansiosos de algunos lobbies. Ocurre

con este apartado 6º lo mismo que ocurrió con el artículo 87.6 que era claro, cerrar la cuadratura del círculo subordinatorio en el caso de la fianza y que el legislador no dudó en reinterpretarse así mismo, algo insólito en la génesis del derecho pero cierto. No cabe duda que, en parte, se ha avanzado en el embate jurisprudencial habido sobre los efectos dentro del concurso del deudor pignorante y que ha hecho reaccionar al legislador, pero por lo visto, con enorme errática y poco acierto.

Al dislate que siguió la reforma del artículo 90.1.6º concursal, le prosigue su reforma en ámbito de prenda de créditos a través de la norma 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, al margen de todo escrúpulo de residenciar semejante reforma en un corpus ajeno *a priori* a lo concursal. Acción-reacción. Sin olvidar por ello la importante sentencia del Supremo al respecto de 18 de marzo de 2016. Sentencia a la que ahora se superpone y sigue la más reciente de 13 de marzo de 2017 igualmente del Supremo sobre la prenda de créditos futura de la administración tributaria ante el concurso de un club de fútbol<sup>1</sup>.

Norma y reforma en pocos años, rectificación pendular. También contención sobre todo ante la inmunidad de algunos privilegios ante un veremos si verdaderamente operativo y crucial apartado 3º del artículo 90 al tasar —al menos teóricamente el umbral de alcance del privilegio especial respecto al valor razonable introducido en el artículo 94 tras la reforma de 2015<sup>2</sup>. Experimentación o cesión ante la presión de demasiados intereses, pero por el camino, desazón, inseguridad y perplejidad. Pero al lado de ese mero devenir temporal está la labor inexcrutable del Supremo en materia de clasificación de créditos<sup>3</sup>. Labor e interpretación que a lo largo de estos años ha ido perfilando, depurando, destilando y situando la verdadera posición del crédito en la masa pasiva, a modo de ejemplo piénsese en los vaivenes jurisprudenciales y no pocos silencios doctrinales que ha tenido por ejemplo la clasificación del crédito del subcontratista que pretende o pretendía ejercitar la acción directa. Entre otras véase ahora la posición del Supremo a través de la sentencia de 26 de marzo de 2015.

Los acreedores garantizados requieren certezas y seguridades, máxime cuando no pueden prevalerse de sistemas registrales en los que consten las constituciones de los derechos reales de garantía. Y no toda garantía consta en un registro o se atiene a unas mismas y seguras pautas de publicidad *erga omnes*. No son pocas las veces ni tampoco las voces que de un modo u otro, han exigido la creación de registros públicos que reflejen esas garantías reales, especialmente mobiliarias, que el deudor constituye. Ahora bien, no es menos cierto que radiografiar esas garantías, exteriorizarlas en un registro público, es reflejo de un momento puntual, el de ese endeudamiento patrimonial del deudor hasta la fecha de esa o esas en caso de ser sucesivas, garantías constituidas.

Si bien la prenda manual ha sido el arquetipo de las garantías mobiliarias teniendo su periodo de esplendor sobre todo antes de la creación de los registros de bienes muebles, hoy la exigencia del desplazamiento posesorio entre otros extremos ha significado una progresiva e imparable pérdida de protagonismo y también de utilidad, desplazándose el eje hacia aquellas modalidades pignoraticias menos simples, más sofisticadas pero también más dinámicas y fácilmente identificables a través de su localización registral<sup>4</sup>. Simplicidad que ha de convivir entre existencia y futuridad, determinación y reglas de determinabilidad máxime si ante prenda sobre créditos futuros o cualesquiera otros activos o bienes se tratara. Adviértase la realidad que no mera posibilidad de constitución de prenda común y prenda sin desplazamiento sobre créditos y bienes futuros<sup>5</sup>.

Las dificultades económicas que la entrega de un bien productivo implicaba para el deudor era un pesado lastre que ahogaba el éxito de todo endeudamiento. Indudablemente la prenda ha ido evolucionando y adaptándose a las necesidades del tráfico en beneficio tanto de deudor como de acreedor, siendo útil a la vez para ambos sin perder un ápice de valor y seguridad. Estas nuevas figuras han dulcificado pero también desnaturalizado el requisito de la desposesión que deja de ser un requisito constitutivo en las nuevas modalidades de prenda y se busca un sustitutivo, una ficción que cumpla idéntica funcionalidad, la inscripción en un determinado registro, sea este público o privado, cual es el de las anotaciones en cuenta en caso de valores negociables. Determinabilidad y reglas de determinación son epicentro nuclear de toda pignoración sobre bienes o créditos futuros.

No obstante esto no supone que las prendas tradicionales no se sigan constituyendo, si bien de un modo más residual y de menor cuantía económica, como tampoco no significa que tales prendas no gocen de la preferencia o privilegio especial que se instaura en el artículo 90 de la Ley Concursal.

Además, en la Ley Concursal se establece el privilegio especial sobre dos tipos especiales de prenda, la que se constituye sobre créditos y la que se constituye sobre valores representados mediante anotaciones en cuenta, ya sean acciones u obligaciones, o cualesquiera otro tipo de valores, no se dice que sean negociables, con lo cual el abanico debe abrirse a todo instrumento o activo financiero que como forma de representación sea el de las anotaciones en cuenta y que sobre el mismo penda una garantía real prendaria<sup>6</sup>.

Es llamativa, —al menos lo era hasta la última de las reformas, la disposición final quinta, Cuatro, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que incorpora una nueva dicción al artículo 90.1.6.º de la Ley concursal—, la falta de rigor y la poca propiedad en los términos empleados a la hora de referirse a la prenda, y por supuesto, la extrema parquedad del propio derecho real de prenda. No se puede decir sin más «derechos» en general para referirse a los objetos de la prenda que como todos sabemos requiere para su constitución el desplazamiento posesorio (art. 1863 del Código Civil). Lo correcto sería haber ceñido el inciso primero del núm. 6 del artículo 90.1 a los derechos sobre bienes corporales, y extender el inciso segundo a los derechos incorporales no susceptibles de posesión en sentido propio pero sí a través de ciertas ficciones jurídicas o equivalencias.

La redacción dada en 2015 al apartado 1. 6.º del artículo 90 señala:

6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros solo gozarán de privilegio especial cuando concurren los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso:

- a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.
- b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente.
- c) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Con-

tratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

Adviértase que no estamos en la nueva redacción ya ante la ambivalencia interpretativa de si se constituye una prenda en garantía de créditos futuros, sino de una prenda sobre créditos futuros. Y en los que la premisa es clara, a saber, que el crédito pignorado nazca de una relación obligacional perfeccionada con anterioridad al auto que declare el concurso. La causa, la base es anterior, el crédito puede nacer a posteriori, constante el concurso<sup>7</sup>.

Los derechos en un sentido estricto difícilmente están en posesión del acreedor o un tercero. De lo contrario ¿cómo constituiríamos determinadas modalidades de prenda y acto seguido y en función de la constitución, cómo mantendríamos su carácter preferente?, significativamente pensemos en los derechos o cuotas de participación sociales de multitud de sociedades tanto anónimas como limitadas, pequeñas y medianas sociedades de carácter cerrado o gestión cuasifamiliar que ni siquiera representan, unas, voluntariamente, sus derechos a través de acciones por medio de títulos y menos por anotaciones en cuenta, y las otras por imposibilidad legal como es el supuesto de las participaciones sociales de una limitada<sup>8</sup>. Sin embargo esto tampoco ha preocupado al legislador en la reforma de 2011, más preocupado en facilitar la prenda de créditos futuros en lo que es un desvalijamiento de la responsabilidad patrimonial universal que en dotar de coherencia y rigor las distintas modalidades de garantía sobre los que se proyecta el privilegio especial del artículo 90 concursal.

La propia ambigüedad de la Ley Concursal, no sabemos si deliberada o inconscientemente, permite que bajo la figura de la prenda se cobijen incluso las prendas inmobiliarias del derecho navarro o el derecho de retención catalán. No se circunscribe el artículo 90 de la Ley en ningún momento al carácter mobiliario del objeto de la garantía. En cierto sentido, se ha aislado la prenda posesoria y la prenda sobre créditos, como si el legislador concursal quisiera deslindarlas y definir las con nitidez de modo que se acabe todo atisbo de duda sobre a qué clases de créditos se está refiriendo. Ya no disfruta del privilegio de ser acreedor escriturario ni el inherente y equivalente a una prenda posesoria cuando la garantía se inscribe en el Registro de Bienes Muebles.

## II. PRENDA DE CRÉDITOS

Mucho se ha escrito sobre la prenda de créditos, un ámbito que ha tenido y sigue teniendo una gran proyección práctica en el mundo financiero y que dista de ser un entramado excesivamente complejo, al contrario<sup>9</sup>. Incluso ha querido emponzoñar aún más su debate y su intrahistoria la reforma concursal de 2011 y la enmienda a la misma en 2015 al privilegiar la prenda de créditos futuros sea sobre obligaciones presentes, sea incluso, también, sobre obligaciones futuras<sup>10</sup>. Queda claro tras la reforma de 2015 cual es y debiera haber sido desde el principio el presupuesto nuclear de la norma y, por ende, del privilegio. A saber, la resistencia o inmunidad ante el concurso de toda prenda sobre créditos futuros, que nada tiene que ver con una prenda en garantía de créditos futuros. Sin duda este es el eje bascular y nervial de la reciente sentencia del Supremo de 13 de marzo de 2017 en su fundamento tercero.

Lo más sorprendente es sin duda, dado el fragmentario material regulatorio y normativo disperso y en cierta medida, deficitario, la multitud de problemas

prácticos que genera. Zonas de sombra, de duda, tanto al constituir la garantía como sobre todo a la hora de realizar jalonan una azarosa historia o un especial devenir de la figura que suscita atracción, aceptación y, en cierta medida, un desmedido entusiasmo. Es probablemente la garantía más frecuentemente utilizada cuando estamos ante financiaciones no solo complejas sino también cuantiosas. Pero también es una garantía que normalmente no se ejecuta. ¿Por qué sucede esto, qué papel juega para el acreedor prendario o qué busca en todo caso este? Son interrogantes que la práctica dirime cada día<sup>11</sup>.

La prenda de créditos atribuye un espacio, un marco jurídico amplio, plagado de figuras más o menos atípicas que tienen una misma finalidad pero no entronque jurídico. Figuras además que rompen con viejos tabúes o prohibiciones sin fundamentar o que se justificaron en las más variopintas y falaces ratios<sup>12</sup>. Pues, ¿acaso una cesión de créditos en garantía de un crédito o financiación no es una prenda?, ¿qué es sino la compensación en garantía? Y qué decir igualmente del *factoring* dejando ahora al margen la dicotomía con o sin regreso<sup>13</sup>. Qué es al mismo tiempo una cesión *pro solvendo*? ¿Es que acaso una prenda de créditos y una cesión en garantía no es lo mismo?

¿Es lo mismo una prenda de derechos que una prenda de créditos?, ¿engloba aquella —genérico— a esta —la especialidad o una de ellas—?, ¿es posible constituir un derecho sobre otro derecho como tradicionalmente discutía y cuestionaba la doctrina civilista más clásica? [Véase la sentencia del Tribunal Supremo de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1360) en su fundamento segundo, en la misma línea marcada por la Sentencia de la misma Sala de 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 7873)].

No puede ignorarse, que la Ley concursal acogió y reconoció en sede legislativa por vez primera la prenda de créditos, cual privilegio especial para el que no exige siquiera la forma pública que preconiza el artículo 1865 del Código Civil, bastando con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados<sup>14</sup>. No se exige por tanto ni la constancia en documento público como tampoco su notificación al deudor para su validez. A nuestro juicio esta es una inclusión tan correcta como necesaria, si bien la principal crítica que se ha hecho a la prenda de créditos viene por aquellos que se oponen a que se instaure una forma de garantía real sin ninguna medida de publicidad.

En cierto modo a medida que las necesidades del tráfico han demandado nuevas figuras, el catálogo de garantías reales ha ido ampliándose y perdiendo rigidez en aras de facilitar crédito allí donde las tradicionales figuras de garantía carecían de eficacia. Este hecho, unido a la libertad contractual de garantizar las obligaciones con créditos activos, ha ido forzando las normas de derecho común, que solo regulaban una prenda corpórea. No es menos cierto además, que el tratamiento actual de la prenda de créditos se circumscribe sobre todo en la jurisprudencia, a créditos derivados de depósitos bancarios. Aunque también proliferan aquellas prendas de crédito que se consideran *de iure* implícitas en las prendas posesorias o hipotecas inmobiliarias cuando la cosa garantizada se extingue, se daña o se pierde, correspondiendo a su titular un derecho de subrogación sobre un crédito de dinero. Pensemos en supuestos de prolongación de la garantía en forma de prenda de crédito resultante de la enajenación de la cosa autorizada por el vendedor<sup>15</sup>.

Con la admisión de esta figura como garantía real y, por tanto, como tributaria de un privilegio especial, se viene a solucionar el problema de la viabilidad de la cesión global anticipada de créditos futuros en garantía en el supuesto de que el

cedente sea el concursado<sup>16</sup>. De este modo y cómo es fácilmente adivinable nos encontraremos por un lado a un acreedor prendario que tratará de ejecutar la garantía real que recae sobre créditos futuros que existen en el momento de la declaración del concurso ya que han nacido pignorados conforme a la garantía prendaria constituida, y de otro lado, los acreedores concursales que tratarán de enervar toda eficacia a esa garantía y tratarán de integrar esos bienes despojados de toda carga allí donde nunca debieron salir. La clave para dirimir esta controversia pasa por aclarar el momento en que se perfeccionaron los contratos de cesión global anticipada, si antes o después de declararse el concurso. Como es lógico si estos créditos futuros se hubieran pignorado en virtud de contratos duros perfeccionados una vez declarado el concurso, carecerán de toda eficacia<sup>17</sup>.

La estructura del derecho real de prenda, dada la función que cumple, determina que su objeto deba reunir necesariamente unas características idóneas. De ahí que se exija, de cara a la sujeción real propia de la institución prendaria, una existencia objetiva que asegure la efectividad del derecho de garantía. Es esta la razón por la que la prenda, en principio y solo en principio, puede recaer sobre cosas corporales. Ni la admisibilidad ni tampoco la naturaleza de una prenda de créditos es admitida de un modo indubitable por todos, o al menos hasta hace unos años, lo fue, ni tan siquiera pacíficamente, salvo por vía doctrinal-jurisprudencial, y en su momento inicialmente de *lege ferenda* —se admitió por vez primera expresamente en el Proyecto de Ley Concursal de 2001 en cuyo artículo 89.1.6 se le asigna un privilegio especial semejante al que goza un acreedor prendario ordinario—<sup>18</sup>. Hoy la Ley concursal, de un modo anómalo y extraño, le otorga status real y regulatorio, como un cuerpo extraño dentro de lo que es la prelación de créditos concursal, en su artículo 90.1. 6º<sup>19</sup>. Acaso no había otro lugar, otra norma, habida cuenta que la regulación a día de hoy se halla bien en el Real Decreto-ley de 11 de marzo de 2005 reconducida sin duda a un término más exacto que ya no atiende bajo el *nomen iuris* de prenda de créditos sino que debería ser, desterrados anquilosamientos de fondo y de forma, de nombre y de principio, garantías financieras sobre efectivo o sobre créditos, así como también en el libro quinto del Código Civil de Cataluña.

Es o sí, si optamos por delimitar con nitidez cual es el verdadero ámbito de aplicación con sus exclusiones y limitaciones que los artículos 3 y 4 de aquel Real Decreto señalan, pues modalidades son muchas las prendas que pasan por el filtro o tamiz de ese Real Decreto de estructuras y naturalezas jurídicas contradictorias y mezcladas por el legislador. Pero, no olvidemos que las prendas de derechos ya eran conocidas y estaban consagradas por el legislador, pues, ¿qué era sino la subhipoteca y qué juego producía la subrogación real<sup>20</sup>. Una regulación que incluso ha venido a entreverarse de más dudas y ciertas incredulidades con la redacción, gramaticalmente defectuosa y desafortunada cuando menos, de 2011 y en la que se admitió la prenda de créditos futuros, si bien la redacción aduce «prenda en garantía de créditos futuros» la cuál «solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso». Pues ¿ante qué prenda y ante qué créditos estamos<sup>21</sup>.

No es menos cierto además, que el tratamiento actual de la prenda de créditos se circunscribe sobre todo en la jurisprudencia, a créditos derivados de depósitos bancarios<sup>22</sup>. Buena prueba el análisis que lleva a cabo la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 5080) que no es sino fiel trasunto de

la capital sentencia del mismo Tribunal Supremo de 27 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6654), y en la que se afirma:

«...se había rechazado que la libreta nominativa en que suelen documentarse los depósitos de dinero a plazo fijo pudiera ser considerada un «título valor», pues su verdadera naturaleza es la de título de legitimación, y, por tanto, carece de las necesarias condiciones para que pueda constituirse sobre ella una prenda de valores, a diferencia de lo que sucede con los certificados de depósito que en otras ocasiones se emiten como consecuencia de aquellas operaciones bancarias.

No obstante, esta Sala en sentencias de 19 de abril (RJ 1997, 3429) y de 7 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7101) ha tenido ocasión de reconsiderar el tema, estableciendo una doctrina que puede resumirse así:

- a) Ciertamente no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el «tantundem».
- b) Sin embargo, las imposiciones bancarias a plazo originan un crédito a favor del imponente que posee un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda, pues este no puede circunscribirse a las cosas materiales, a través de una interpretación rigurosamente literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 que admite la prenda que produce intereses.
- c) Cabe, pues, que el depositante pignore su derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantiene o que contrae con la entidad bancaria.
- d) El que exista, como contenido de dicha pignoración un pacto de compensabilidad es algo añadido que viene a evitar el sistema de ejecución de la prenda previsto en el artículo 1872 del Código Civil. Esta compensación entre el derecho de crédito del deudor pignorante y lo que este adeuda al Banco, no infringe la prohibición que respecto al pacto comisorio contiene el artículo 1859, ya que no puede producirse perjuicio alguno ni para el deudor ni para terceros, pues la entidad financiera no va a obtener ni nada más ni nada menos que la cantidad objeto de la imposición...».

Aunque también proliferan aquellas prendas de crédito que se consideran *de iure* implícitas en las prendas posesorias o hipotecas inmobiliarias cuando la cosa garantizada se extingue, se daña o se pierde, correspondiendo a su titular un derecho de subrogación sobre un crédito de dinero. Pensemos en supuestos de prolongación de la garantía en forma de prenda de crédito resultante de la enajenación de la cosa autorizada por el vendedor. Indudablemente un crédito es valor, atesora un grado de utilidad ávido de circulación y movilización crediticia. Categórico el pronunciamiento de la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004, 1821) cuando reivindica precisamente ese valor, señalando: «(...) el crédito tiene obviamente un valor, que no hay ninguna necesidad física y jurídica de que quede inmovilizado, lo que además sería anómalo e incongruente en una sociedad económica como la actual, en la que los créditos juegan un papel esencial en el tráfico...».

Los derechos de crédito ciertamente carecen de corporeidad y ello redundan en una imposibilidad manifiesta de posesión. No es posible en la prenda de créditos, en puridad, hablar de traspaso posesorio. El acreedor es titular de un derecho de crédito; no posee nada, en sentido propio<sup>23</sup>. Esta cuestión lleva a preguntarnos si los derechos de crédito pueden ser considerados como cosa existente, o esta categoría hay que circunscribirla únicamente para las cosas con existencia corporal. La consideración de los derechos como bienes muebles o inmuebles no es más que una ficción legal para aplicar a los derechos el régimen de las cosas muebles o inmuebles. Ficción legal que está en contradicción con el propio criterio de la distinción general. Si los bienes son muebles o inmuebles por el criterio de su movilidad, basado en la naturaleza física de las cosas corporales, es una contradicción incluir en ella los derechos que de por sí no tienen consistencia física<sup>24</sup>.

No es menos cierto eso sí, que el significado jurídico de la palabra *cosa* ha sufrido una enorme extensión como consecuencia del desarrollo social y económico de nuestro tiempo. Este hecho permite afirmar que el concepto jurídico de cosa no es más que una abstracción de todo aquello que, por la utilidad que representa para el hombre según la concepción socioeconómica de la época, se considera como objeto del derecho.

Aquellos que consideran la prenda de créditos como una construcción de un derecho sobre otro derecho parten del carácter real de la naturaleza de la prenda de créditos puesto que el objeto propio de la prenda es el derecho, que es como la cosa misma. Los derechos son cosas incorporeales aptas para ser objeto de relaciones jurídicas<sup>25</sup>. La posesión no es posible en ninguno de sus tipos sobre los créditos, porque son situaciones fácticas no duraderas. Ahora bien, esta imposibilidad de poseer un derecho de crédito no obsta a que esa misma finalidad se logre a través de un canal alternativo, cuál es la posesión del documento probatorio y la notificación al deudor. No obstante, la teoría de los derechos sobre derechos —según la concepción de que cualquier derecho se objetiviza como valor económico y es objeto de derechos reales—, ha sido rechazada en nuestro derecho<sup>26</sup>.

El Código Civil ni regula ni menciona la prenda de créditos, con lo que es evidente la no previsión de la posibilidad de que pueda constituirse una prenda sobre créditos. Esta ausencia de regulación afecta únicamente a las operaciones de garantía sobre derechos de crédito no incorporados a títulos valores y sometidos al derecho común. La prenda de créditos se concebía como una cesión de la *actio utilis*, ya que solo se permite al acreedor pignoraticio exigir al deudor el cumplimiento de la deuda y, por tanto, cobrar su importe, judicial o extrajudicialmente, como lo haría el deudor pignorante titular de la acción. La realidad no ha sido otra hasta la norma concursal más que una deliberada pretensión de desterrar o extrañar esta figura de nuestro derecho nace a la vida jurídica, en cierta medida, adquiere una existencia objetiva que permite considerarlo no solo como derecho subjetivo o parte activa de una relación obligacional, sino como cosa, en cuanto que representa la medida de un valor patrimonializable, susceptible de realizar con él las operaciones del tráfico que se practican sobre las cosas corporales, y como tal susceptibles de transmisibilidad (art. 1122 del Código Civil)<sup>27</sup>. Hablar referencialmente de un tráfico jurídico sobre créditos, inescindible del valor económico y patrimonial que aportan, nos lleva ineludiblemente a una equiparación de estos en cosas<sup>28</sup>. El primer requisito que ha de cumplir el objeto gravado es el de tener un valor patrimonial y ser realizable mediante enajenación, ¿que perjuicio se derivaría entonces para que puedan ser objeto de prenda todos los bienes que tiendan a la obtención de un valor tanto



si son corporales como derechos? En cierta medida se produce una transustanciación del crédito cosificándose<sup>29</sup>. A su vez no debemos soslayar el tratamiento de bien mueble que a los derechos dispensan los artículos 335 y 336 del Código Civil, en un intento de redimensionar el propio término *cosa*.

La posibilidad de pignorar un crédito implica importantes especialidades en orden a la determinación de su naturaleza, el posible carácter mobiliario del crédito y el requisito de la posesión. Su origen en cambio, no presenta particularidad alguna, pues lo frecuente será que el mismo sea contractual. Cuando se pignora un crédito, lo que se busca es utilizar con fines de garantía una realidad ya existente, que si bien, inmaterial y consistente en la esperanza de recibir una prestación, no empece tutelar un interés valorable en términos económicos y que como tal es patrimonializable y susceptible de transmisión, lo cual le dota de un efectivo valor en cambio.

La admisión de un crédito como objeto de un derecho real de garantía no vulnera la restrictiva exigencia del desplazamiento posesorio del artículo 1863 del Código Civil, cuya finalidad es tanto velar por la efectividad de la garantía, como llevar a cabo una función de publicidad. Situados en un plano meramente causal, este desplazamiento pretende crear un estado de hecho tal, que obstaculice la posibilidad de una disposición material por parte del constituyente de la garantía. La alternativa que ofrece nuestro ordenamiento en sede de créditos como mecanismo que supla aquel traslado físico de efectiva desposesión es la notificación al deudor del crédito ahora pignorado. La notificación se erige así en el mecanismo idóneo para situar al acreedor en una posición similar a la que ostentaría en el caso de que la prenda recayera sobre una cosa corporal, cumpliendo al mismo tiempo el papel de publicidad de las garantías, si bien este puede ser cuestionado en cuanto a su eficacia<sup>30</sup>.

La notificación, como la desposesión, tiene la función de proteger el derecho de preferencia del acreedor ante posibles maniobras fraudulentas del deudor<sup>31</sup>. En cierto sentido, desvanece la protección que al deudor del crédito cedido le confiere el artículo 1527 del Código Civil. Tras la notificación del negocio celebrado al deudor del crédito pignorado, este no podrá liberarse de su deuda desconociendo el derecho del acreedor pignoraticio, ni pactar alteraciones con el constituyente de la garantía que perjudiquen los derechos de aquel<sup>32</sup>.

La garantía en favor del acreedor pignoraticio-cesionario se constituye a través de una cesión limitada del derecho de crédito, mediante la cual se constituye un derecho personal con efectos reales en favor del cesionario<sup>33</sup>. De este modo, la prenda de créditos otorga al acreedor pignoraticio-cesionario un derecho obligatorio real (*verdingliches obligatorisches Recht*)<sup>34</sup>. Como derecho obligatorio real es una figura intermedia entre los derechos puramente personales y los derechos propiamente reales, porque comparte características de unos y de otros<sup>35</sup>. En la cesión de créditos con finalidad de garantía la transmisión opera en función del efectivo reforzamiento de una legítima posición e interés acreedor y está intrínsecamente vinculada a la subsistencia y a la permanencia de la obligación principal.

Es más, incluso es admisible que la cesión del crédito con función de garantía sea admisible y no lo sea una transmisión o venta en garantía, pues ambas causas son diametralmente opuestas; así en la transmisión en garantía la enajenación con fin garantizador no constituye por sí causa idónea suficiente para transmitir la propiedad; en cambio, en la cesión con finalidad de garantía debe destacarse antes bien la peculiaridad del objeto transmitido, pues no es la propiedad de un bien, sino la transmisión de la titularidad de un derecho de crédito que tiene por objeto dinero u otros bienes fungibles<sup>36</sup>. Por otra parte debemos a su vez tener

en cuenta que no toda transmisión fiduciaria es una transmisión en garantía, pues las transmisiones fiduciarias también pueden responder a otras finalidades como las de administración o gestión de negocios ajenos, etc., y asimismo no toda transmisión en garantía es una transmisión fiduciaria, pues no siempre una transmisión en garantía encaja dentro de lo que tradicionalmente se ha entendido como negocio fiduciario, un negocio que se caracteriza por la incongruencia del medio elegido (transmisión o enajenación) y el fin económico perseguido (garantía, administración).

Así, cuando se transmite plenamente un crédito en garantía, el efecto querido por las partes, esto es, una garantía, no coincide en modo alguno con el fin o finalidad económica del negocio utilizado (transmisión de un crédito), en cambio cuando esa misma cesión es limitada las cosas cambian, pues no se cede de forma plena y total la titularidad del crédito, sino antes bien se cercena o limita el contenido del negocio de cesión al efecto de garantía perseguido inter partes. Solo así, el efecto perseguido y querido por las partes (garantía de un crédito) y la finalidad del negocio, cesión limitada para garantizar un crédito, coinciden<sup>37</sup>. En definitiva, si no se admite la validez de una prenda de crédito, el tráfico compensará esta restricción con cesiones fiduciarias ocultas, lo cuál irá tanto en detrimento del deudor como de terceros acreedores. Pero la pregunta que debemos hacernos es si la prenda de créditos encaja o no encaja en el molde de la cesión de créditos diseñado en el Código Civil<sup>38</sup>; es decir, puede o no puede aprovecharse este régimen para crear una causa de preferencia o con ello lo que conseguimos es una transmisión fiduciaria de los derechos de créditos que cumple una función de garantía, creándose de este modo una causa de preferencia atípica.

De lo expuesto se deduce que el derecho del acreedor pignoraticio-cesionario no es un derecho real propio porque falta un requisito esencial: la inmediatividad. El acreedor pignoraticio no tiene un poder directo e inmediato sobre el crédito, sino que necesita la colaboración tanto del pignorante como del mismo deudor cedido. Tampoco es un mero derecho personal. Podría decirse que es un derecho real impropio o un derecho personal con eficacia real. La nota que cualifica como real su eficacia es la absolutidad.

### III. EL RECORTE CONCURSAL DE UNA PRENDA DE CRÉDITOS FUTUROS. EL PÉNDULO LEGISLATIVO, LA INCOHERENCIA HACIA UNA INCOMPRENSIBILIDAD PERTINAZ DE LA FIGURA

La reforma de la ley concursal de octubre de 2011 y que entró en vigor en enero de 2012 rasga, *recte*, rasgó, lo que, de un modo u otro, venía siendo pacífico tanto doctrinal como jurisprudencialmente, si bien había ciertas excepciones<sup>39</sup>. A pesar de que ni antes ni tampoco ahora están claros los criterios constitutivos de una prenda de créditos, pues ¿es más eficaz acaso si la misma tiene base registral?<sup>40</sup> ¿acaso alguna norma en nuestro ordenamiento regula o de la misma se infiere indirectamente que es superior una prenda por ser o estar la misma inscrita?, ¿resiste mejor o peor a un concurso de acreedores aquella prenda inscrita frente a la que no lo está, o está desplazada o incluso queda en posesión del deudor, con o sin documento público pero sí que conste de un modo fehaciente? Al regular la clasificación, más bien numerar, de los créditos con privilegio especial, quiso el legislador pronunciarse sobre el alcance del privilegio sobre una garantía en concreto, la prenda de créditos futuros, algo que a la sazón no había realizado en 2003, como tampoco entraba a regular aspectos tales como

eficacia frente al concurso, o dicho de otro modo, la resistencia e inmunización de los créditos futuros y su pignoración, que no cuestiones de constitución de la garantía y validez, las cuáles se basaban en el régimen ordinario de derecho común, el legislador ha decidido, sin apelar a ratios ni justificaciones, tampoco necesidades en este momento, restringir y recortar no tanto la eficacia de las prendas de créditos futuros cuanto el paraguas preferencial del privilegio, impidiendo, salvo algunas excepciones que acto seguido esgrime, que los créditos nacidos después de la declaración de concurso estén protegidos concursalmente por el privilegio especial que *de iure* y *ex lege* recae sobre la garantía pignoraticia.

No es lo mismo una prenda en garantía de o sobre créditos futuros que una prenda en garantía de créditos futuros<sup>41</sup>. O sin pervertir el lenguaje ¿realmente cuando la norma habla de prenda de créditos futuros no está refiriéndose a una prenda en garantía de crédito futuro? Como tampoco lo es una prenda sobre crédito futuro y una prenda común de cosa futura con desplazamiento o no de la posesión. Nada tiene que ver la constitución de una garantía común sobre bienes tangibles y presentes que cuando se quiere contratar una garantía mobiliaria sobre bienes o cosas futuras. De este modo, y ante la incoherencia legislativa, basculante y oscilante sin parecer tener un criterio nítido de la figura que trata de regular, o más bien, emponzoñar, no cabe otra pregunta que la delimitar cuál es el verdadero ámbito objetivo que el legislador quiere diseñar al referirse a la prenda de créditos futuros. Así, no es lo mismo una prenda de créditos futuros o si se prefiere nominativamente, sobre créditos futuros, que una prenda en garantía de créditos futuros.

Acierta, a nuestro juicio, la STS de 18 de marzo de 2016 cuando ante esta dualidad asevera: «...En el primer caso, se refiere a los créditos objeto de la garantía, mientras que en el segundo a los créditos garantizados con la prenda». En efecto, un ámbito es el crédito como objeto de la garantía prendaria, y otro, bien distinto, el crédito en sí mismo garantizado ya con la prenda. Una sentencia además, categórica al afirmar que la reforma de 2011 no introdujo norma alguna sobre la prenda de créditos futuros, dado que la misma se refería únicamente a la «prenda en garantía de créditos futuros».

¿Qué entendemos sobre bienes futuros y qué sobre créditos futuros? El código permite contratar sobre cosas aun futuras. No es un problema de validez contractual, sino de eficacia erga omnes, de oponibilidad, y llegado el caso de resistencia frente al concurso. Cosas o bienes futuros que no son sino aquellos de los que el pignorante, el deudor en suma, no puede disponer al tiempo de la perfección de la garantía<sup>42</sup>. Y más que perfección, contratación de la misma.

Tal vez el talón de Aquiles cuando no nudo gordiano ha venido de la mano de un legislador, pendular, escurridizo cuando no ocurridizo y que ha dado grandes quiebras a la regulación concursal de la prenda de créditos, y máxime, de créditos futuros. Nada ya qué decir cuando es una reforma del calado legal de instaurar todo un régimen jurídico del sector público la que en una disposición viene a conferir una redacción nueva y diametralmente distinta a la prenda de créditos futuros. Más allá del oportunismo y del interés, el camino o medio no ha sido el más idóneo, o al menos esa es la sensación, pero así se legisla, a impulsos, a matacaballo. Así, si el primer esquema válido era de fácil redacción y no menos flexible interpretación, vino a emponzoñar, no solo la propia constitución de la prenda de créditos futura, sino su ámbito de extensión, (holístico en no pocos casos y sin importar rebasar límites de sobregarantías, equidad, y equilibrio genético contractual y contraprestaciones) las reformas subsiguientes. Nada tiene que ver la redacción originaria de 2003 respecto de la prenda de créditos y su

carácter privilegiado en la norma concursal y en la que expresamente se admitía que el crédito garantizado con una prenda pudiera merecer la consideración, en caso de concurso de acreedores, de crédito con privilegio especial, y gozar de preferencia de cobro respecto de los créditos gravados. Consagración además legal por vez primera en nuestro ordenamiento (salvando la Ley 466 de la Compilación navarra) de la prenda de créditos. Se exigía como único requisito forma por parte de la norma concursal de cara al reconocimiento de este privilegio que la prenda constase en documento con fecha fehaciente. Adviértase que en esta envolvente simplista, no se exige siquiera forma pública de un modo expreso y conciso. El parámetro cambió abruptamente con la Ley 38/2011, de 10 de octubre que, además de introducir un inciso final al apartado 6º, norma en el apartado 2º de la disposición transitoria 4ª de la ley lo siguiente: «a los efectos de la clasificación de los créditos afectados..., se aplicará a los concursos en tramitación, al tiempo de la fecha de su entrada en vigor, en los que aún no se hubiese presentado el informe por la administración concursal».

En efecto, la disposición final 5ª de la LRJSP viene a mutar distintos preceptos de la norma concursal y, entre ellos, el que a nosotros atañe en este momento, el artículo 90.1.6º concursal. Particularmente en su párrafo segundo, se establecen *a priori* los requisitos «cumulativos eso sí», de cara a investirse de privilegio especial en un crédito garantizado con prenda constituida sobre créditos futuros siempre que concurran los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso: a) que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración; b) que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente; c) que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de Sector Público.

Un artículo que, ahora, tras la nueva regulación, tiene como ámbito objetivo el de la totalidad de prendas de créditos futuros que puedan constituirse, al margen de exigir documento público o inscripción para todas, sino considerando precisamente esta duplicidad constitutiva formal o, en su caso, constitucional. El artículo 90.1.6ª al regular los requisitos de validez de la prenda de créditos futuros en su apartado b) es taxativo amén de categórico y elocuente, pues además no distingue ni traza dualidad antitética alguna entre prenda inscrita de la no inscrita, si no que partiendo de la admisibilidad no definida de «los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros», la misma ha de estar o bien constituida en documento público, y del que no se infiere necesidad ni obligación alguna de inscripción, o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente<sup>43</sup>. Adviértase de la *factio* existen que no hace sino constatar la realidad, la prenda sin desplazamiento de la posesión de un crédito futuro, *per se*, no poseíble, requiere la inscripción. Pero lo hace a otros efectos propios y específicos de constitución y realidad de la oponibilidad y no necesariamente para preconizar una superioridad de la garantía inscrita frente a la no inscrita. Este es un requisito, el del apartado b) unido inextricablemente y sin solución de continuidad al del apartado a) del artículo 90.1.6º concursal que exige que el crédito futuro nazca antes de la declaración de concurso de contratos perfeccionado o relaciones jurídicas constituidas con ese umbral temporal<sup>44</sup>. Mas qué sentido tiene hoy seguir estatuyendo la dualidad entre prenda inscrita y prenda sin desplazamiento de la posesión inscrita<sup>45</sup>.

Superpuesta a esta sentencia, la reciente del mismo Supremo, de 13 de marzo de 2017, que en algunos extremos es mimética de la de 2016 y en cuyo fundamento tercero se desmenuza la estructura perfecta de la prenda de créditos futura y su resistencia ante el concurso. Por su argumentación reproducimos algún fundamento parcialmente. Así, el tercero de los fundamentos reza:

« ... TERCERO. *Decisión de la Sala. Resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros*

1. Con carácter previo a analizar los motivos del recurso y las razones dadas por el Deportivo de La Coruña para oponerse al recurso, deben realizarse algunas precisiones.

La primera se refiere a que la naturaleza de la cuestión litigiosa que constituye el objeto de este recurso es la de una impugnación de la lista de acreedores, en concreto, de la calificación de uno de los créditos de la AEAT como crédito con privilegio especial. Por tanto, el ámbito del objeto de las prendas constituidas, esto es, la exacta determinación de cuáles son todos los créditos pignoralos que pueden ser objeto de ejecución y la determinación de si son suficientes para que su ejecución satisfaga todo el crédito especialmente privilegiado de la AEAT, serán cuestiones que habrán de ser solventadas cuando se ejecuten tales prendas. En este momento, son cuestiones irrelevantes, a la vista de la regulación legal aplicable, como ya se ha expresado. Lo planteado en el presente litigio es una cuestión previa a la ejecución de esas garantías, como es la calificación del crédito garantizado.

En este recurso, a la vista de la normativa aplicable, solo procede verificar si alguna o algunas de las pignoralaciones de créditos realizadas para garantizar el crédito de la AEAT frente al Deportivo de La Coruña que el informe de la administración concursal ha calificado como privilegiado especial, es resistente al concurso, esto es, si el crédito o créditos futuros sobre los que están constituidas las garantías nacen gravados en el seno del concurso o, por el contrario, se integran en la masa activa sin gravamen alguno. Si se considerara que alguna de estas pignoralaciones es resistente al concurso, el crédito garantizado tendrá la calificación de crédito con privilegio especial y no procederá estimar la impugnación formulada por el Deportivo de la Coruña ni, consecuentemente, modificar el informe de la administración concursal.

...

En la sentencia 186/2016, de 18 de marzo, declaramos que la solución a la cuestión de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros debía encontrarse en los dos primeros incisos del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal y la mención genérica que esta hacía a la prenda de créditos. Conforme a estos incisos, «son créditos con privilegio especial: [...] Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignoralos que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignoralos». No es por tanto preciso acudir a una «interpretación correctora» del último inciso del artículo 90.1.6º, que fue añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que no se refiere a la prenda de créditos futuros, pues basta con aplicar los dos primeros incisos del precepto.

4. En esa sentencia, tras recordar lo que habíamos declarado en las sentencias 125/2008, de 22 de febrero, y 650/2013, de 6 de noviembre, invocadas por el recurrente, con relación a la cesión de créditos futuros, afirmamos:

«[...] la admisión de la cesión de créditos futuros va pareja a la admisión de la pignoralación de créditos futuros, sin perjuicio de la distinta relevancia con-

cursal derivada de los diferentes efectos generados con la cesión de créditos y con la pignoración de créditos. Si se admite la validez de la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del *concurso de acreedores*, siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, bajo las mismas condiciones deberíamos reconocer el privilegio especial del artículo 90.1.º 6º LC a la prenda de créditos futuros: siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados.

«Esta solución jurisprudencial que aflora bajo una normativa —anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre— en la que se reconocía explícitamente el privilegio especial de la prenda de créditos, siempre que constare en documento con fecha fehaciente, sin que existiera mención expresa a la prenda de créditos futuros, viene a coincidir con la solución aportada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, al regular expresamente la prenda de créditos futuros en el artículo 90.1.º 6º LC».

5. La consecuencia de lo expuesto es que los créditos de que era titular la AEAT frente al Deportivo de La Coruña que estaban garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivaban de contratos concertados o de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración del concurso, han de considerarse resistentes a este y otorgan a tales créditos la calificación de créditos con privilegio especial, aunque el crédito pignorado haya nacido tras la declaración de concurso.

...

8. De lo expuesto resulta que, con independencia de que en la ejecución de las garantías pignoraticias se precise el ámbito de su objeto y hasta qué cantidad queda cubierto el crédito, a efectos de la calificación de los créditos, la calificación de crédito con privilegio especial realizada por la administración concursal es correcta, pues consta que al menos varias de las prendas constituidas son resistentes a la declaración de concurso, por cuanto que los créditos pignorados han nacido de contratos o relaciones jurídicas preexistentes a la declaración de concurso.

9. El Deportivo de La Coruña, en su demanda incidental, centró su impugnación de la lista de acreedores en tres fundamentos: i) las garantías prestadas no estaban suficientemente determinadas, lo que impedía su eficacia; ii) al recaer las prendas sobre créditos futuros, no eran resistentes al concurso; y iii) los derechos de prenda se han extinguido por cumplimiento de la condición resolutoria a que se sometían (p. 6 de la demanda). Y respecto de la primera de las escrituras de constitución de garantías, la propia AEAT, para cobrarse las deudas afectas a la garantía, no ejecutó esta sino que embargó los créditos sobre los que recaía....

10. Respecto del primero de los fundamentos de la demanda, los negocios jurídicos de constitución de las prendas, documentados en las primeras escrituras otorgadas y en las que posteriormente las subsanaron y completaron, determinan con suficiente precisión los caracteres de identificación de los créditos pignorados, de modo que pueden identificarse las relaciones jurídicas y contratos de los que nacerán los créditos futuros pignorados, sin necesidad de realizar ningún acto complementario por parte del pignorante ni del acreedor pignoraticio. Esto es, el objeto de la pignoración puede ser determinado «sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes» (art. 1273 del Código Civil)...

No es que la notificación al deudor o la inscripción en el Registro de Bienes Muebles constituyan, en todo caso, requisitos para que, conforme al artículo 90.1.º 6º de la Ley Concursal, las prendas de créditos futuros sean resistentes al

concurso. Pero sí coadyuva a que se considere que los créditos pignorados están suficientemente identificados.

11. Respecto de la extinción de la prenda por cumplimiento de la condición resolutoria, la alegación no puede ser estimada porque no existe tal condición. Que la prenda se constituyera para garantizar una deuda tributaria aplazada no supone que la extinción del aplazamiento extinga la prenda. Por el contrario, la exigibilidad de la deuda por la extinción del aplazamiento justificaría, en todo caso, la posibilidad de ejecutar la prenda.

Que la AEAT haya optado en algunos casos por embargar algunos de estos créditos en procedimientos de apremio no supone que la prenda esté extinguida ni le impide sostener el carácter especialmente privilegiado de su crédito, porque no supone una renuncia al derecho de prenda...».

Adviértase como el punto 10 del fundamento tercero focaliza la fehaciencia de la constitución de la prenda de créditos futuros de un modo conciso y claro, a saber, «No es que la notificación al deudor o la inscripción en el Registro de Bienes Muebles constituyan, en todo caso, requisitos para que, conforme al artículo 90.1.6° de la Ley Concursal, las prendas de créditos futuros sean resistentes al concurso. Pero sí coadyuva a que se considere que los créditos pignorados están suficientemente identificados».

Una cosa es garantizar créditos futuros y otra bien distinta que se entreguen en garantía prendaria créditos futuros en garantía de cualesquiera clase de obligaciones sean estas presentes sean futuras<sup>46</sup>. La cuestión problemática se presenta además no ya en torno a la efectividad y eficacia concursal de estas pignoraciones sino *ex ante*, en su configuración y forma, dado que en nuestra práctica, conviven diferentes configuraciones, de la prenda de créditos por lo que frente a las de derecho común nos encontraremos también con prendas bajo el genérico y no muy bien delimitado por la doctrina paraguas de las «garantías financieras», las prendas de créditos conforme a la regulación civil catalanas, pero, finalmente también ante prendas registradas (prendas sin desplazamiento sobre créditos futuros).

La finalidad de la prenda, como de cualquier otra garantía real mobiliaria, hoy igual que ayer sigue siendo idéntica, esto es, aumentar la probabilidad de satisfacción de la obligación principal garantizada, y esa satisfacción procede bien induciendo al otorgante pignorante a reembolsar la obligación, bien aplicando, en último caso, el valor del bien o derecho, activo, etc., pignorado a la maximización satisfactoria de aquella obligación. Y si la finalidad principal de la garantía real sigue siendo incólumemente esta, lo que toca, es articular instrumentos idóneos y adaptados a la nueva realidad que el mercado no solo exige, sino que está ya imponiendo desde la atipicidad y la mimesis con otras prácticas e instituciones jurídico reales foráneas, toda vez que las barreras y las fronteras se diluyen y aproximan los ordenamientos.

¿Dónde están los límites ante las imposiciones prácticas de las entidades financieras máxime cuando de obligaciones asegurables futuras hablamos y créditos futuros exigimos?<sup>47</sup> ¿Qué y dónde radica la efectividad y oponibilidad por ejemplo de pignoración de créditos futuros, en la fecha de constitución primigenia de la póliza de pignoración o en el momento de nacimiento efectivo del propio crédito que ya nace pignorada? ¿*Quid* si la persona del garante y el deudor son distintas?, ¿cómo alcanza en este supuesto la finalidad extensiva de un marco contractual garantizador en el que todo crédito queda indefectiblemente pignorado? ¿Ha de responder la garantía futuro a una identidad causal (*ex eadem causa*) en todas las obligaciones o créditos que surjan entre las partes o por

el contrario estas pueden responder a cualquier marco obligacional por el que resulten créditos?, qué decir igualmente de la posibilidad de constituir garantías reales sobre pretensiones indemnizatorias que sustituyan alas originarias o primigenias en caso de incumplimiento de la prestación principal contractual, ¿cabe tal subrogación de un modo automático?, ¿por qué no sería admisible la pignoración de una pretensión dimanante de una indemnización de daños y perjuicios consecuencia del incumplimiento de un contrato?, ¿quid de la cesión plena o en prenda de los derechos de cobro frente a la administración pública, significativamente, los certificados de obra pública ejecutada?<sup>48</sup>. Mas también pensemos en aquellas subvenciones o ayudas públicas concedidas a las empresas y que estas descuentan ante una entidad o constituyen sobre la misma una prenda? Incluso en subvenciones que están en trámite de concesión con el riesgo a futuro de un incumplimiento total por parte del beneficiario de la misma?, ¿los créditos frente a la Hacienda ante la devolución de ciertos impuestos? No solo la prenda sobre crédito futuro se puede constituir sobre una obligación única y de tracto único, sino también ante créditos integrantes de una relación sinalagmática y que se plasma en el lado activo de la posición jurídica del cedente, así pensemos los créditos por responsabilidad patrimonial de la administración que son causa de una resolución de un contrato de concesión, o los créditos representados por certificación de obra, los créditos por derecho deportivos o audiovisuales de determinados deportistas.

La prenda que se puede constituir por un justiprecio de una expropiación aún pendiente, la prenda sobre un crédito indemnizatorio de un seguro contra daños o de responsabilidad civil, piénsese en el seguro de crédito por insolvencias. Los créditos futuros que son reflejo del derecho de explotación de una patente, de un derecho de autor, etc. Mas nada impide que la prenda pueda recaer sobre bienes o derechos que no son fruto de un contrato o que nazcan de un vínculo causal ajeno a un contrato, sino por ejemplo de una subvención, o de un acuerdo societario a la hora de repartir beneficios, de un cuasicontrato o como consecuencia de una responsabilidad aquiliana. Heterogeneidad de fuentes, diversidad de créditos futuros como objeto de una prenda o, en su caso, y por disposición legal, de otra figura garantoria, como acaece por ejemplo con derechos cinematográficos o de explotación cinematográfico que *secundum legem* es susceptible de hipoteca mobiliaria pero no de prenda. Créditos futuros eminentemente pecuniarios pero sin que haya obstáculo alguno a que los mismos no sean de naturaleza dineraria<sup>49</sup>. Como bien se ha advertido y siendo consciente que, mayoritariamente, los créditos a pignorar anclan su base en un contrato-fuente, debe deslindarse o superponerse de un lado, lo que es un posición creditural o contractual plena de lo que son derechos diferentes y sucesivos que pueden manar de aquella. A modo de ejemplo, una cosa es dar en garantía mobiliaria una marca, en realidad una hipoteca mobiliaria que no prenda, y otra diferente dar en prenda o constituir prenda sobre créditos ciertos derechos que integran la posición activa del titular de la marca o del titular por ejemplo de unos derechos de autor<sup>50</sup>.

Créditos futuros y por tanto pignorables con independencia de su naturaleza eminentemente privada o, por el contrario, pública. Es la enajenabilidad la nota esencial que marca la susceptibilidad pignoraticia. Ahora bien, ¿cuándo nace el crédito? Conviene observar muy de cerca dos sentencias que anteceden a la última del Supremo de 18 de marzo de 2016 sobre este ámbito, el de la prenda de créditos futuros. A saber, la sentencia de 22 de febrero de 2008 y la de 6 de noviembre de 2013. Así afirma la sentencia de 2016 como: «...al menos en los casos en que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la



relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión ... «nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio».

El contrato marco o contrato fuente de un crédito pignorable puede residenciarse en un ámbito estricto privado como por su parte, público. El que administrativa se requiera ciertas autorizaciones o consentimientos, no empece la pignorabilidad del crédito. Piénsese por ejemplo en la hipoteca de una concesión administrativa y en la que es obligada la autorización de autoridad administrativa<sup>51</sup>. El supuesto de hecho que ha dado base a la importante sentencia del Supremo de 18 de marzo de 2016, versaba sobre la prenda de los derechos de crédito correspondientes a la venta y entrega a Iberdrola de la energía producida en una instalación fotovoltaica para la que la entidad financiera había concedido un préstamo para financiar la adquisición o compra de la misma así como su puesta en funcionamiento de cara a producir energía eléctrica. Prenda se constituye ulteriormente a la concesión del crédito con casi dos años de diferencia. La prenda se notifica a Iberdrola mediante diligencias (dos) de febrero de 2010. En mayo de 2012 la deudora fue declarada en concurso de acreedores. La prenda de créditos futuros tenía por objeto el precio que Iberdrola pagaría al deudor prendario por la compraventa de la energía eléctrica producida por la instalación fotovoltaica.

No es precisamente la pignoración de créditos frente a la administración pública, máxime la prenda de una cartera de los mismos, sea a través del certificado de obra, sea a través de otros eventuales derechos de crédito una cuestión sencilla ni exenta de casuística amén de problematicidad. De un lado por la propia responsabilidad patrimonial del Estado y por tanto de sus entes públicos, de otro, porque las mismas, las administraciones públicas, no concursan, con lo que la afectación creditual por parte de estas y su garantía de pago, vía presupuestos, puede ser un bien aliciente para la pignorabilidad de los créditos públicos cedidos por contratistas o empresarios que contratan y subcontratan con la administración. Por ahí han ido los derroteros de la última de las reformas que ha experimentado el artículo 90.1.6° de la norma concursal, y donde los créditos frente a concesionarias han terminado por abrir y tener su hueco en la ley concursal. Créditos privados conviven con créditos públicos perfectamente pignorables en tanto en cuanto los mismos tengan condición de enajenabilidad. Esta ha sido quizás la razón axial de esta enésima reforma del artículo 90.1.6° concursal, ante la crisis que han padecido las concesionarias de autopistas. Como es sabido el contrato de concesión de obra pública, contrato administrativo, se resuelve ministerio legis, en caso de declaración concursal de la concesionaria<sup>52</sup>. Surge el derecho vía legal del concesionario a la devolución de las inversiones acometidas para desarrollar la infraestructura viaria. Inversiones no precisamente pequeñas. Así reza el artículo 271 del texto refundido de la ley de contratos del sector público, en cuyo artículo 223 b) regula la resolución. El contrato de concesión se perfecciona como es lógico antes de un concurso. No está concursada la concesionaria, otra cosa es la inminencia. La prenda sobre estos créditos es por tanto inmune, resistente, al concurso.

Pero al margen del ámbito material de la responsabilidad patrimonial las mismas dificultades que se producen en la cesión de créditos privados u ordinarios, no queda exenta en estos casos de créditos frente a las administraciones. Se ha discutido en la doctrina, pero sobre todo en la jurisprudencia contencioso administrativa el alcance material de la cesión del crédito, en nuestro caso, de la

cesión limitada. Así, no solo la prenda abarca el montante del crédito principal, sino que también afectaría y daría derecho al cobro de los intereses que el mismo eventualmente pudiese producir

En la regulación primera de la norma, el detalle descendía hacia una facilidad formal absoluta a la hora de constituir la garantía de modo que quedase constancia de la misma en documento con fecha fehaciente. No había ni intromisiones ni derogaciones singulares en lo atinente a la prenda de créditos. Tampoco limitaciones y la creatividad y ampliación encadenada de garantías sobre créditos era tan libre como absoluta, prendas globales de créditos futuros que englobaban un patrimonio y quizás una sobregarantía excesiva se hacía con total permisividad y sin que nadie o solo muy pocos blasonasen —blasonásemos— algunas voces en contra ante esta práctica.

El supuesto práctico no es difícil de encajar ni de imaginar, pues no serán pocos los empresarios o deudores que como principal activo de su objeto y actividad empresarial esté constituido por créditos futuros que al pignorarse a favor de una entidad financiera o cualesquier otro tipo de acreedor acabasen por inmunizar a este acreedor con cargo a un desvalijamiento o vaciamiento patrimonial que solo iría en detrimento, primero del resto de acreedores, sobre todo los de peor posición concursal, y segundo, del propio deudor que como efecto de obligaciones colaterales de la garantía pignoratícia encadenaría todo su patrimonio creditual a la afección de la garantía mobiliaria.

En este sentido traemos a colación la importante sentencia del Tribunal Supremo si bien de la Sala de lo civil que dirime precisamente la cuestión de cesión de créditos frente a la Administración pública, de 22 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 3048) en el que una sociedad contratante con la Administración, en este caso frente al Ministerio de Fomento, la Dirección General de Carreteras y que se cede por póliza a una entidad bancaria, póliza que determina y especifica la cesión total del importe, se cede con la finalidad «de que cuantas cantidades perciba el Banco como consecuencia de la cesión las destine dicha entidad bancaria al pago, hasta donde alcance, de los saldos resultantes, por todos los conceptos, de las pólizas de préstamo y negociación de documentos mercantiles, responde el cedente de la existencia y legitimidad de crédito. Además el crédito se cede con todos sus derechos accesorios y las acciones que del mismo resulten. Finalmente en la póliza se pacta que el cedente se compromete a endosar al Banco las certificaciones que reciba de la obra a que se refiere la presente cesión de crédito. Por último se requiere al notario para que notifique la cesión al Servicio de Contratos de la Secretaría General de la Dirección General de Carreteras del Ministerio de Fomento, requerimiento que se aceptó, y se llevó a término. Posteriormente el cedente y contratista frente a la Administración suspende pagos. El Tribunal Supremo señala en su fundamento tercero<sup>53</sup>:

«(...) Esta Sala, que comparte a la postre la solución a que ha llegado la de instancia, entiende que ha de matizar el razonamiento que Juzgado y Sala de apelación han utilizado, con mayor precisión en la segunda instancia, para rechazar la pretensión de la ahora recurrente. No solo es posible la cesión de créditos futuros (art. 1271 I del Código Civil), sino que también lo es la de los créditos integrantes de una relación obligatoria sinalagmática, como es el contrato de obra, cesión que afectaría solo al lado activo de la posición jurídica del cedente, a cuyo cargo permanecerán las obligaciones en que consista la contraprestación (pues estas requieren el consentimiento del acreedor para ser transmitidas,

conforme a lo dispuesto en el art. 1205 del Código Civil). Las cesiones de créditos futuros (llamadas «cesiones anticipadas») exigen para su eficacia, como se ha dicho por autorizada doctrina, «que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (art. 1271 del Código Civil), aunque no es indispensable que cuando la cesión anticipada del crédito se concluya se haya ya realizado el contrato o surgido la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor». Al otorgarse la cesión anticipada, el cedente pierde, desde luego, el poder de disposición sobre el crédito, y una eventual cesión posterior sería ineficaz. La efectiva transferencia solo se producirá en el instante del nacimiento del crédito, sin que se requiera un ulterior negocio jurídico ni un acto de entrega o «quasi traditio» específico, y el crédito se transferirá al cesionario con el contenido con que efectivamente nazca. Aunque el tema ha sido discutido, al menos en los casos en que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión —según la opinión doctrinal que parece más fundada— «nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio». El deudor cedido (en nuestro caso, la Administración) podrá oponer al cesionario todas las excepciones derivadas de su contrato bilateral con el cedente, y entre ellas la *exceptio non adimpleti contractus*, en tanto que habrá que reconocer que la facultad de resolver, en los términos en que se configura en el artículo 1124 del Código Civil, corresponde al cesionario, aunque este extremo haya provocado fuertes dudas en la doctrina. En el caso de autos, a juzgar por la misma documentación que se acompaña en la escritura, ha surgido ya a la vida jurídica la relación jurídica entre el acreedor cedente (contratista) y el deudor (la Administración). De modo que, desde el punto de vista del Derecho civil, habría que dar validez y eficacia a la cesión del crédito, en cuanto acto de disposición que, entre otros efectos, verificará la transferencia del crédito, en cuanto nazca, a favor de la entidad cesionaria, pero, claro está, ello depende de que la obra haya sido realizada, pues se trata de un crédito inserto en una relación sinalagmática, con prestaciones a cargo del acreedor cedente, que es a su vez deudor, y de un pago a cuenta que es exigible en la medida en que se haya ejecutado la obra».

Huérfanos de explicaciones, así como de toda bondad o no de la norma, lo cierto es, que la reforma de 2011 evidenciaba una auténtica distorsión por su incompletion gramatical y su ambigüedad pasmosa al no calibrar ni determinar con la precisión y concreción que se requiere el objeto del supuesto de hecho. ¿Qué es lo que ese está garantizado y causalmente de dónde y cuándo nace? La absoluta falta de precisión lingüística en el redactado del artículo 90.1.6º de la norma concursal no hace sino emponzoñar aún más las cosas, arrojar dudas interpretativas y evidenciar una realidad más que factible, cortocircuitar la posible y futura financiación de una empresa en dificultades, por mucho que se gane en intangibilidades de la masa y espurias explicaciones de mayor posibilidad de que otros acreedores puedan cobrar<sup>54</sup>. Tal y como está redactado el precepto

una entidad de crédito que financia al deudor concursado, difícilmente seguirá haciéndolo si se menoscaban sus garantías, máxime pignoraticias, tales como aquella que grava, pignora los créditos futuros en los que el deudor concursado fuese a su vez acreedor y que ahora pignora a favor de su acreedor financiero<sup>55</sup>. Mas las carencias que evidenciaba la reforma de 2011 llevó a la confrontación doctrinal, como antes hiciera el artículo 86.7 a propósito de las fianzas, sobre el alcance y la resistencia ilimitada o no al concurso de la prenda que sí tiene base registral, desagregando y desindividualizando el valor de la prenda de créditos en función de si está inscrita o no. No olvidemos como la sentencia de la Audiencia de A Coruña de 22 de abril de 2014, a propósito de un club de fútbol dejó sentado por lo que se refiere a la prenda de créditos futuros que «... no sería más que reconocer que la prenda de créditos futuros inscrita goza de resistencia ilimitada al concurso de quien los cedió en garantía, que desconsidera de modo tan radical los intereses de los acreedores ordinarios del concursado, incluidos los que adquirieron dicha condición antes de que la prenda de créditos futuros estuviera inscrita, por lo que no puede encontrar su fundamento en la publicidad de la garantía». En el caso el acreedor prendario sí había inscrito la prenda de créditos futuros en el registro mobiliario, pero antes de que el deudor pignorante hubiere sido declarado en concurso de acreedores.

Mas tal y como se redactó en 2011 y aunque ahora la reforma de 2015 cambiase las tornas, no podemos ignorar que durante cuatro años se permitió un *status quaestiones* que tratarán, posiblemente, en algunos casos de resolver los tribunales y que seguirán a buen seguro la estela de la sentencia del Supremo de 18 de marzo de 2016, mas conforme a la hoy derogada regulación conviene dar respuesta a interrogantes como: ¿a qué créditos futuros se está refiriendo la dicción del artículo 90.1.6º? ¿los pignorados por el propio deudor concursado, o a los créditos futuros de los que es titular el acreedor prendario frente al deudor común? ¿Cuál es el bien futuro en realidad para la norma concursal? ¿el bien dado en garantía o por el contrario la obligación garantizada? Si leemos con detenimiento y después de hacerlo en repetidas ocasiones, salta la duda de la ambigüedad y la falta de finura jurídica y determinación, pues qué es lo que se pignora en el futuro, el crédito pignorado o el crédito garantizado?<sup>56</sup>. Piénsese además que la ineficacia o no de tales prendas presenta un talón de debilidad, cual es, el posible juego del derecho de rescisión del artículo 71 concursal. Una resolución en interés del y por el concurso que puede desbaratar tamañas prendas. Así, conocidos y perimetrados ya en la nueva dicción del artículo 90.1.6º concursal de los requisitos de validez y por ende de eficacia de una prenda de créditos futuros el test de resistencia crucial es la entrada en escena de una posible rescisoria del artículo 71 como el cuestionamiento mismo de prendas de marcado carácter «holístico» y atrapaletodo que devoran o desvalijan o apalancan gran parte sino todo, el patrimonio del deudor sin poder servir este de garantía para otras financiaciones o en su caso, operaciones sean de carácter financiero o comercial. Pues en estos casos, la constitución de una garantía de tamaña amplitud y vinculación presenta y futura de cualesquier créditos o bienes que garantizan al acreedor, ¿acaso no se produce una suerte de «perjuicio» para el concurso? Por aquí, por estos caminos ha ido la sentencia del Supremo de 24 de junio de 2015, y en la que las partes pactaron (*vid.*, fundamento de derecho quinto) que «los créditos disponibles, a consecuencia de las futuras ventas, debían servir, en primer lugar, con carácter expreso y prioritario, para satisfacer las obligaciones dimanantes del préstamo novado, esto es, al pago de cada una de las liquidaciones del presente préstamo».

Acaso todo crédito futuro que surja en el patrimonio del deudor pignoraticio/pignorante no son activos de la masa patrimonial? ¿qué límites tiene o debería tener, más allá del explícito pero parece que *invisible* de las «sobregarantías» del artículo 88 del TRLGDCU, la constitución de garantías reales omnibus con total ignorancia y cuasi relegación subordinatoria a todo el resto de potenciales y concurrenciales acreedores concursales e incluso no concursales de un deudor que acepta o se le imponen semejantes cláusulas?, ¿hasta qué punto una prenda omnibus o una prenda de créditos futuros no es un acto o contrato de privación cuando no sustracción de activos potenciales al resto de acreedores sin que se mensione proporcional ni determinadamente el límite de la cobertura garantidora a favor del acreedor prendario?<sup>57</sup>. Sin duda el riesgo de estas prendas no es otro que el de la desvirtuación sistemática de la prenda y con ella el apalancamiento arbitrario y unilateral del patrimonio a favor de un acreedor<sup>58</sup>.

Cómo la anclamos ante el deficitario panorama normativo, máxime cuando no es una figura excesivamente compleja, pero que presenta grandes dudas de actuación cuando se producen o se entra en la fase dinámica de la garantía. Cómo profundizamos en la misma cuando está plagada de especialidades y peculiaridades propias de los créditos, y siguiendo con el ejemplo de la pignoración de créditos, piénsese a modo de ejemplo en una prenda de créditos futuros y una situación concursal, ¿qué sucede con la prenda de créditos futuros o los que derivan de contratos bilaterales pendientes de ejecución?, ¿nos sirve la regulación que establece la normativa concursal en los artículos 61 a 63 en este supuesto?, acaso, el ejercicio de la facultad de cobro, realización en suma de la garantía, por parte del acreedor prendario en una prenda de créditos ¿no es sino una manifestación de una compensación o imputación impropia?<sup>59</sup>, ¿es que es lícito y plausible que un crédito futuro nazca ya pignorado?, ya no estamos tan solo ante problemas de falta de publicidad o cierta clandestinidad de las garantías reales, sino ante una situación en la que el deudor compromete y grava parte o todo su patrimonio no ya presente sino también futuro. Y lo hace incluso antes de que obtenga crédito, o más financiación, pues esto es lo que sucede cuando se otorga una garantía global o una garantía *pro futuro*.

¿Hasta dónde tolerar ilimitadamente el endeudamiento patrimonial no ya presente sino futuro del patrimonio de un deudor?, este no puede vincularse ni ser rehén indefinidamente de un acreedor, al derecho le repugnan las vinculaciones perpetuas; tampoco una obligación puede tener un importe o cuantía sin determinar. ¿Cómo acotar los abusos de un sobreaseguramiento y los excesos de un sobreendeudamiento?, ¿qué valor siguen teniendo axiomas irrefutables hasta hace bien poco del derecho de obligaciones que primaban no ya la autonomía de la voluntad, sino el interés público, los principios de determinación de las obligaciones, la proscripción del arbitrio a una sola de las partes contratantes, etc.?

Admitir en barbecho cláusulas ambiguas y concatenadas que juegan no ya con obligaciones presentes y futuras que se garantizan sino con créditos también futuros que aun no han nacido y que para cuando surjan efectivamente ya estarán pignorados a favor de un acreedor, normalmente único, que atrapa y devora lo mejor de un patrimonio, abre las puertas al abuso, a la vinculación perpetua de las partes y a un desvalijamiento patrimonial gravísimo por parte del deudor cuyo patrimonio queda encadenado y prolongado a un acreedor y a las obligaciones contraídas o por contraer con el mismo y en el peor de los casos sin haber fijado una cuantía máxima o umbral de «responsabilidad» efectiva de máximo como garantía. La autonomía de la voluntad, ausente de moralidad pública, no lo ampara todo. No debería hacerlo. Menos vincular y encadenar tiempos y patrimonio.

Nadie puede estar vinculado indefinidamente y nadie puede estar encadenado con la totalidad de su patrimonio a unas obligaciones, estén determinadas o por determinar, hayan nacido o todavía lo fueren a *pro futuro*. La escapatoria es unidireccional, umbrales o límites máximos de responsabilidad garantoria.

Tomar la navaja de Ockam, cortando y distinguiendo, laminando y podando para destilar finalmente un *corpus* jurídico y normativo nítido y claro, objetivo y transparente que sitúe cada figura jurídica en el engranaje que le corresponda y que sea capaz de segregar y deslindar las fronteras a veces poco porosas entre unos institutos y otros que aproximan sus finalidades y funciones si bien con naturalezas jurídicas divergentes. Pero cuidado con las simplificaciones, con las amputaciones, con las liviandades que acaben desnaturalizando jurídicamente una garantía real mobiliaria<sup>60</sup>. Una prenda es una prenda *strictu sensu*, no una compensación, no un factoraje, no una cesión pro solvendo. Tampoco una subrogación, aunque no serán pocos ni extraños los supuestos donde por el principio de subrogación acaban naciendo o desembocando en prendas de créditos, como por ejemplo en el contrato de seguro (*ex arts. 42 y 43 de la Ley de contrato de seguro*), o, supuestos más tangibles como es la expropiación de una finca hipotecada y sobre el justiprecio se constituye a *nativitate* una prenda de créditos.

Superar barreras, facilitar la concesión y el coste del crédito, la publicidad y transparencia que mitigue el fenómeno de las garantías ocultas, la realización eficiente de la garantía sin tener que acudir y trasladar a las modernas garantías reales las depuraciones doctrinales y conclusiones perfiladas a propósito de las garantías digamos clásicas. Superar trabas dogmáticas y una interesada y acomplejada confusión de figuras que en el fondo responden a una misma funcionalidad y finalidad. Una superación que debe pivotar en un arquitrabe claro y preciso, a saber, un eficiente sistema registral de las garantías reales que desplace definitivamente la publicidad de la posesión por la publicidad de la inscripción registral de la garantía. Pero además un sistema que generalice y atrape toda garantía real de base mobiliaria, corporal o incorporeal. Enquistarse en falsos e intransigentes dogmatismos puede ser igual de pernicioso que pendular hacia el extremo contrario.

Durante mucho tiempo se han anatematizado ciertas garantías reales por su clandestinidad, por su opacidad, por su falta de publicidad, pero ¿por qué en el derecho alemán figuras como la reserva de dominio y la transmisión en garantía, *strictu sensu* no son garantías reales, resisten no solo la falta de publicidad si no que son las figuras más frecuentemente utilizadas y generalizadas? Sin embargo la experiencia norteamericana bascula hacia un registro y donde la publicidad es el nervio mismo del artículo 9 UCC para cualesquiera garantías mobiliarias<sup>61</sup>. Hemos olvidado que también el artículo 1865 de nuestro Código Civil cumple una finalidad de forma *ad utilitatem*, finalidad que busca erradicar comportamientos estratégicos y oportunistas, pero sin duda, también evitar conflictos que plantearán el resto de acreedores que buscan tutelar sus créditos dentro de un patrimonio no pocas veces deficitario e insolvente.

Pero frente a la fácil, recurrente y tal vez superficial crítica de la falta de publicidad de garantías reales, acaso no debemos preguntarnos si no sería más útil un registro público de solvencias que seguir emponzoñando un sempiterno debate en torno a la publicidad o no de las garantías. ¿Qué debe primar el conocimiento de la garantía real *strictu sensu* y su perfección o por el contrario el grado de solvencia actual y en todo momento de un deudor si es que es posible semejante cognoscibilidad? Saber realmente qué papel juega, si es que lo juega, el axioma de la responsabilidad patrimonial universal, ese implícito y a la vez explícito poder

de agresión genérico que en teoría tiene todo acreedor por virtud del dictado del artículo 1911 del Código Civil, ¿qué fuerza real tiene, qué tipo de norma es, imperativa, inderogable, de mínimos, o meramente principal? La responsabilidad de un patrimonio global es un *totus*, un deseo y desiderátum previo y antecedente a la constitución *per se* de la garantía misma, pero difícilmente ejecutable en la realidad habida cuenta del vigor real de los cumplimientos subsidiarios.

No podemos ignorar la resistencia para cualesquier acreedor no prendario o incluso prendario si la garantía es pospuesta temporalmente que suscita una cláusula *omnibus*, global, etc., máxime de créditos futuros. La licitud y admisibilidad de la misma, guste o no, puede cuestionarse, más allá de las preferencias y exigencias de las propias entidades financieras. El límite como ya hemos manifestado en más de una ocasión es la posibilidad de desvalijamiento del patrimonio de un deudor a favor de un único acreedor que prácticamente se blindó e inmunizó frente a cualesquiera otras pretensiones del resto de acreedores.

Pero la norma discrimina en función de un hecho, el nacimiento efectivo del crédito sobre el que gravita la afección prendaria, no de la relación jurídica que da pie u origen al nacimiento de ese o sucesivos créditos, máxime en contratos continuados o de tracto sucesivo. Si el crédito futuro nace antes de la declaración concursal, su pignoración no solo es válida sino también su clasificación concursal como privilegiado.

Tanto antes como ahora en el momento de constituir una garantía prendaria sobre créditos preocupaban sobre todo al acreedor, pero también al deudor concursado posteriormente, el alcance, contenido, eficacia y fuerza de esta garantía en caso de insolvencia del deudor. Dejemos al margen la propia aleatoriedad cual incertidumbre y probabilidad misma del nacimiento del propio crédito<sup>62</sup>. Pocos, salvo quiénes la práctica diaria ponía sobre aviso se preocupaban por conflictos de leyes que podían suscitarse en torno a la garantía pignoratícia. Con la reforma, y al socaire de no pocos pronunciamientos jurisprudenciales de ámbito concursal, sí se ha suscitado el debate en torno a la eficacia real de una prenda holística de créditos futuros, toda vez que se produce ya el auto que declara el concurso y que venía tamizado por la actuación de la administración concursal de cara a resolver o rehabilitar cierto tipo de obligaciones, y en nuestro caso, las que atañen a los créditos futuros pignorados y el momento efectivo y real de esa pignoración, si el constitutivo de la primigenia relación prendaria con extensión *omnibus* a toda suerte de créditos determinados de un modo u otro, o el del concreto y efectivo nacimiento del crédito.

Hasta el momento presente si un deudor constituía una garantía prendaria sobre créditos unos ya nacidos y otros futuros, la solución pacífica y tolerada por todos, era la afección real y cierta de los ya nacidos y a medida que iban naciendo los futuros, quedaban *ipso iure* afectos a la garantía prendaria. A nadie hasta el momento ha parecido inoportunarle en demasía la carencia de un registro real y efectivo de garantías mobiliarias, público por supuesto, y no administrado de valores privados como es en definitiva los que llevan los valores anotados en cuenta. Y la problemática además se suscitaba entorno a la tangibilidad o no de esos activos a la hora del concurso, pues esos créditos que nacían efectivamente después de la declaración concursal ¿estaban integrados en la masa activa y por tanto el acreedor prendario no podía hacer valer su privilegio especial, o por el contrario sí quedaban igual que los créditos nacidos antes de la declaración concursal al privilegio del artículo 90?

La reforma concursal de octubre de 2011 evidenció además una realidad incontestable, la existencia paralela de prendas de créditos inscritas y la existencia

de prendas de créditos constituidas conforme al derecho común y sin ningún tipo de publicidad registral, no por ello ocultas, pero sí en cierto modo con una publicidad limitadísima si las mismas constan a través de escritura pública, toda vez que la ley concursal reconocía y sigue haciéndolo pues en esto no ha sido derogado por la reforma, la oponibilidad siempre que la prenda de créditos conste en un documento con fehaciencia. El tamiz de la publicidad registral será determinante de cara a la admisibilidad sin fisuras de prendas de créditos casi sin límite cuantitativo y temporal, pre y post concursal.

En efecto, si una prenda de créditos aun futura o mixta que combine ya créditos nacidos presentes por tanto y créditos futuros o *nasciturus* y por nacer, si los parámetros de concreción de la misma y determinabilidad del crédito en cuestión ya consta registralmente, la eficacia y oponibilidad *erga omnes* es total, como también el blindamiento preferencial que le brinda el artículo 90 de la ley concursal al otorgarle una causa de preferencia negocial de carácter especial. Por el contrario si la prenda de créditos no se inscribe en ningún registro mas siendo perfectamente válida, la resistencia frente al concurso no es tal, dado que el legislador hace bascular los efectos de su extensión, contenido y eficacia en función de la publicidad que, en este supuesto se adolece de la misma.

Indudablemente la inmunidad de una prenda sobre créditos tras la redacción dada al artículo 90.1.6º en su reforma de 2015, exige y requiere que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración. Sin relación jurídica subyacente la existencia misma de la prenda de créditos frente a la realidad concursal queda diluida. Se exige una preexistencia, una retroactividad, tal y como en su momento dictó la sentencia del Supremo de 22 de febrero de 2008, de modo que el crédito nacerá inmediatamente en la cabeza del cesionario, con base y sobre la base de la expectativa de adquisición ya transmitida. Ahora bien, en qué momento exacto nace el crédito que se pignora y en qué momento se produce la declaración concursal? No cabe duda que para el contrato de prenda sobre crédito futuro el momento relevante no es otro que perfectivo, el momento de la constitución de la prenda. Por el contrario, a efectos concursales, la prenda en un procedimiento concursal apreciar y valorar la futuridad del crédito es el de su existencia en el momento de la apertura del concurso de acreedores<sup>63</sup>.

No cabe duda que el momento perfectivo de la relación fuente o marco causal de los futuros créditos que se pignorarán marcará la resistencia o no de la prenda frente al concurso y su revestimiento privilegiado. La retroactividad pues de la resistencia o inmunidad de crédito privilegiado dependerá de si el mismo es o no vencido al momento de la declaración concursal. No hay una retroactividad absoluta sino limitada, simple. La futuridad se cercena, como es lógico para evitar el desvalijamiento patrimonial del deudor. El vínculo tiene que estar perfeccionado al tiempo del concurso pues de estar pendiente de su nacimiento o constitución al tiempo del concurso solo conduce al extrañamiento privilegiado. Perfeccionado la relación fuente o contractual los créditos nacen pignorados con eficacia real frente a terceros<sup>64</sup>.

Es evidente que un crédito pignorado que era futuro cuando se constituyó pero que está vencido en el momento de la apertura concursal, es un crédito presente y no futuro, al margen de la exigibilidad o no del mismo. Estaríamos ante un crédito presente, real, y que como tal es oponible y resistente al concurso. Aquellos créditos futuros que se pignoran y que nacen de una relación contractual preexistente y antecedente a la misma constitución prendaria son privilegiados ante una situación concursal. El vínculo se perfeccionó y nació *ex ante* al concur-



so, y por ende, oponibles y resistentes al mismo. Por su parte si el crédito futuro que nace de una relación jurídica preexistente o contrata causal, determinado o determinable, no nació o se perfeccionó en el momento de la apertura concursal pero sí en un momento ulterior, no tendrán resistencia concursal<sup>65</sup>.

No se veta una prenda sin desplazamiento, pero se limita su alcance real si la misma no está registrada. Lo malo, es que el legislador no nos dice de qué registro se trata, ni qué ubicación ni territorialidad debe tener, pues *quid* si el crédito se pignora en otro país y se registra conforme a aquel siendo el deudor concursado español y abriéndose el procedimiento de insolvencia en nuestro país? Estamos asistiendo sin duda a una recolocación espuria de las garantías pignoraticias que harán o condicionar el comportamiento y las exigencias contractuales de los financiadores. De no cambiarse la norma, los costes de transacción de la propia garantía, pero también de la financiación se elevarán y se exigirá sin duda una plasmación registral, en una suerte de validez no tanto para la constitución que no es tal, cuanto para el paraguas preferencial en caso de concurrencia frente a otros acreedores. Quid si todavía el prestamista acreedor prendario no ha realizado toda la prestación exigible a él y la pignoración abarca créditos futuros y se produce el concurso?<sup>66</sup>.

Tradicionalmente la jurisprudencia ha venido entendiendo que la prenda sobre créditos futuros surtía eficacia cuando el crédito garantizado nacía a la vida jurídica, de tal modo que si el crédito pignorado nacía antes de que se produjese una situación concursal, fruto de una relación jurídica u obligación constituida antes, el crédito en cuestión, aunque naciese más tarde que la relación jurídico obligacional nacía pignorado, pero si ya se había declarado el concurso, el mismo no gozaría ya de la causa de preferencia negocial del artículo 90, así, véase entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2008. Pero, ¿qué sucede cuando lo que se pignora es un conjunto de créditos futuros? ¿es posible individualizar, identificar, cada uno de los créditos futuros de este conjunto?<sup>67</sup>.

Debemos disociar dos fechas, una la originaria y constitutiva, que es la de nacimiento de la relación jurídica de la cuál acabará derivando y naciendo el crédito que se pignorará, y otra la de este crédito concreto y efectivo que nace causalmente como consecuencia de esa primigenia relación obligacional. No olvidemos que el crédito futuro pignorado ha de ser determinable desde el primer momento. Y entre medias de ambos, la irrupción o no de la declaración concursal. No ayuda por supuesto una redacción tan abigarrada y parca de precisión como la del artículo 90 cuando dice «la prenda en garantía de créditos futuros», una prenda siempre es garantía, no en garantía de nada.

Créditos además futuros y en ocasiones posteriores a la declaración concursal pero que puede al mismo tiempo presentar un cariz o perfil diferente, a saber, cuando el acreedor prendario ya realizó su prestación obligacional y ahora falta la contraprestación por parte del deudor concursado, en realidad, administración concursal. No estamos ante ninguna hipótesis de nueva financiación, el acreedor realizó su parte o prestación, normalmente de un modo íntegro y ahora resta la contraprestación. ¿Cuál es el momento de la exigibilidad, del devengo y nacimiento efectivo del crédito que además se pignora?<sup>68</sup>.

Debemos tener claro no obstante que el derecho concursal no puede interferir ni resituarse los elementos esenciales de constitución y validez de una garantía, pero sí condicionar su impacto e inderogabilidad en un escenario de concurrencia creditual y donde el privilegio especial es la marca que separa el cobro de la imposibilidad parcial o total del mismo. Exigir, incentivar o prácticamente

imponer la constitución registral de una prenda de créditos futuros a efectos sobre todo de salvaguardia concursal, es una opción legislativa, impuesta o no, pero en cierto modo es un rescate a esta sede, recolocación, del dictado del artículo 54 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, para algunos probablemente la panacea o cuadratura de un círculo siempre que la circunferencia pase por un registro. Con la reforma de 2015 la prenda de créditos requiere para su oponibilidad frente al resto de concursales así como de cara a su reconocimiento creditual como privilegio la simple certeza de la fecha por aplicación de alguno de los métodos de ganar fehaciencia para el contrato. Ahora bien, para la prenda común de créditos futuros el legislador destierra lo que ha sido pauta tanto para la cesión de créditos *ex* artículo 1526 del Código Civil en relación con el 1227 y parece que ahora sí, exige, la constancia en escritura pública o póliza intervenida por fedatario<sup>69</sup>.

En el margen la desposesión que como sabemos en caso de una prenda de créditos viene suplida que no sustituida por la imposibilidad material de la misma, aun no siendo en este ámbito elemento esencial, por la notificación al deudor cedido. Será a partir de ahora una opción, sobre todo del acreedor que exigirá esa inscribibilidad, lo malo, lo desarmónico es la falta de coherencia y reflexión a la hora de establecer ese registro, pues nada dice la norma concursal, salvo remitir a un registro público. Ni quién lo ha de llevar, ni cómo, ni qué sucederá incluso con las prendas de crédito constituidas fuera de nuestro territorio por un deudor con domicilio o centro principal de intereses aquí y que concursará.

Adviértase además que lo único que condiciona pero no que exige el redactado nuevo, injerto quizás pernicioso y mal estructurado tanto gramatical como jurídicamente máxime siendo los cimientos los que son, inexistentes a efectos registrales de la garantía mobiliaria, es el registro como salvaguarda de la eficacia preferencial en caso de concurso, pero no anatematiza la garantía. La prenda sigue subsistiendo en caso de créditos nacidos post concursalmente, pero en los que el acreedor prendario no goza de privilegio especial, mas ¿cuál es entonces su posición respecto de estos créditos?, ¿sería ordinario? Es evidente que los efectos perniciosos que una hipotética financiación sobre garantía real de créditos futuros nunca sería por vía de derecho común y notificación sino de inscripción registral, pues el acreedor no renunciaría al paraguas preferencial por el hecho de no estar registrada la prenda y convertirse en un ordinario por la parte que le correspondiese a aquellos créditos nacidos tras la declaración del concurso, y que haría aún más asfixiante par ale deudor la concesión u otorgamiento a su favor de crédito y garantía.

A ello únase además la enorme problematicidad que se produciría cuando entra en juego la aplicación de los principios de derecho internacional y la *lex concursus* cuando de créditos sean presentes o futuros y nacionalidades hablamos. Aunque ya hemos aludido a este extremo en esta obra sobre leyes aplicables así como no pocas disputas doctrinales a la hora de sujetar la prenda de créditos a una ley u otra, por ejemplo la del cedente u otra como exponente claro de las normas de conflicto y el anhelos de blindar e inmunizar absolutamente el derecho del acreedor prendario, la controversia está servida.

¿Cuál es la finalidad y función de una inscripción registral de una prenda sobre un crédito o sobre derechos? Sin duda la transparencia, la publicidad. Mas ello debe resituar el auténtico papel que el registro debe constituir y cumplir. Así, hay que deslindar muy bien el origen y creación o constitución de la garantía prendaria sobre créditos, y de otra, la publicidad *erga omnes* de los mismos y los instrumentos sobre los que recae esta. Escritura y registro, pero en suma, ins-

cripción. Pero ¿cómo debemos entender este registro público?, ¿vale cualquiera, incluso administrativo siempre que se inmatriculen los derechos reales?, ¿y si el mismo está en el extranjero y recoge una inscripción prendaria de un crédito futuro o futuros? La indeterminación e indefinición legal o del legislador concursal es total. Bastaría entender que siendo registro, carecería de importancia la extensión de este así como el lugar. Tal indefinición ha dado lugar a que se apunte incluso la idoneidad del Registro Mercantil, lo cuál sería un auténtico disparate, dado que todo empresario individual que no necesariamente tiene que estar inscrito debería rogar antes su inscripción de cara a la constitución registral de una prenda de créditos. Puestos a registrarlas, porqué no registrar todo tipo de constitución prendaria y ya, a un extremo de mayor eficacia, por qué no crear un registro de solvencias como apuntábamos en las páginas iniciales de este trabajo<sup>70</sup>.

## NOTAS

<sup>1</sup> La sentencia del Supremo de 13 de marzo de 2017 en los puntos 5 y 6 del fundamento tercero al argumentar y anclar la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros señala:

«5. La consecuencia de lo expuesto es que los créditos de que era titular la AEAT frente al Deportivo de La Coruña que estaban garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivaban de contratos concertados o de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración del concurso, han de considerarse resistentes a este y otorgan a tales créditos la calificación de créditos con privilegio especial, aunque el crédito pignorado haya nacido tras la declaración de concurso.

6. Por el contrario, no puede aceptarse la pretensión formulada por la AEAT de que también son resistentes al concurso las prendas sobre créditos que deriven de contratos o relaciones jurídicas cuyos caracteres definitorios estén recogidos en la escritura de constitución de la prenda pero que se encuentren pendientes de concertar o que no hayan nacido aún cuando se declaró el concurso».

<sup>2</sup> Sobre la tensión entre una tercería y la prenda de créditos, véase la reciente aportación de GARCÍA VICENTE, Prenda de créditos y tercería de mejor derecho, *CCJC*, 2017, núm. 104, mayo-agosto, 185 y sigs., quién al analizar las reformas del 90.1.6° dice, refiriéndose al mismo en 196: «es un precepto atormentado, al parecer necesitado de suturas y remiendos sucesivos, al albur de dogmas más o menos justificados respecto a qué deba entenderse por créditos futuros y en qué casos el acreedor prendario goza de preferencia sobre ellos».

<sup>3</sup> No puede ser más claro SASTRE PAPIOL, Jurisprudencia reciente del Tribunal Supremo en materia concursal, *RCP*, 2016, núm. 24, 31 y sigs., 35, cuando asevera que siendo esta una materia que por su frecuencia en los concursos haya prodigado el mayor número de sentencias, el Supremo se ha pronunciado en determinadas cuestiones por primera vez, y no siempre al gusto de la doctrina científica.

<sup>4</sup> Merece destacarse en la doctrina alemana la monografía sobre el derecho de prenda en el concurso de ECKARDT, *Grundpfandrechte im Insolvenzverfahren*, 12ª ed., Köln, 2009.

<sup>5</sup> Obligada la cita a FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/creditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas, *RCP*, 2016, núm. 24, 41 y sigs., quién en 50 señala como el legislador ha sido, en ocasiones, cauteloso en cuanto a la admisibilidad de la garantía sobre cosa futura. Precaución que adolece de justificación como bien explicita el autor al ejemplificar la incomprensibilidad de que cuando se exige que la cosecha esperada sea exclusivamente la del año agrícola, conforme al dictado del artículo 52.1° LHMPSD, o sin que se entiendan muy bien los intereses que protege la necesidad legal de constituir prenda año a año como acaeció en la STS de 6 de mayo de 1995 con dos prendas sin desplazamiento sobre las cosechas de 1984 y 1985 y una hipoteca inmobiliaria con extensión a frutos. Lo mismo sucede en exceso prudencial con la hipoteca mobiliaria de bienes registrables en construcción tratándose de buques (art. 16

LHN) o aeronaves (art. 38.3 LHMyPSD) exigiéndose no solo que haya comenzado la construcción sino que, además, se hubiere invertido una parte de la cantidad presupuestada.

<sup>6</sup> Sobre todos estos extremos tanto constitutivos como de funcionamiento del sistema me remito a VEIGA COPO, *La prenda de acciones*, Madrid, 2002 [2ª ed., 2015]. Vid. además SALINAS ADELANTADO, *El régimen jurídico de la prenda de valores negociables*, Valencia, 1996, 176 y sigs.; MEJÍAS GÓMEZ, *Prenda de acciones*, Elcano, 2002; sobre la posibilidad de constituir prendas rotatorias o sustitutivas de valores y prendas sobre valores internacionales me remito nuevamente a VEIGA COPO, *La prenda internacional de valores*, *Aranzadi Civil-Mercantil*, 2001, núm. 32, 1 y sigs.; *idem.*, *Prenda omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante, *RDBB*, 2001, núm. 82, 33 y sigs., especialmente 51 cuando se proyecta sobre una cartera de valores.

<sup>7</sup> Correcto ARIAS VARONA, Artículo 90, *Comentarios a la Ley Concursal*, [Pulgar (Dir.)], Madrid, 2016, 1166 cuando afirma que lo relevante, no es el nacimiento del crédito (puede ser anterior o posterior al concurso), sino el momento de perfección del contrato o de constitución de la relación jurídica.

<sup>8</sup> Como bien señala PANTALEÓN, De la clasificación de los créditos, *Comentarios a la Ley Concursal*, [De la Gándara (Dir.)], 2004, 501 y sigs., 532, de querer apegarse al defectuoso tenor de la norma, habría que llegar a conclusiones insostenibles: por ejemplo, la prenda de acciones no representadas por medio de títulos ni de anotaciones en cuenta o la prenda de participaciones sociales no atribuirían ninguna preferencia en el ámbito del concurso, por no poder conceptualmente estar el derecho pignorado en posesión del acreedor o de un tercero.

<sup>9</sup> Nos recuerda CARRASCO PERERA en su prólogo al libro de GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, Cizur Menor, 2006, 18 su sorpresa ante el entusiasmo que esta figura ha suscitado por parte de la doctrina, «primero, porque normalmente lo que ya está escrito sobre el asunto es normalmente bueno. Segundo, porque, de suyo, se trata de materia jurídica que no padece extrema dificultad constructiva. Yo creo que en todo esto hay una explicación paradójica. Y es que nos atrae la figura precisamente porque no tiene soporte normativo y porque es uno de los pocos espacios que quedan donde podemos especular con analogías, con recaracterizaciones, con lagunas. Uno de los espacios del Derecho en los que el intérprete se libra de la cadena de la interpretación para alojarse en el limbo de una propuesta constructiva más o menos libre». De garantía compleja la conceptualizan SIMLER/DELEBEQUE, *Les sûretés*, *cit.*, 558, quiénes además se hacen eco de las dificultades dogmáticas de cara a señalar o establecer la naturaleza y eficacia de la nantissement de créance. Véase el importante trabajo de AYNÈS, *Le nantissement de créance*, entre gage et fiduciaire, *Dr. et patrimoine*, 2007, núm. 162, 46 y sigs.

<sup>10</sup> Probablemente ha sido en el derecho francés donde se ha experimentado una de las evoluciones y reformas de más calado en el derecho de las garantías reales en los últimos años. Véase la bibliografía y tratamiento que hemos dispensado en nuestro estudio, VEIGA COPO, *Tratado de la prenda*, 2ª ed., Cizur Menor, 2017. En la literatura jurídica francesa sobre la prenda de créditos, sobre todo, créditos futuros, viene de la mano de MOULIÈRE, *Nantissement de créances futures*, nouveau contrat aléatoire, *RTDCom.*, 2011, núm. 4, 677 y sigs., sobre todo el epígrafe de la existencia del alea la prenda de créditos futuros, como bien señala en 680, el carácter futuro del crédito pignorado, no supone que el mismo sea cierto. Su nacimiento puede ser solo probable. La edificación de la prenda, es decir, la afectación de un bien incorporal en garantía de un crédito, depende de un hecho «dont la réalisation est en elle-même incertaine, donc aléatoire».

<sup>11</sup> Insiste CARRASCO PERERA, *loc. ult. op. cit.*, 19 en esta idea y afirma como las garantías mobiliarias no se ejecutan (casi) nunca. Se constituyen sobre estos intangibles no para que el acreedor pueda cobrar de ellas, sino para que se le provea del debido «confort» y estén tranquilos. El derecho no garantiza efectividad. Esta prenda solo es eficaz si existe buena disposición de un tercero de asumir los costes y los riesgos de pagar a un desconocido en una situación de incertidumbre.

<sup>12</sup> Nos recuerda esta mezquindad confusoria, interesada sin duda, la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3455) que rompe las inercias y trabas que cuestionaban la viabilidad de una prenda de créditos futuros, así como el absurdo intento

de negar la misma a tenor de la Ley de hipoteca mobiliaria. En la sentencia se afirma: «(...) La cuestión de si los créditos pueden ser objeto de prenda ha sido estudiada y resuelta por la jurisprudencia de esta Sala en un sentido positivo. A sus sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1977, 27 de octubre de 1999, 25 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 7243), 26 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002, 7873) y 10 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1821), nos remitimos para evitar superfluas repeticiones. Ha de resaltarse, además, que esta jurisprudencia ha encontrado su respaldo en la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, que reconoce la aptitud de los créditos para ser objeto de derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial del acreedor pignoraticio sobre ellos (art. 91.1.6º).

<sup>13</sup> En parecidos términos CARRASCO/CORDERO/MARÍN, La prenda de créditos, *Tratado de los derechos de garantía*, II, Cizur Menor, 2008, 227 y sigs., 229 donde asimilan las figuras y son reconducidas en la práctica conjuntamente con los depósitos bancarios como los prototipos más frecuentes en el tráfico de prenda de créditos. Defiende GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos, cit.*, 25 como la pignoración de derechos es uno de los mecanismos imaginables para lograr financiación aunque, cuando se refieran a flujos de créditos predecibles en su cuantía o tiempo, será más común optar por el contrato de *factoring* con o sin recurso, con o sin seguros que redistribuyan o no, el riesgo de insolvencia de los deudores.

<sup>14</sup> De hecho esta controvertida y siempre olvidada figura estuvo ausente en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal de 1995, aunque sí se recoge en la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal 1996 y definitivamente en el de 2001. No cabe duda que una decidida y valiente serie de sentencias de nuestro Tribunal Supremo (19 de abril de 1997, 7 de octubre de 1997 y 13 de noviembre de 1999 entre otras) han allanado todas las dificultades y acallado todas las reticencias. Como bien indica AVILÉS GARCÍA, Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos, *RDBB*, 2004, núm. 96, 215 y sigs., 230 esta solución legislativa aboga por una consideración cabal de cuáles son las necesidades actuales del tráfico jurídico, facilitándose así enormemente la constitución rápida y efectiva y sin coste excesiva de garantías sobre créditos, lo cual es encomiable, máxime si además tenemos en cuenta la aceptación que tiene y tendrá cada vez más esta figura para la puesta en marcha de financiación de proyectos dentro de la actividad mercantil.

<sup>15</sup> Sobre la prolongación de las garantías así como las garantías encadenadas ya tuvimos ocasión de pronunciarnos en VEIGA COPO, Prenda *omnibus*, prenda rotativa de acciones y garantía flotante, *cit.*, 73.

<sup>16</sup> Sobre la importancia de la pignoración de créditos y derechos WEIMAR, «Die Verpfändung von Rechten und Forderung», *MDR*, 1969, 824; VON FELDMANN, *BGB. Münchener Kommentar*, Allgemeiner Teil, I, München, 1978, 1383. Catalogan la prenda de créditos como el supuesto más importante de prenda sobre derechos, SCHWAB/PRÜTTING, *Sachenrecht*, 25 ed., München, 1994, 354. Como bien señalan CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *Tratado de los derechos de garantía*, Cizur Menor, 2002, 866, la prenda es una necesidad del sistema financiero y una forma de proveer crédito a las empresas. *Vid.* el análisis de SCACCHI, «La cessione del credito a scopo di garanzia», *RDC*, 2001, 613 y sigs. Afirma GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos, cit.*, 26 como la razón de ser principal de la pignoración de créditos radica en la necesidad de maximizar la riqueza crediticia, pese a que el valor de un crédito dependa de la conducta y la solvencia del deudor del crédito e incluso de la conducta del propio acreedor, como ocurrirá con los créditos derivados de contratos bilaterales pendientes de ejecución o con los créditos futuros.

<sup>17</sup> En parecidos términos PANTALEÓN PRIETO, Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal, en *Estudios de Derecho Judicial*, 1998, núm. 8, 177 y sigs., 182; también AVILÉS GARCÍA, Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos, *cit.*, 231.

<sup>18</sup> Señala FÍNEZ RATÓN, en su Comentario a la STS de 19 de abril de 1997, *CCJC*, 45, 1997, 933, 939 como con esta Sentencia se pone en tela de juicio esa doctrina de nuestro Tribunal Supremo que reducía la garantía constituida sobre los depósitos bancarios a la nada jurídica. Tendencia tan poco fundada como obstaculizadora del tráfico económico y de los propios intereses del cliente.

<sup>19</sup> Señala GARRIDO, Artículo 90, *Comentario de la Ley Concursal*, [Rojo/ Beltrán (Dirs.)], I, Madrid, 2004, 1631 como la prenda de créditos se ha convertido en la única garantía

real cuya regulación sustancial se contiene en la ley concursal. Crítico con esta anomalía, CARRASCO PERERA, prólogo, GARCÍA VICENTE, *La prenda*, cit., 20; vid. además, ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *El registro de la propiedad y las preferencias del crédito en la ejecución y en el concurso: (especial estudio de la nueva Ley Concursal)*, Granada, 2004, 187; nos hemos pronunciado sobre este extremo en VEIGA COPO, *Los privilegios concursales*, 2ª ed., Granada, 2006, 154 y sigs., 165. Acierta GARCÍA VICENTE, La prenda de créditos, cit., 31 cuando asevera como el legislador concursar debería haberse limitado en rigor; a reconocer la prelación de las garantías y a ordenar, en su caso, las especialidades en su ejecución, pero no debería haberse pronunciado sobre su oponibilidad a terceros o requisitos de publicidad, puesto que tales requisitos derivarán de su régimen legal propia que debería ser extraconcursal.

<sup>20</sup> Imprescindible la referencia en este punto de GULLÓN BALLESTEROS, *El derecho real de subhipoteca. (Las hipotecas sobre hipotecas)*, Barcelona, 1957, especialmente 35 y sigs., donde el autor traza una analogía entre la subhipoteca y la prenda de créditos.

<sup>21</sup> Se pregunta SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Prenda de créditos futuros y prenda en garantía de créditos futuros, cit., 33 como un acreedor pignoraticio se preguntará, con razón, ¿es que la prenda que tengo ya no vale?, ¿es que la ley la ha convertido en papel mojado?

<sup>22</sup> Vid. entre otros, GINEBRA MOLINS / MATEO BORGE. La pignoración de depósitos bancarios a plazo fijo: eficacia de la prenda frente a embargos posteriores. Consideración especial del *pignus debiti*, *Garantías reales mobiliarias en Europa*, [Lauroba/Marsal (Eds.)], Madrid, 2006, 573 y sigs.

<sup>23</sup> En este sentido vid. ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda de créditos*, Madrid, 1996, 97, es concluyente: «el objeto del derecho de crédito es una conducta. Sobre una conducta no se puede ejercer un derecho de posesión».

<sup>24</sup> Vid. entre otros, DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos de derecho civil patrimonial*, III, 4ª ed., Madrid, 1995, 183; VALVERDE Y VALVERDE, *Tratado del Derecho civil español*, II, 4ª ed., Valladolid, 1936, 458-460; SCAEVOLA, *Código Civil comentado y concordado*, IV, Madrid, 1891, 69, 99 y 109; CLEMENTE DE DIEGO, *Instituciones de derecho civil español*, I, 2ª ed. revisada por COSSÍO/GULLÓN, Madrid, 1959, 262; CRUZMORENO, *La prenda de créditos*, *RDCI*, 1993, 1273.

<sup>25</sup> Su máximo representante es WINDSCHEID, *Lehrbuch des Pandektenrechts*, I, 3ª ed., Düsseldorf, 1873, [non *vidi*, cita de ARANDA, cit.], quien a pesar de haber mantenido esta premisa, en la novena ed. de su manual, de 1906, revisada por KIPP, en 1963, cambiaría su postura en torno a la prenda de créditos, 217-219, negando la posibilidad de hablar de derecho sobre derecho, porque en estos casos el objeto no es el derecho, sino la cosa sucesiva de ese derecho.

<sup>26</sup> En nuestra doctrina se ha rechazado abiertamente la posibilidad de construcción de los derechos sobre derechos entre otros por: BELTRÁN DE HEREDIA, El usufructo sobre usufructo en la legislación española, *RDP*, 25, 1941, 226; son expresivas las palabras del prof. DE CASTRO, *Derecho civil de España*, Madrid, reimp. 1984, Madrid, 665-666 y nota 1: «... La frase derechos sobre derechos es una denominación poco afortunada, que difícilmente podrá librarse del sentido «constructivo» que le diera el pandectismo alemán; su mismo enunciado es peligroso, pues suscita, por una tan fácil como superficial analogía, la imagen de los derechos limitados del dominio. La realidad es bien distinta»; contra, MARÍN PÉREZ, Los derechos sobre derechos (Notas para su construcción teórica en derecho español), *RGLJ*, 1947, 420 y sigs.

<sup>27</sup> Vid., CRUZ MORENO, Prenda, *RDCI*, cit., 1295.

<sup>28</sup> DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, cit., 367; CLAPS, «Studi e considerazioni sulla natura giuridica del pegno di crediti», en *Archivio Giuridico*, Nuova serie, vol. VIII, 1901, 110, citando a BREMER, *Pfandrecht und Pfandobjekte*, 36, señala como una vez constituido un derecho subjetivo, este tiene una existencia objetiva y real, constituyendo por tanto una parte del patrimonio o un bien.

<sup>29</sup> Sobre la cosificación de los créditos DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos*, I, 367.

<sup>30</sup> A favor de la notificación como requisito que suple la desposesión, entre otros, ALBALADEJO, *Derecho*, III-2, cit., 253; ROSENDE HONRUBIA, La prenda de créditos, *RDCI*, 1927, 563 y sigs.; DÍEZ PASTOR, Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipo-

teca, *RDCI*, 1930, 440 y sigs.; CAPO BONNAFOUS, Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos, *RDCI*, 1931, 293. Si bien académicamente, pignoración y compensación son figuras muy alejadas, lo cierto es que en el funcionamiento de las garantías bancarias se produce un fuerte solapamiento de las mismas, «tanto en la prenda de créditos como en la irregular, se está ante figuras jurídicas que reposan sobre el mecanismo de la compensación de créditos», *vid.* DíEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema*, III, *cit.*, 508. Esta afirmación se hace más patente cuando acreedor y deudor pignoraticios son recíprocamente acreedores y deudores que es la situación que se da usualmente en el ámbito bancario, *vid.* MARTÍN OSANTE, Comentario a la STS de 13 de Noviembre de 1999: Prenda de créditos: prenda de imposiciones bancarias a plazo fijo, *CCJC*, 53, 2000, 523 ss., 528.

<sup>31</sup> Afirma EIZAGUIRRE, Las imposiciones a plazo fijo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos-valores. Comentario a la sentencia de 27 de diciembre de 1985, *RDBB*, 1987, 179 y sigs.: «...sería cerrar los ojos a la realidad si en aras del pretendido dogma del no reconocimiento legal de la prenda de derechos se llegase a negar la posibilidad de utilizar como garantía pignoraticia los mismos derechos que antes lo eran, so pretexto de la pérdida del viejo soporte cartular... ¿por qué no admitir la pignorabilidad de un derecho de crédito si con la notificación de la constitución del gravamen se puede conseguir igual resultado?».

<sup>32</sup> Como bien señala FÍNEZ RATÓN, Comentario a la sentencia de 19 de abril de 1997, *CCJC*, 45, 1997, 933 y sigs., 943 se notifica la garantía ya constituida, con lo que no existe dificultad alguna para la prenda de créditos futuros que solo devendrá eficaz cuando el crédito sobre el que recae llegue a nacer.

<sup>33</sup> Sin embargo hoy la doctrina dominante prefiere rehuir del esquema puro de la cesión limitada del crédito y afirmar directamente su carácter de prenda y no utilizar de un modo vicario la institución de la cesión limitada de créditos. Véanse estas reflexiones en CARRASCO/PERERA/MARÍN, La prenda de créditos, *Tratado de los derechos de garantía*, II, *cit.*, pp. No se olvide además como en algunos ordenamientos, la prenda de créditos exige y requiere solemnemente la forma, la existencia escrita bajo requisito de nulidad. Así, y teniendo en cuenta el dictado del artículo 2356, SIMLER/DELEBECQUE, *Les sûretés*, *cit.*, 559.

<sup>34</sup> Cfr., CANARIS, Die Verdinglichung obligatorischer Recht, *Festschrift für Werner Flume*, 1, Colonia, 1978, 372-375; en sentido semejante AMORÓS GUARDIOLA, La garantía patrimonial y sus formas, *RGLJ*, 1972, 561 y sigs.; CRUZ MORENO, La prenda de créditos, *cit.*, 1271-1272, sigue a AMORÓS y habla de garantía real en sentido amplio: no constituye un derecho real pero tampoco es una garantía personal.

<sup>35</sup> Como bien señala SCHUR, Einziehungsrecht des Gläubigers bei Pfändung und Überweisung einer Geldforderung, *KTS*, 2001,1, 73 sigs., 76: «Heute besteht allerdings wohl weitgehende Einigkeit darüber, dass das Pfandrecht an der Forderung einerseits ihren Charakter als relatives Recht teilt, dass ihm damit aber zugleich auch absolute Wirkung zukommt, da die Rechtszuständigkeit dem Gläubiger mit Wirkung gegenüber jedermann zugeordnet ist».

<sup>36</sup> Sobre el particular *vid.* SCACCHI, *cit.*, 625; ANELLI, *L'alienazione in funzione di garanzia*, Milano, 1996, 189 y sigs.

<sup>37</sup> *Vid.* sobre estos extremos BERMEJO GUTIÉRREZ, *Créditos y quiebra*, Madrid, 2002, 98 y sigs.; DE CASTRO, *El negocio jurídico*, *cit.*, 383.

<sup>38</sup> Aluden CARRASCO/CORDERO/MARÍN, *cit.*, 862 a la problemática de la remisión de la prenda de créditos al régimen de la cesión de créditos, lo que puede conducir a una paradoja pues puede conseguirse por esta remisión un régimen más favorable y permisible que para la prenda manual.

<sup>39</sup> De sorprendente la tacha ALONSO LEDESMA, Créditos contra la masa, comunicación, reconocimiento y clasificación de créditos, *RDGP*, 2011, núm. 14, 41 y sigs., 50 y 51. La doctrina se ha ocupado con profusión de esta nueva regulación, entre ella, destaca, FERNÁNDEZ DEL POZO, La eficacia de la prenda «de» o «sobre» créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, *Diario La Ley*, núm. 7742, 23 de noviembre de 2011; nuevamente FERNÁNDEZ DEL POZO, La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros, *ADCo*, 2012, núm. 25, 5 y sigs.; SÁNCHEZ ÁLVAREZ, Prenda de

créditos futuros y prenda en garantía de créditos futuros en el concurso de acreedores, *RCP*, 2012, núm. 17, 31 y sigs.; CARRASCO PERERA/TORRALBA MENDIOLA, «Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal», *Diario La ley*, 13 octubre de 2011; MIQUEL/GARCIMARTÍN, El nuevo artículo 90.1.6º in fine de la Ley Concursal, *El Notario del Siglo XXI*, 2011, núm. 40; DE CÁRDENAS/NÚÑEZ-LAGOS, Algunos comentarios a la reforma de la Ley Concursal, *Actualidad Jurídica Uribe&Menéndez, Homenaje al profesor D. Juan Luis Iglesias Prada*, Extraordinario - 2011, 216 y sigs., sobre todo, 222 donde los autores creen «que se ha perdido una gran oportunidad para dejar resuelta otra cuestión que ha suscitado mayor debate que la anterior, que es la referida al régimen privilegiado de la prenda cuando su objeto venga constituido por derechos de crédito nacidos con posterioridad al concurso, en otras palabras que es un crédito futuro a efectos del objeto del privilegio, especialmente en el caso de créditos nacidos al amparo de una relación de tracto sucesivo o bajo un contrato suscrito con anterioridad al concurso».

<sup>40</sup> Al respecto véanse las reflexiones de PANTALEÓN/GREGORACI, El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros, *RCP*, 2014, núm. 20, 22 y sigs.; defiende de un modo indubitado y conciso una mejor resistencia y posición de la prenda inscrita frente a la que no lo está, CARRASCO PERERA, Algunas reglas operativas sobre la prenda de créditos futuros en el concurso, <http://www.gomezacebo-pombo.com/index.php/es/conocimiento/análisis/item/2236-algunas-reglas-operativas-sobre-la-prenda-de-creditos-futuros-en-el-concurso>; también a favor de esta preeminencia de la garantía del crédito garantizado con prenda inscrita de créditos futuros, FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas; *RCP*, 2016, núm. 24, 41 y sigs.; contrarresta esta superioridad pretendida y defendida de lo inscrito frente a lo no inscrito, GREGORACI FERNÁNDEZ, Prenda de créditos futuros. Resistencia al concurso. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2016, *cit.*, 172 arguyendo que esta tesis debe superarse en base a tres razones, de hecho a juicio de la autora ya está superada, conforme a: en primer lugar, porque ya ha quedado sobradamente demostrado que la publicidad de las garantías no tiene en nuestro derecho una finalidad protectora de los acreedores y que las denominadas «garantías ocultas» no tienen nada de perverso. En segundo lugar, porque el legislador deja claro que el alcance de la resistencia al concurso de todas las prenda de créditos futuros está regulado en el apartado 6º del artículo 90.1. LC, y solo en él, y que conforme a este precepto no hay en nuestro ordenamiento, ninguna prenda de créditos futuros que tenga resistencia ilimitada al concurso; finalmente, en tercer lugar, porque si el TS en esta sentencia reitera que el régimen aplicable a la resistencia al concurso de este prenda debe ser el mismo que para la cesión plena de créditos futuros, la inscripción en un Registro, inexistente para las cesiones plenas de créditos, no puede contarse entre los requisitos exigidos para dicha resistencia.

<sup>41</sup> Sobre este punto FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas, *cit.*, 43 y sigs.

<sup>42</sup> Distingue FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas, *cit.*, 47 entre «bienes subjetivamente futuros» y «bienes objetivamente futuros» para quién tanto da que la «futuridad» derive del hecho de que los bienes no existan dentro del patrimonio del garante en el momento de contratar la prenda de cosa futura ... aunque existan in rerum natura, o que los dichos bienes futuros no existan aún en el patrimonio del garante ni en el de otros aunque tengan existencia futura que se prevé como posible, como ocurre en la prenda sobre cosecha futura o sobre crías nacederas. Tanto en uno como en otro caso no será posible, al menos transitoriamente, poner en posesión del bien al acreedor o a un tercero de común acuerdo.

<sup>43</sup> No es esta una polémica exclusiva de nuestro derecho y dogmática patria. Sirva como muestra también el artículo de VIGO, Sul conflitto fra il *factor* cessionario di crediti futuri e il creditore pignorante, *BBTC*, 2015, núm. 5, 528 y sigs., a propósito de la sentencia de la Corte di Cassazione de 28 luglio 2014, n. 17054, sentencia que blasona: «Il factor, cessionario di un credito futuro, può opporre il suo acquisto al creditore pignorante anche prima che il credito ceduto venga ad esistenza, sia che notifichi tempestivamente la cessione del



credito (purché si tratti di un credito infratriennale eventuale, non identificato in tutti gli elementi soggettivi ed oggettivi)).

<sup>44</sup> Contundente GREGORACI, *cit.*, 171 cuando afirma que todo lo anterior demuestra claramente «que no puede sostenerse de ninguna manera que la inscripción en el Registro de Bienes Muebles mejore la condición del acreedor pignoraticio. Y, sin embargo, ya se ha defendido que la prenda inscrita tiene mayor resistencia al concurso que la prenda no inscrita». Nuevamente ARIAS VARONA, Artículo 90, *cit.*, 1166 lo relevante no es, por tanto, el nacimiento del crédito, que puede ser anterior o posterior al concurso, sino el momento de perfección del contrato o de constitución de la relación jurídica. Se introduce, acierta el autor, de este modo una limitación, que reserva a la masa activa la posibilidad de emplear para el cumplimiento de las obligaciones del deudor el flujo de créditos por relaciones posteriores al concurso.

<sup>45</sup> No le falta razón a PANTALEÓN/GRECORACI, *cit.*, 23 cuando al referirse a esta dualidad distintiva la tachan de técnico jurídicamente de aberrante.

<sup>46</sup> Una buena síntesis de esta diferenciación en FERNÁNDEZ DEL POZO, La eficacia de la prenda «de» o «sobre» créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, *Diario La Ley*, núm. 7742, 23 de noviembre de 2011, quien señala la licitud de la constitución de garantías reales sobre créditos futuros encuentra su justificación en las reglas generales acerca de (la licitud de) los contratos sobre cosa futura (cfr. arts. 1112 y 1271.I del Código Civil).

<sup>47</sup> Oportuna la sentencia del Tribunal Supremo de 20 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3455) cuando al pronunciarse sobre la posibilidad de una prenda de créditos futuros, valora el dictado del condicionamiento suspensivo de la garantía a la existencia del crédito futuro, señalando en su Fundamento segundo: « (...) El artículo 1861 del Código Civil dice que la hipoteca o la prenda pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria. El crédito futuro puede ser considerado jurídicamente como sometido a la condición suspensiva de que llegue a existir, y la garantía quedará entonces condicionada de la misma forma. Además, si la Ley admite la hipoteca en garantía de créditos futuros (art. 142 Ley Hipotecaria) y la fianza por deudas futuras (art. 1.825 del Código Civil), no hay obstáculo que impida la constitución de una prenda en garantía de tales obligaciones».

<sup>48</sup> Se ha ocupado con autoridad de esta cuestión GARCÍA VICENTE, *La prenda de créditos*, *cit.*, 249 y sigs., analizando la propia normativa de la LCAP atemperada bien con el dictado del artículo 90 de la Ley concursal más los artículos relativos a la cesión de créditos tanto en el Código Civil como mercantil. Adviértase además de la aplicabilidad *ad hoc* de la normativa administrativa pero sobre todo civil, que el ejercicio de los derechos de cobro frente a la administración por el acreedor pignoraticio deberá ejercerse en sede de jurisdicción contenciosa administrativa, puesto que una regla general de la cesión de créditos y por tanto extensible a la prenda, es la del «no empeoramiento de la posición del deudor cedido por el hecho de la cesión» (art. 149 II LH).

<sup>49</sup> Conforme CARRASCO PERERA, Tratado de los derechos de garantía, 3ª ed., II, 262 y sigs.

<sup>50</sup> así, conforme FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas, *cit.*, 53 que señala como el problema del desmembramiento de los derechos derivados de titularidades inscritas en registros públicos (concesión inscrita en el Registro de la Propiedad, marcas inscritas en la OPM y en relación con las hipotecas sobre marcas, el Registro de Bienes Muebles) es el que plantea en la dogmática de las garantías mobiliarias a propósito de los *fixtures*. Un licenciataria de marca que es tercero de buena fe no tiene por qué soportar los derechos de un acreedor pignoraticio sobre todos los créditos nacederos de la marca si este derecho no se hace constar en el registro, aunque sea de fecha anterior.

<sup>51</sup> No oculta FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos futuros del pignorante. Nuevos y viejos problemas, *cit.*, 54 lo que se conoce como «inalienabilidad consustancial» o cierta resistencia por parte de la administración a estas prendas. Para el autor, la relación jurídico tributaria, por ejemplo, entendida como el «conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados en la aplicación de

tributos», no puede ser alterada por actos o convenios entre los particulares, mas no impide que puedan darse en garantía prendaria por el sufrido contribuyente los créditos derivados por ejemplo, de la devolución del IVA.

<sup>52</sup> Véase el trabajo de GUTIÉRREZ GILSANZ, Virtualidad de la prenda constituida sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) a favor de las entidades financieras en el concurso de las sociedades concesionarias de autopista, *Diario La Ley*, núm. 8061, 2013.

<sup>53</sup> Críticos con esta Sentencia, CARRASCO/CORDERO/MARÍN, La prenda de créditos, *Tratado de los derechos de garantía*, II, cit., 241 cuando tachan el pronunciamiento de erróneo cuando mantiene que si se trata de cesión de derechos de cobro contra la Administración nace, mediante el reconocimiento del derecho de cobro de las certificaciones de obra, de forma que, si la suspensión de pagos se produce antes del libramiento de las certificaciones, no serán eficaces para crear un derecho de separación o de privilegio en el concurso.

<sup>54</sup> Como bien señala FERNÁNDEZ DEL POZO, La eficacia de la prenda «de» o «sobre» créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.º 6 de la Ley Concursal, cit., 3 uno de los grandes problemas que suscita la determinación de la eficacia concursal de la prenda de créditos futuros consiste en precisar la eventual oponibilidad frente a terceros de la garantía constituida antes de la insolvencia, dentro del concurso del pignorante, y en relación con los créditos nacidos precisamente después de la declaración del concurso.

<sup>55</sup> Nos indican CARRASCO PERERA/TORRALBA MENDIOLA, Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *Diario La Ley*, 13 octubre de 2011, la fenomenología de créditos anteriores y posteriores. Así, son créditos «anteriores» al concurso los créditos constituidos en cabeza del deudor antes del concurso y sometidos a una condición suspensiva, que se cumple durante el concurso. Al menos mientras no se trate de una condición potestativa del concursado, el cumplimiento postconcursal de la condición suspensiva no impide la producción del normal efecto retroactivo (cfr. art. 142.I LH). Son anteriores los créditos nacidos antes del concurso sujetos a un plazo inicial de eficacia y los distintos plazos de un crédito único cuya ejecución se divide en el tiempo. Así los créditos por los plazos sucesivos del precio de venta, de que sea titular el deudor común contra un tercero, aunque alguno de estos plazos venza después del concurso de aquel, y las sucesivas certificaciones de obra que el contratista concursado emita contra su comitente, aunque se trate de una obra que, como expresa el artículo 1592 del Código Civil, se reciba por partes y se pague por partes.

<sup>56</sup> Contundente FERNÁNDEZ DEL POZO, La eficacia de la prenda «de» o «sobre» créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.º 6 de la Ley Concursal, cit., cuando asevera 7: «En definitiva, tanto entendamos que el redactor ha incurrido en un triste lapsus calami consistente en hablar de prenda «en garantía de créditos futuros» en lugar de prenda «sobre» créditos futuros o entendamos que el inciso final habla, correctamente, de una prenda «de» créditos futuros pero «en garantía de créditos futuros» entendiendo por estos últimos, los que nacen del hecho de que el acreedor sigue obligado a prestar financiación no obstante la declaración del concurso, la única interpretación con lógica de lo que ahora se dice en el artículo 90.1.6.º LC puede explicarse por referencia a una estructura argumentativa con las siguientes proposiciones encadenadas: 1.º La prenda de créditos es en principio resistente al concurso con tan solo conste la fehaciencia anterior de su fecha (versión originaria de la LC). 2.º Excepción de la regla general: la prenda de créditos futuros, de ser ordinaria o común, solo concede privilegio especial sobre los nacidos antes de la declaración del concurso. 3.º Excepción de la excepción: la prenda de créditos futuros, a pesar de lo establecido en 2.º puede ser objeto de una rehabilitación en cuyo caso el acreedor pignoraticio sigue obligado a prestar financiación pero conserva íntegra su garantía sobre créditos anteriores y posteriores a la declaración del concurso. 4.º Excepción de la regla bajo el ordinal 2.º: la prenda de créditos futuros registrada en el Registro de Bienes Muebles como prenda sin desplazamiento e inscrita bajo el artículo 54 LHMPD en relación con lo previsto en el artículo 90.1.1.º LC cubre con privilegio especial tanto los créditos nacidos antes como los nacidos después de declarado el concurso». Concluyente además señala y no sin razón que en cuanto al ámbito de aplicación de la

reforma, cabe llamar la atención sobre el hecho de que norma proyectada no es aplicable a la cesión plena de créditos futuros sino, exclusivamente, a las cesiones (incluso fiduciarias) que tengan causa de garantía.

<sup>57</sup> Esta es la línea que viene a establecer la sentencia del Supremo de 17 de febrero de 2015 cuando afirma en su fundamento quinto: «... los créditos futuros disponibles representados por el importe obtenido de las proyectadas ventas son un activo de la masa, que en méritos de la pignoración ha sido sustraído al resto de los acreedores que tenían o podían tener créditos vencidos, líquidos y exigibles y, por tanto, las pignoraciones en la medida que suponen un trato de favor y altera, en beneficio del Banco, la *par condicio creditorum*, sí debemos declarar su rescisión y con ella todos los cargos o adeudos efectuados a favor del Banco, bien derivados de los préstamos hipotecarios novados, bien cualquier otra deuda contraída por la concursada con la demandada, por cualesquiera otras obligaciones, caso de haberse producido tales cargos o abonos con posterioridad a las pignoraciones». Mas qué juego en verdad tiene la *par condicio creditorum* y por qué sabiéndolo y siendo consciente de sus limitaciones lo esgrime el Supremo?

<sup>58</sup> Estudia también GREGORACI, *cit.*, 175 y 176 esta sentencia de 17 de febrero de 2015, exigiendo una mayor claridad en el propio Supremo en futuras sentencias y no tan confusas como esta de cara a evitar el riesgo o peligro, «nada desdeñable, de que se hagan afirmaciones tales como que el Alto Tribunal parece estar afirmando que “toda prenda sobre créditos futuros es típicamente un acto perjudicial”».

<sup>59</sup> En parecidos términos y pronunciándose a favor del pacto de apropiación en el caso de realización de una prenda de imposiciones a plazo fijo, se decanta, PÉREZ DE MADRID CARRERAS, Notas críticas sobre la prenda de *imposiciones a plazo fijo*, *cit.*, 184, que señala como la esencia de la prohibición radica en la infravaloración que supone un perjuicio del deudor, por no existir equivalencia entre la posición de las partes en la relación de garantía.

<sup>60</sup> Correcto, GABRIELLI, Autonomía privada y garantías reales, *El nuevo derecho de las garantías reales*, *cit.*, 355 y sigs., 358 cuando señala que el respeto riguroso de la tipicidad de las formas de garantía real, por otra parte, no puede (o en todo caso no debe) inducir a circunscribir la función de garantía (real) a una relación crediticia singular y particular.

<sup>61</sup> Afirma BUSSANI, Los modelos de las garantías reales en civil y *common law*. Una aproximación de derecho comparado, *cit.*, 242 como un análisis comparativo serio sirve para desmentir la idea de que una garantía oculta es el enemigo de la simplicidad y de la eficacia. Añade además como se observa que la clandestinidad se admite en beneficio tanto de acreedores muy poderosos, como es el Tesoro holandés, italiano y francés, como de acreedores débiles, como los asalariados o los pequeños distribuidores por oposición a las grandes centrales de compras, o bien de algunas categorías de deudores, como los accionistas ingleses que constituyen gravámenes o mortgages sobre sus títulos (shares), o a los empresarios quebeques que transfieren a un tercero los bienes de equipo o bienes en stock objeto de una hipoteca.

<sup>62</sup> Contundente en este punto, MOULIÈRE, Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire, *RTDCom.*, 2011, núm. 4, 677 y sigs., sobre todo el epígrafe de la existencia del alea la prenda de créditos futuros, como bien señala en 680, el carácter futuro del crédito pignorado, no supone que el mismo sea cierto. Su nacimiento puede ser solo probable. La eficacia de la prenda, es decir, la afectación de un bien incorporal en garantía de un crédito, depende de un hecho «dont la réalisation est en elle-même incertaine, donc aléatoire».

<sup>63</sup> Como bien señala FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común, *cit.*, 56 un mismo crédito puede ser calificado como crédito puramente futuro en relación con la constitución de la prenda porque el momento de referencia es el de la celebración del contrato de prenda y «simplemente futuro» en lo que hace a la resistencia al concurso de dicho contrato de prenda porque en este segundo momento de referencia (apertura del concurso) el contrato se ha celebrado antes de su declaración. Nos condena, añade el autor, el legislador con esta reforma a distinguir entre varias especies de créditos susceptibles de ser dados en prenda en relación con la fuente contractual o no contractual de la que nazcan.

<sup>64</sup> De acuerdo con FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común, *cit.*, 57 sin que esa eficacia real tenga efectos retroactivos al momento de constitución de la prenda.

<sup>65</sup> Gráficamente FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común, *cit.*, 56 ejemplifica: si los créditos derivados de los futuros servicios prestados a clientes en un cierto periodo de tiempo en desarrollo de la actividad profesional, laboral o empresarial; los créditos que hayan de nacer de subvenciones solicitadas o de concursos de obras pendientes de adjudicación; los que sujetan los dividendos pasivos a reconocer por la sociedad o las rentas de alquiler de locales de negocios en pisos en construcción, los derechos de traspaso de jugadores por contratar, etc.; en relación con el concurso de pignorante: constituida una prenda sobre créditos estrictamente futuros en el momento de la pignoración (inexistencia o falta de perfección del vínculo jurídico causal en ese momento) su reconocimiento en el concurso del pignorante depende de si el vínculo se ha perfeccionado antes de la apertura del concurso (por referencia a ese momento temporal los créditos ya no son estrictamente futuros aunque nazcan después de la apertura) o aún no se ha perfeccionado la causa eficiente.

<sup>66</sup> Señala, FERNÁNDEZ DEL POZO, La eficacia de la prenda «de» o «sobre» créditos futuros en el concurso del pignorante. Un primer examen del nuevo artículo 90.1.º 6 de la Ley Concursal, *cit.*, 4 y sigs., como la opción legislativa de no considerar sujetos a preferencia especial los créditos nacederos después de la declaración del concurso coloca en una posición muy delicada al acreedor pignoraticio en los casos en que el contrato de crédito o préstamo garantizado con prenda de créditos futuros no estuviere totalmente satisfecho, sino que reste el cumplimiento al menos parcial de obligaciones asumidas a cargo del acreedor garantizado: disponibilidad del saldo aún no dispuesto, concesión de nueva financiación, promesa de prestar avales u otras formas de garantía etc.

<sup>67</sup> Se plantea MOULIÈRE, Nantissement de créances futures, nouveau contrat aléatoire, *RTDCom.*, 2011, núm. 4, 677 y sigs., 682 si es posible esa individualización a la hora de afectar en garantía un conjunto de créditos se puede establecer un contorno para la prenda del conjunto en sí mismo. Es decir, la pignoración del conjunto de créditos como valor per se.

<sup>68</sup> Señalan CARRASCO PERERA/TORRALBA MENDIOLA, Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *Diario La Ley*, 13 de octubre de 2011, que puede ocurrir en cambio, que los créditos futuros hayan de pasar al patrimonio del acreedor; cuando nazcan en cabeza del deudor, *contra una prestación simultánea* a realizar por el acreedor. Por ejemplo, el acreedor tiene que *comprar* (en garantía) estos créditos cuando nazcan, y pagar en ese momento el precio de tales créditos, con la rebaja eventual de la prima de descuento. O bien ocurre que el acreedor ha de entregar progresivamente la financiación, a medida que el deudor (ya concursado) vaya aportando créditos en garantía. La posición del acreedor en este segundo escenario es más favorable que en el primero.

<sup>69</sup> Para FERNÁNDEZ DEL POZO, Prenda común y prenda sin desplazamiento sobre bienes/créditos, *cit.*, *cit.*, 54 «me inclino por entender que la instrumentación pública solo es exigible en los créditos estrictamente futuros en el momento de la constitución de la garantía y no en los «futuros simples». Para el autor, queda sin resolver si la escritura póliza es un requisito para hacer valer la preferencia de la prenda de créditos futuros fuera del concurso (normalmente, en tercería de mejor derecho). Crítico y con razón censura como el mayor rigor formal de la prenda sobre créditos, poca justificación tiene la reforma: el legislador condona en materia formal un régimen asistemático de requisitos formales para la oponibilidad de la prenda común de créditos según se trate de créditos presentes o futuros (basta fecha fehaciente o es necesaria intervención notarial), que resulta ser a la postre escasamente razonable (la instrumentación pública no añade ninguna publicidad a la situación jurídica constituida y solo sirve para prevenir fraudes) y es muy poco coherente con la línea general de política legislativa de simplificación de formas en los negocios mobiliarios (no existe ningún sistema moderno de garantías mobiliarias que siga exigiendo escritura pública para ganar oponibilidad).

<sup>70</sup> Nos les falta razón a CARRASCO PERERA/TORRALBA MENDIOLA, Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *cit.*, última página, cuando arguyen que si lo que se pretende asegurar con la exigencia de inscripción son los intereses de los acreedores del concursado y, asumamos, un concursado cuyo centro de intereses principales se sitúa en España, va a tener acreedores en su mayoría «españoles», parecería lógico que se hubiera exigido que el registro en cuestión fuera español (el

de Bienes Muebles). Pero lo cierto es que la norma no lo exige y que, además, de la propia solución conflictual acogida en otras disposiciones —artículo 17.3 RD 5/2005— por el legislador para determinar la ley aplicable a oponibilidad a terceros de la prenda de créditos, se puede extraer un argumento favorable a la validez de registros extranjeros, o, al menos, de los del Estado cuya ley se aplica al crédito cedido. Si la prenda se constituyó conforme a dicha ley y se registró en el Estado de la misma, parece excesivo exigir una nueva inscripción en España, cuando no resulta del tenor de la propia norma. Y decimos esto aún para los casos en los que la ley que gobierna la eficacia general de la prenda de créditos como derecho real fuere la ley material (no solo concursal) española (ley de la jurisdicción del cedente/pignorante), y en España no exista —como no existe— otro «registro público» de pignoraciones de créditos que el Registro de Bienes Muebles. Distinto hubiera sido si el artículo 90.1.6.º LC, a la vez como *lex rei sitae* de la prenda y como *lex concursus*, hubiera hecho mención exclusiva del «Registro de Bienes Muebles».