

1.3. Derechos reales

La prenda de créditos como garantía mobiliaria hoy. Problemas jurídicos pendientes

The loan of credits as a guarantee furniture today. Pending legal problems

por

REMEDIOS ARANDA RODRÍGUEZ

*Profesora Titular de Derecho civil
Universidad Carlos III de Madrid*

RESUMEN: A lo largo de los últimos años, la prenda de créditos ha sufrido una serie de modificaciones legales, derivadas de las necesidades del tráfico económico, que realmente han aportado muy poco. Es más, podría decirse, que tales reformas han perjudicado a la figura al no tener en cuenta las demandas que la práctica comercial y financiera exigían ante las deficiencias normativas del Derecho español. Por ello, en este estudio, hacemos un breve recorrido por los puntos más conflictivos de la prenda de créditos con el fin de que el legislador tome nota y comience a pensar en una verdadera y completa reforma de la prenda de créditos, teniendo en cuenta la existencia de objetos diferentes (créditos presentes y futuros, individuales o en grupo); terceros implicados o afectados (deudor cedido y acreedores); y, problemas de impago que pueden llevar al concurso o no.

ABSTRACT: *Over the last few years, the lending has undergone a series of legal modifications, derived from the needs of the economic traffic, which have really contributed very little. It is more, one could say, that such reforms have harmed the figure by not taking into account the demands that the commercial and financial practice demanded before the normative deficiencies of the Spanish Law. Therefore, in this study, we make a brief tour of the most conflictive points of the loan pledge in order for the legislator to take note and start thinking about a true and complete reform of the pledge, taking into account the existence of different objects (present and future, individual or group credits); third parties involved or affected (debtor ceded and creditors); and, problems of non-payment that can lead to the contest or not.*

PALABRAS CLAVE: Prenda de créditos. Cesión en garantía. Créditos futuros. Notificación. Fecha cierta. Objeto de la prenda. Concurso del acreedor pignoraticio.

KEY WORDS: *Credit lending. Assignment in guarantee. Future credits. Notification; certain date object of the garment. Insolvency of the creditor pignoraticio.*

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA PREnda DE CRÉDITOS COMO GARANTÍA REAL MOBILIARIA.—III. EL OBJETO DE LA PREnda DE CRÉDITOS. POSIBLES MODALIDADES.—IV. NOTIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA PREnda DE CRÉDITOS.—V. FECHA CIERTA O DOCUMENTO PÚBLICO.—VI. PROBLEMAS DE CONCURSO.—VII. CONCLUSIONES.—VIII. BIBLIOGRAFÍA.—IX DECISIONES CITADAS.

I. INTRODUCCIÓN

La prenda de créditos, actualmente, tiene una enorme importancia en el ámbito económico. Se puede afirmar, sin género de dudas, que es una figura de garantía básica en el mundo económico y financiero, totalmente necesaria que permite a muchas empresas desarrollar y continuar su actividad obteniendo crédito.

La importancia económica de la prenda de créditos se manifiesta jurídicamente en la atención que la ha mostrado la doctrina y jurisprudencia españolas a partir de 1980 y también en el desarrollo normativo, aunque parcial, que por parte del legislador, ha tenido en un escaso espacio de tiempo, si atendemos a otras figuras jurídicas de garantía¹.

El desarrollo normativo de la prenda de créditos ha sido muy irregular. Como he señalado en el párrafo anterior, no hay una regulación completa y definitiva de la figura, nunca la ha habido en el Derecho español a diferencia de otros ordenamientos de nuestro entorno. Incluso es dudoso hablar de una mención a la prenda de créditos en el propio Código Civil. Habrá que esperar a 2003, con la Ley Concursal, para ver por primera vez una mención a la prenda de créditos en el ordenamiento jurídico español nacional².

En realidad, el impulso jurídico de la prenda de créditos se debe en gran parte a la doctrina, a partir de los años 80 del siglo pasado, alentada por las necesidades de la economía. Pero también, debe reconocerse la importancia de la jurisprudencia a la hora de fijar su configuración, requisitos y tratamiento en los diversos conflictos en juego³. Aun así, como todos sabemos, la realidad es más rápida que el Derecho y esto lo comprobamos en la situación actual de la figura: la prenda de créditos, tal y como se concebía a finales del s. XX, ha ido evolucionando según las necesidades en juego, de tal forma, que existen distintas formas de configurarla. Pero también, vemos una evolución en su objeto y requisitos. Ya no solo asistimos a la figura de una prenda de créditos presentes, sino también futuros; e, incluso a la prenda de un conjunto de créditos o prenda global. Por otra parte, los requisitos varían según el escenario donde nos movemos: la prenda de créditos tradicional con una cierta adaptación de los requisitos de la prenda mobiliaria del Código Civil; la prenda sin desplazamiento posesorio tal y como se regula en la LHMPsD⁴; la prenda de garantías financieras regulada por una normativa especial; y, finalmente, en el ámbito foral, encontramos una regulación de la prenda particularizada en el Código Civil catalán de 2006.

Dada la importancia que en este proceso ha tenido la jurisprudencia, creo que es un buen momento para analizarla, ver la situación actual de la prenda de créditos y dejar de manifiesto los problemas actuales que presenta, con el fin de que el legislador tome buena cuenta y comience a pensar en una regulación general y total de la figura.

II. LA PREnda DE CRÉDITOS COMO GARANTÍA REAL MOBILIARIA

A lo largo de toda la historia jurídica de la prenda de créditos, desde el Derecho Romano *«pignus nominis»* hasta finales del siglo XX, la gran cuestión que se planteaba la doctrina era su configuración jurídica: garantía real o personal. La existencia de un derecho de crédito como objeto de la garantía era un grave problema para un sector de la doctrina que consideraba la imposibilidad de constituir una prenda sobre algo incorporeal. Ello, llevaba en ocasiones a negar la figura o considerarla como una mera cesión de la acción de exigir del acreedor al deudor.

Tras una serie de decisiones titubeantes por parte de la jurisprudencia de nuestro TS a lo largo del s. XX⁵, aparecen dos sentencias claves que serán seguidas por las demás y donde se deja claro que la prenda de créditos es una figura de garantía mobiliaria de carácter real. Es un verdadero derecho real de prenda. Tales sentencias provienen ambas del mismo ponente, Antonio GULLÓN BALLES-TEROS, quien recoge la posición de gran parte de la doctrina española. Estas Sentencias son la de 19 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3429) y la de 7 de octubre de 1997 (*RJ* 1997, 7101). En ambas sentencias, el Tribunal manifiesta: «...la compensación operada entre el crédito de «Hispania Líneas Aéreas, SA» contra «Banco Exterior de España, SA» y el de este contra aquella no puede ser tratada jurídicamente como un supuesto de compensación dentro de una situación de quiebra como hace la sentencia recurrida, sino como una ejecución de garantía prendaria sobre la imposición, que tiene lugar mediante aquel mecanismo de extinción de la deuda por compensación y, en consecuencia, es irrelevante la fecha en que el crédito garantizado con la imposición nació en relación con la de la quiebra. El crédito a la restitución de la imposición a plazo estaba pignorado mediante póliza intervenida por Corredor de Comercio antes de esta última, por lo que el acreedor pignoraticio no tenía obligación de llevarlo a la masa de quiebra, y sí tenía derecho a ejecutar la garantía por separado (art. 918 Código de Comercio). Solo manteniendo que no hay posibilidad jurídica de afectar créditos en garantía del pago de deudas puede sostenerse esta «ratio decidendi» de la sentencia, pero esta tesis no es aceptable porque el crédito a la restitución es un valor del patrimonio del imponente, que le debe servir para garantizar las deudas que contraiga. La imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda. Dicho derecho no puede circunscribirse a las cosas materiales por una interpretación literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 del Código Civil, el cual admite la prenda que «produce intereses», lo que obviamente sucede con el crédito. La pignoración del mismo obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio en la titularidad efectuado (art. 1527) para que quede vinculado con el nuevo acreedor, que ostentará aquella titularidad en garantía de la deuda que el pignorante tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro. Una vez cobrado por el acreedor pignoraticio el importe del crédito, el pacto de compensación con lo debido por el deudor pignorante para extinguir la deuda no repugna a la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859), prohibición histórica que se ha mantenido viva en las legislaciones desde el Derecho Romano para evitar que los deudores que necesitan acudir al crédito pacten condiciones leoninas con sus acreedores, que de otra manera podrían quedarse para pago de las deudas garantizadas con objetos de más valor de lo debido. En la prenda de imposiciones a plazo por definición está ausente cualquier clase de perjuicio al deudor y a terceros,

porque el Banco que goza de la pignoración no va a obtener ni más ni menos de lo que aquella imposición represente, límite de su derecho pignoraticio...».

A partir de aquí, puede afirmarse que el Tribunal Supremo no ha vuelto a dudar sobre la posibilidad de la prenda de créditos como derecho real de garantía. Prueba de ello son, entre otras, la STS de 10 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1821) donde se afirma expresamente: «...estamos ante un derecho real de prenda sobre el crédito que otorga al acreedor el derecho de preferencia del artículo 1922.2 del Código Civil... si bien el dinero (algunos alegaban la existencia de una prenda de dinero y no de créditos) como tal no puede constituir por sus características el objeto de un derecho real de prenda, otra cosa es cuando es objeto de un contrato celebrado con un tercero, que otorga un derecho a la restitución de la suma entregada. Ese 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 económico. De ahí que la jurisprudencia de esta Sala lo reconozca, permitiendo que el crédito a la restitución sea objeto de un derecho real de prenda (*Sentencias 19 de abril [RJ 1997, 3429] y 7 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7101], 27 de octubre de 1999 sic, 25 de junio de 2001 [RJ 2001, 5080] y 26 de septiembre de 2002 [RJ 2002, 7873]*). Legislativamente ha de señalarse que la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 (*RCL 2003, 1748*) ha reconocido también la aptitud de los créditos para ser objeto de un derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial de acreedor pignoraticio sobre dicho crédito (art. 91.1.6.º)»; 20 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3455); 11 de marzo de 2008 (*RJ* 2008, 4044); 24 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2769).

En esta fundamentación, vemos como la jurisprudencia intenta encajar las particularidades de este tipo de garantía derivadas básicamente de su objeto: un derecho de crédito⁶.

III. EL OBJETO DE LA PREnda DE CRÉDITOS. POSIBLES MODALIDADES

El objeto de la prenda de créditos es un derecho de crédito de carácter personal. A lo largo del tiempo, siempre se ha pensado en un solo derecho, existente y determinado. Hasta 2007 la mayoría de las sentencias que observamos hacen referencia a la prenda de créditos presentes, normalmente derivados de imposiciones a plazo, donde el banco obtiene mediante la pignoración del saldo de dichas imposiciones un derecho de prenda. En este sentido, y con remisión a las Sentencias de 1997, ya citadas, señala la STS de 25 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 5080): «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».*

Junto a la práctica de prendas de créditos presentes, comienzan a celebrarse contratos de garantía con créditos futuros. En principio, aunque no es muy claro para parte de la mayoría de la doctrina, puede afirmarse que el contrato puede tener como objeto cosas presentes y futuras, conforme a los artículos 1112 y 1271,1.º del Código Civil, luego el crédito objeto de la pignoración puede ser presente o futuro. A ellos pueden unirse, en el ámbito de las garantías reales, por analogía, la posibilidad de admitir la hipoteca en garantía de obligaciones futuras (arts. 142 y 143 LH)⁷.

Sobre la admisibilidad de la prenda de créditos futuros, como objeto pignoraticio, se manifestó de forma indudable y firme la STS de 20 de junio de 2007 (RJ 2007,3455) que, tras afirmar la posibilidad de pignorar derechos de crédito presente «*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 (RCL 2003, 1748), 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. 91.1.6.º)», continuaba señalando sobre los créditos futuros: «*se pactó la garantía para "cualesquiera débitos que pudiera tener contraídos o que contraiga en el futuro con B". 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 [RCL 1946, 886]) y la fianza por deudas futuras (art. 1825 del Código Civil [LEG 1889, 27]), no hay obstáculo que impida la constitución de una prenda en garantía de tales obligaciones*». Indudablemente, el legislador lo ha reconocido expresamente al regular el privilegio del acreedor pignoraticio de créditos futuros, en la Ley Concursal tras las reformas de 2011 y 2015, artículo 90.1.6. No obstante, ya antes, se había reconocido la posibilidad de pignorar créditos futuros⁸, como podemos ver en las SSTS de la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 7873), sobre la prenda de la futura indemnización exigible por razón del seguro de insolvencias de los clientes; la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 27 de junio de 2003 (RJ 2003, 4313), relativa a la cesión en garantía del derecho de crédito futuro consistente también en el cobro de una subvención, en este caso, por razón de la transformación de cítricos. Igualmente, puede verse en la RDGRN de 14 de julio de 2001 (RJ 2002, 2391) se grava el futuro derecho de traspaso de un local por medio de hipoteca de establecimiento, conforme a los artículos 19 y sigs. LHMPSD.*

La posibilidad de un derecho, presente o futuro, también se regulaba ya en el artículo 7º del RDL 5/2005, de 11 de marzo de reformas urgentes para el impulso

a la productividad y para la mejora de la contratación pública, que incorpora a nuestro Derecho la Directiva 2002/47/CE de 6 de junio sobre acuerdos de garantía financiera. Este Decreto admite la posibilidad, por necesidades económicas de realizar operaciones de prenda de créditos (art. 6,1.º y 6,3.º) y cesiones plenas en garantía (art. 6,1.º) si bien limitadas a ciertos sujetos (bancos y personas jurídicas, conforme señala el art. 4 del RDL), y, en su regulación es de destacar, fundamentalmente, la importancia que se otorga a la causa de la operación frente a la estructura que se adopta formalmente por las partes así como la posibilidad de constituirla sin necesidades de forma; de otro lado, también es importante señalar la posibilidad, que se admite, de ejecución de la garantía mediante la compensación¹⁰.

Respecto a la posibilidad de pignorar créditos futuros se puede añadir también, la disposición final tercera de la Ley 41/2007, de reforma del Mercado Hipotecario, en la que se admite la posibilidad de constituir expresamente prenda sobre créditos futuros, configurándola como una prenda sin desplazamiento con la correspondiente inscripción en el Registro de Bienes Muebles¹¹.

Como ha señalado TARRAGONA FERNÁNDEZ¹², «La específica normativa que regula abiertamente la prenda o cesión de créditos futuros no hace sino responder a la insistente demanda de los mercados. Y es que en el tráfico mercantil, especialmente en el ámbito de financiación de proyectos o “project finance”, es práctica habitual que los derechos de crédito que nacen o lleguen a nacer de una relación jurídica sinalagmática se cedan o pignoren en garantía de una obligación. En estos casos, los créditos futuros suelen ser los únicos activos disponibles por el deudor. La financiación, por tanto, no descansa en la solvencia del prestatario, sino en el flujo de caja o “cash flow” que genere el proyecto como medio principal de repago. Es por ello, que resulta interesante la figura de la prenda de créditos futuros, pues sirve como garantía esencial para el repago de la financiación de proyectos cuyo único activo son los créditos que en el futuro nazcan como consecuencia del normal desarrollo de la actividad empresarial del deudor».

El problema más importante que puede presentar el crédito futuro como objeto de la prenda es su determinabilidad, tal y como exige el artículo 1273 del Código Civil. A este respecto, la doctrina suele utilizar la aplicación analógica de los criterios que, en sede de cesión de créditos, se encuentran contenidos en la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras (en adelante, Ley 1/1999)¹³. La disposición adicional tercera señala, como requisito para la cesión de créditos «que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores»¹⁴. La doctrina, mediante una interpretación analógica, hace extensible la aplicación de dicha regulación —en sede de cesión— a los criterios que deben aplicarse para la determinación de los créditos futuros objeto de pignoración¹⁵. De esta forma, como señala TARRAGONA FERNÁNDEZ¹⁶ «pueden establecerse los siguientes criterios de determinación de los créditos futuros: (i) que el crédito quede fijado por su conexión con relaciones obligatorias preexistentes, como es el caso de los contratos de trato sucesivo o ejecución prolongada¹⁷, (ii) que se identifique al deudor o deudores cedidos¹⁸, (iii) que se identifique la actividad que se realiza o los bienes o servicios que se ofrecen¹⁹, o (iv) que se determinen los créditos fijando un límite temporal²⁰ o cuantitativo²¹».

Si la constitución de la prenda de créditos futuros se hiciese como prenda sin desplazamiento, la Instrucción de 12 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 210678) de la Dirección General de Registros y del Notariado señala respecto a los requisitos de identificación o descripción de los créditos pignorados, conforme al artículo 57.1.º LHMPsD que «*no debe llevarse el ‘principio de especialidad’ o de ‘determinación hipotecaria/registral’ al extremo de exigir un mayor grado de determinabilidad en relación con los créditos futuros contemplados que la que se precisa para la determinación de las obligaciones garantizadas con hipoteca de máximo. O sea: que bastará una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivarse en el futuro los créditos empeñados (cfr. art. 153 bis LHMPsD por analogía)*». Esta misma Instrucción citada, respecto a los créditos objeto de la prenda señala: «*En particular, pueden darse en garantía o “gravarse” de este modo cualesquiera créditos futuros: tanto los créditos nacederos de contratos o de relaciones jurídicas existentes al momento de la pignoración como los créditos nacederos de contratos o de relaciones jurídicas inexistentes pero aún así determinables. Así, todas las rentas futuras derivadas de los contratos de arrendamiento o subarriendo que se celebren en el futuro sobre un determinado inmueble. También, los créditos por clientes que se devenguen y sean el resultado del ejercicio de la actividad empresarial del pignorante durante los siguientes ejercicios; los dividendos pasivos exigibles de los accionistas en los tres próximos años, etc.*

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 1271.1 del Código Civil. Por lo demás, la posibilidad de garantías reales sobre créditos futuros en nuestro ordenamiento positivo se infiere de múltiples preceptos contenidos en normas especiales. Así, en la disp. ad. 3.ª Ley 1/1999, de 5 de enero (RCL 1999, 12); el artículo 226 de la Ley de Contratos del Sector Público, Real Decreto Legislativo 3/2011 de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106); en el artículo 2.1.b) del RD 926/1998, de 14 de mayo (RCL 1998, 1219), por el que se regulan los fondos de titulización de activos etc. Tampoco se plantean problemas sobre el particular en los distintos ordenamientos de Derecho comparado: cfr. Directiva 2002/47/CE de 6 de junio y artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional de 12 de diciembre de 2001. En fin, la figura se admite de manera expresa en el nuevo artículo 54.3 LHMyPSD en donde se otorga carta de naturaleza a la prenda registral sobre créditos futuros. Pignorar créditos futuros es una práctica habitual en los negocios; lo que queda reflejado en no pocas normas, sentencias y hasta en resoluciones. Es frecuentísimo ceder en garantía créditos integrantes de una relación jurídica sinalagmática, “cesión que solo afecta al lado activo de la posición jurídica del cedente, a cuyo cargo permanecerán las obligaciones en que consista la contraprestación” (STS de 22 de febrero de 2008 [RJ 2008, 3048])».

Hasta la reforma de la Ley Concursal de 2011, la doctrina clasificaba los créditos futuros en «puramente futuros» o «simplemente futuros» atendiendo a si tales créditos habían nacido o no de relaciones jurídicas preexistentes a la declaración de concurso. Tras la reforma de 2011 (Ley 38/2011), como ha señalado TARRAGONA FERNÁNDEZ, «*este criterio se ha visto desplazado por el impuesto en la nueva redacción del artículo 90.1.6.º LC, pues ya no es el criterio del momento del nacimiento de la relación jurídica de la que se derivan los créditos el que determina si la obligación garantizada puede considerarse como con privilegio especial o no, sino que ahora el privilegio especial se otorga “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". Por tanto, los créditos "puramente futuros", esto es, aquellos que nacen de relaciones jurídicas aún no contraídas en el momento de la declaración del concurso del pignorante-deudor del crédito garantizado tendrán privilegio especial en caso de que se proceda a su rehabilitación o la garantía se constituya como una prenda sin desplazamiento. Los créditos "simplemente futuros", sin embargo, no gozarán automáticamente del privilegio especial por nacer de relaciones jurídicas anteriores a la declaración del concurso, pues el propio artículo 90.1.6.^o LC no repara en el momento en que se lleva a cabo la relación jurídica que da lugar al nacimiento del crédito, sino en el momento del propio nacimiento del crédito, por lo que podemos encontrarnos en supuestos de créditos que nacen dentro del concurso derivados de relaciones jurídicas anteriores a la declaración del mismo, y que no gozarán del privilegio especial frente al resto de acreedores sino se procede igualmente a su rehabilitación de conformidad con el artículo 68 LC o se han inscrito en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso».

La idea de una prenda sobre uno o algunos créditos presentes o futuros del deudor ha sido algo muy simple si nos fijamos en la práctica económica y en las necesidades del mercado. A partir de 2007 comienzan a aparecer conflictos jurídicos, que llegarán al Tribunal Supremo, derivados de la existencia de prendas sobre un conjunto de derechos pertenecientes al deudor: presentes y futuros; o, solo futuros. Son figuras de prendas globales²², perfectamente admitidas por la doctrina y jurisprudencia, con base en el artículo 1532 del Código Civil²³, donde se pignora en un solo acto y mediante una sola prenda un conjunto de derechos del pignorante, normalmente futuros. Como señala GARCÍA VICENTE, «(no se dan sucesivas pignoraciones según nacen los créditos sino que se constituye una única prenda de ejecución sucesiva) "nacerá el derecho de prenda sobre cada crédito según nazca este (con la fecha frente a terceros del negocio constitutivo de la prenda), sin que sea necesario acto complementario alguno por parte del pignorante ni del acreedor prendario, más allá de la utilidad que puede tener, en sus relaciones frente al deudor del crédito pignorado, la notificación de la prenda, que por otra parte puede anticiparse al nacimiento del crédito en muchas ocasiones"²⁴. Esta figura, reconocida por la jurisprudencia, tiene no obstante algunos inconvenientes manifestados por la doctrina que pueden traer abusos para el pignorante y una sobreprotección para el acreedor pignoraticio²⁵».

De lo dicho hasta aquí, podríamos afirmar que existe una categoría general de prenda de créditos²⁶ que tiene diversas variantes, en cuanto a su objeto: la prenda de créditos presentes; la prenda de créditos futuros; la prenda global de créditos.

IV. NOTIFICACIÓN E INSCRIPCIÓN DE LA PREnda DE CRÉDITOS

Una de las grandes cuestiones que se han planteado a lo largo de la historia es la función que cumple la notificación al deudor cedido en materia de prenda de créditos ordinaria o general. Atendiendo a la similitud con la cesión limitada del derecho de crédito con causa de garantía, es doctrina mayoritaria que la notificación no es un requisito constitutivo de la prenda de créditos, (salvo en la prenda de créditos catalana donde si es un requisito constitutivo, como ocurre en el derecho alemán), pues esta puede celebrarse y tener efectos sin intervención e incluso contra la voluntad del deudor. Ya se manifestó así la jurisprudencia desde la STS de 24 de diciembre de 1867 (CL t.16, núm. 372). No obstante, la doctrina mayoritaria en España, considera, conforme a lo establecido en el ar-

título 1527 del Código Civil para la cesión total del crédito que la notificación si es un requisito de eficacia para el deudor²⁷.

Frente a esta postura, otro sector doctrinal, en el que destaca PANTALEÓN, considera que la notificación o conocimiento de la cesión por el deudor ni es un requisito de validez ni lo es de eficacia. La cesión, plena o parcial del crédito, es válida y eficaz entre las partes y frente a todos los terceros por el mero consentimiento. Por ello, entiende que la notificación o conocimiento solo está en relación con los efectos del pago liberatorio que señala el propio artículo 1164 del Código Civil²⁸. En este sentido, se ha manifestado el TS en SSTS de 23 de junio de 1983 (RJ 1983, 3682); 14 de febrero de 1993 (RJ 1993, 997) o 23 de julio de 2007 (RJ 2007, 4698): «*no cabe desconocer que es doctrina reiterada de esta Sala, plasmada en la reciente Sentencia de 26 de marzo de 2007 (RJ 2007, 2347), que la cesión de créditos mercantiles es un negocio jurídico que no solo no exige para su perfección el consentimiento del deudor cedido, sino que la notificación no afecta a la relación cedente-cesionario, sino que se circunscribe a impedir que el deudor cedido pague legítimamente al acreedor originario. En efecto dice la mencionada sentencia que para la perfección de la cesión “no se requiere consentimiento del deudor cedido, solo que se le notifique para que no pueda pagar válidamente a su antiguo acreedor”, añadiendo en cuanto a los ya apuntados limitados efectos de la notificación, que “el hecho que no se le haya notificado en modo alguno supone fraude o perjuicio para él”, pues el acreedor cedente “será titular del crédito y como tal puede exigírselo”, interpretación que entraña con la corriente mantenida al respecto desde muy antiguo, que venía defendiendo que el tenor del artículo 347 del Código de Comercio (LEG 1885, 2), cuando señala que “los créditos mercantiles no endosables ni al portador se podrán transferir por el acreedor sin necesidad de consentimiento del deudor bastando poner en su conocimiento la transferencia”, no establece que tal notificación sea indispensable para la validez misma de la transferencia, sino que la puesta en conocimiento del deudor es a los solos efectos de que no se reputé ilegítimo el pago que se hiciere al acreedor primitivo, dirigiendo al deudor a que pague al nuevo titular —STS de 23 de junio de 1983 (RJ 1983, 3682)—, resultando así porque la eficacia y consumación del contrato de cesión no puede hacerse depender de una notificación cuya finalidad está limitada en derecho y respecto de la cual también se ha dicho que es suficiente “que se haga en el acto del emplazamiento en juicio al deudor para que se haya cumplido el precepto del examinado artículo 347”». Igualmente, la STS de 11 de marzo de 2008 (RJ 2008, 4044): «*artículo 1527 del Código Civil (LEG 1889, 27), que establece que “el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisaga al acreedor, quedará libre de la obligación”, de donde hay que deducir que el deudor que tiene conocimiento de la cesión no queda liberado de su obligación si satisface a su primitivo acreedor y no al nuevo. El deudor cedido no es parte en el contrato de cesión y, por tanto, para la validez del negocio no debe concurrir prestando su consentimiento (SSTS de 15 de julio de 2002 [RJ 2002, 7178] y 11 de julio de 2005 [RJ 2005, 5009]); pero si la conoce, debe pagar a quien resulta ser su nuevo acreedor para que se produzcan los efectos liberatorios del pago. El artículo 1527 del Código Civil, que se ha considerado infringido, solo contiene una regla que determina si el deudor queda o no liberado de su obligación cuando no conoce que se ha producido un cambio de acreedor; si se ha notificado la cesión, como ha ocurrido en este caso, y siendo cierta, como lo es, la fecha de la notificación, el deudor no se libera pagando al primitivo acreedor, sino que debe hacerlo al cesionario, porque la puesta en conocimiento del deudor cumple precisamente la función de impedir que se produzca la liberación prevista en el artículo 1527 del Código Civil».**

Sin embargo, la doctrina mayoritaria y, en el caso de la prenda de créditos, ha considerado que la notificación al deudor es un requisito, no ya de eficacia, sino un requisito constitutivo del contrato de prenda²⁹. Si bien, algunos han matizado y consideran que la notificación o conocimiento es un requisito para que la prenda tenga eficacia real³⁰. En este sentido, trata de asimilarse la función de la posesión en la prenda ordinaria manual a la notificación de la prenda de créditos: dar publicidad y evitar la libre disponibilidad de la cosa pignorada por parte del pignorante³¹. Es significativa en este mismo sentido la STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997, 3429) al señalar: «*La imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda. Dicho derecho no puede circunscribirse a las cosas materiales por una interpretación literal del artículo 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 del Código Civil, el cual admite la prenda que "produce intereses", lo que obviamente sucede con el crédito. La pignoración del mismo obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio en la titularidad efectuado (art. 1527) para que quede vinculado con el nuevo acreedor, que ostentará aquella titularidad en garantía de la deuda que el pignorante tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro*». En sentido similar pueden verse las SSTS de 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 7873) citada por la STS de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009, 1360) que señala: «*conforme a la Sentencia de esta Sala de 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002, 7873), como prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignaticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda. Es verdaderamente una prenda de derecho el crédito frente al Estado. El acreedor pignoraticio podrá ejercitar en su día y percibir directamente el crédito objeto de la prenda que, si es de dinero, cumplirá con él la obligación garantizada... El concepto del derecho de prenda implica la posesión de la cosa pignorada por el acreedor pignoraticio; en la prenda del derecho de crédito no cabe tal posesión, sino que se sustituye por la notificación al deudor y no se exige una inscripción constitutiva*».

En mi opinión, como ya me he manifestado en varias ocasiones, la notificación de la cesión al deudor no es un requisito constitutivo, ni tampoco sustituye la función de la posesión como requisito de publicidad. La cesión, como la prenda se constituyen con el mero consentimiento de las partes. Tampoco es un requisito de publicidad como la posesión, porque no cabe la posesión de los derechos de crédito y además la mera notificación no implica la indisponibilidad del crédito por parte del pignorante³². Su función básica no es otra que dar a conocer al deudor la pignoración para que en caso de vencimiento del crédito pague al acreedor pignoraticio y no al pignorante. Pero además, la falta de notificación provoca que el acreedor pignoraticio se vea privado de:

- El derecho a que el deudor cedido le abone los intereses devengados por el crédito pignorado (art. 1868 del Código Civil).
- El ejercicio de las facultades conservativas del crédito frente al deudor cedido cuando el pignorante sea negligente o no pueda actuar frente al cedido.
- La propia garantía si un posterior cesionario notifica la pignoración antes y le exige al deudor la realización del pago³³.

La importancia y necesidad de la notificación, frente a lo que ocurre en el Derecho alemán, se ve en las reformas legales últimas sobre la figura, donde se ha mantenido tal requisito, como en la del Derecho francés de 2006 (art. 2362 del Código Civil como requisito de oponibilidad frente al deudor cedido) y en la del Derecho catalán, que va más allá y lo ha considerado como un requisito constitutivo de la prenda de créditos, art. 569-13.3 Código Civil catalán).

Ahora bien, es cierto que puede traer retraso e inconvenientes en el tráfico jurídico y económico, de ahí que en las reformas sobre garantías financieras se haya eliminado tal requisito.

Junto al requisito de notificación, la inclusión de la mal denominada «prenda de créditos sin desplazamiento de posesión»³⁴ tras la reforma del artículo 54 LHM yPsD, de 2007, exige la inscripción en el Registro de Bienes Muebles de la prenda de créditos³⁵. En un principio, la idea de la reforma estaba en considerar la inscripción como requisito constitutivo de esta prenda, por la regulación del artículo 3 de esa misma Ley y como algo excepcional frente a la normativa del Código Civil. Sería una sustitución de la necesidad de entrega del bien pignorado. Los graves problemas que esto podía plantear y las dudas prácticas motivaron una consulta que trajo como resultado la RDGRN de 18 de marzo de 2008. En dicha Resolución la RDGRN parte de distinguir dos tipos de prenda: la prenda de créditos ordinaria con desplazamiento posesorio, a la que se aplica el Código Civil, y la prenda de créditos sin desplazamiento posesorio que se regula en la LHMPsD. Esta última, según dicha Resolución, cuando exige la inscripción no significa que se equipare esta a la notificación: «pues ambos actos jurídicos no tienen igual valor, ni otorgan idénticos derechos al acreedor pignoraticio, dada la naturaleza de una inscripción de prenda sin desplazamiento que en modo alguno se equipara, ni tiene el valor, que se le atribuye a la inscripción de una garantía real inmobiliaria».

La inscripción es un mero requisito de eficacia, según señala la Resolución de 2008: «*al contrario de lo que sucede con la hipoteca inmobiliaria (art. 1875.1 del CCv), en el que la inscripción es un requisito de validez, en la prenda sin desplazamiento es un requisito de eficacia, ya que la ausencia de inscripción “privará al acreedor... pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley” (párrafo último del art. 3 de la LHMPsD). Esta contundente afirmación de la LHMPsD no se ve alterada por el inciso final del párrafo tercero del artículo 54 de la LHMPsD, según la redacción dada por la Ley 41/2007, pues aparte de que hubiera requerido una reforma específica para dicha garantía mobiliaria del artículo 3 de la LHMPsD, ese entendimiento implicaría una reforma en profundidad de esa Ley, lo que extravasa con mucho el objeto de la reforma que, como se expondrá, es más limitado. Si se afirma que esa prenda sin desplazamiento de intangible (derecho de crédito) requiere para su eficacia de inscripción, es por la simple razón de que, existiendo dificultades objetivas de determinación de los elementos indispensables para su constancia tabular (art. 57 de la LHMPsD), tal inscripción tiene una mayor importancia, lo que en modo alguno dota a la misma de requisito de validez. Sigue siendo un requisito de eficacia*». En este sentido, y para cerrar la diferencia entre ambas figuras, la Dirección General afirma que «*de la evidencia de que la prenda sin desplazamiento, a pesar de su reflejo tabular, carece de la facultad de reipersecuridad y de oponibilidad de lo inscrito, de la que, al contrario, sí disfruta una hipoteca inmobiliaria o una prenda posesoria de las reguladas con carácter general en el Código Civil. Que la prenda sin desplazamiento carece de reipersecuridad, es una obviedad a la luz del artículo 16 de la LHMPsD que sí le atribuye tal efecto a la hipotecamobiliaria y no a la prenda sin desplazamiento —véase, asimismo*

lo dispuesto para las hipotecas inmobiliarias en los artículos 1876 del CCv y 104 de la LH.

Que no tiene reconocido el efecto de la oponibilidad de lo inscrito es también evidente, pues así se deriva del artículo 56 de la LHMPSD. Este precepto afirma que «la constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre bienes pignorados», lo que dota de sentido, por otra parte, a la prohibición de gravar con una prenda posesoria el bien previamente sujeto a prenda sin desplazamiento del artículo 55 de la LHMPSD; pero es más, el juego conjunto de los artículos 59 —el deudor pignorante tendrá la consideración de depositario—; 60 —imposibilidad de traslado del bien pignorado sin consentimiento del acreedor—, y 63 de la LHMPSD obligan a considerar que la inscripción no se impone frente al adquirente del bien pignorado siempre que este lo sea de buena fe.

El resumen de cuanto antecede es evidente: la prenda ordinaria y la prenda sin desplazamiento no son figuran homogéneas en cuanto a los derechos que se derivan de cada una. No se trata, por tanto, de que en la primera no hay reflejo tabular y sí en la segunda. Tampoco son equiparables la naturaleza y efectos de la notificación y de la inscripción».

En realidad, se puede afirmar que la inscripción de la prenda de créditos en el Registro de Bienes muebles no tiene más finalidad que hacerla eficaz frente a terceros, tal y como se ha recogido en la Ley Concursal, 90.1.6 tras la reforma de 2011. No para el deudor sino para los terceros, de ahí la necesidad de documento público.

V. FECHA CIERTA O DOCUMENTO PÚBLICO

La prenda, señala el artículo 1865, para ser eficaz frente a terceros debe tener fecha cierta en documento público. En este precepto el legislador ha sido más estricto que en el relativo a la eficacia de la cesión de créditos, artículo 1526, donde la fecha cierta de la cesión puede constar en documento público o privado.

Esta diferencia ha llevado a la doctrina a discutir durante mucho tiempo el sentido de estos artículos y la disputa sobre cuál debe aplicarse a la prenda de créditos. Ha habido intentos por considerar que estos artículos recogían un requisito de forma *ad solemnitatem* para la prenda de créditos. Esto no puede admitirse en ningún caso. Como ya he afirmado anteriormente tanto la cesión de créditos como la prenda de créditos se rigen por el principio general de libertad de forma (art. 1278 del Código Civil), de manera que la cesión, *inter partes* se perfecciona por el mero consentimiento y, la prenda, requiere el consentimiento seguido de la entrega (art. 1863). Es la opinión unánime en España y Europa, y tiene como mejor argumento la Ordenanza de 1673, título VI, artículos 8 y 9 que son el origen de los artículos 1526 y 1865.

En mi opinión, y conforme a una gran mayoría, la exigencia de certeza de la fecha es un requisito de eficacia de la prenda frente a terceros, concretamente de la oponibilidad sustancial de la prenda o cesión. Es decir, no es más que el requisito para determinar la prevalencia del título contractual de la adquisición pignorataria sobre el título contractual del tercero.

La diferencia entre los artículos 1526 y 1865 está en el tipo de documento donde puede constar la fecha cierta: solo en documento público para la prenda (art. 1865) o en documento público o privado indistintamente para la cesión (art. 1526). Como ya me he manifestado en otras ocasiones yo me decanto por

el artículo 1865 del Código Civil por la causa de la propia cesión: la garantía. En primer lugar, porque considero que la prenda de créditos no es más que la cesión limitada de este derecho, y, como tal cesión es un contrato de causa variable que se modaliza por su causa, en nuestro caso, la de garantía. Pero además, otra razón importante en este punto es la posibilidad de que, en determinados supuestos, la prenda de créditos pueda llegar a convertirse en una prenda ordinaria; o se opte por solicitar la enajenación forzosa del crédito por el acreedor pignoraticio en caso de incumplimiento del deudor. Aparte de las ventajas probatorias del documento público sobre el privado.

Las funciones que cumple el observar la certeza de la fecha de la prenda, en nuestro caso, son importantes. De un lado, tiene una función básica de prueba del contrato y del derecho del acreedor pignoraticio. Requisito probatorio puesto que permite dar constancia de la existencia y contenido del hecho pignoraticio, mediante una forma escrita. Pero es algo más. No es un mero requisito de prueba de la prenda, puesto que en nuestro derecho los medios de prueba no están tasados, sino que es un requisito de oponibilidad sustancial de la prenda frente a tercero. Es decir, la exigencia de fecha cierta del contrato de prenda es una condición para que el acreedor pignoraticio pueda hacer prevalecer su titularidad contra tercero, sin que el legislador haya querido en este punto ampliar los medios para hacer oponible el derecho del acreedor.

Ciertamente se nos puede objetar en este punto, como la nueva ley Concursal de 2003, reconoce la preferencia del acreedor pignoraticio sobre el crédito pignorado y frente a otros acreedores del deudor pignorante simplemente con que conste la fecha fehaciente en un documento. No obstante, esta es una excepción que solo es aplicable a los casos del concurso, como hemos visto y reconoce la propia ley en su Exposición de Motivos, al señalar que en lo demás habrá que acudir a la normativa legal existente. De manera, que solo en los casos de concurso cabría para el acreedor pignoraticio la aplicación del artículo 1526 del Código Civil: fecha cierta en documento público o privado³⁶.

En este punto, podemos concluir por tanto que el requisito de fecha cierta en documento público, del 1865, exigido al acreedor pignoraticio le permite probar la realización del contrato conforme a las exigencias legales y además conservar su titularidad en caso de conflicto. En este punto, si se da un caso de conflicto con tercero, el cesionario solo podrá conservar su titularidad sobre el derecho de crédito si demuestra su adquisición presentando el documento con fecha cierta en el que se plasme el contrato.

Pero el requisito del 1865, en la prenda, tiene otra función básica, además de probar el contrato y hacer oponible el derecho. Esta función es la de ser condición necesaria para que el acreedor pignoraticio pueda ejercitar el privilegio del artículo 1922.2 en caso de conflicto con otros acreedores del pignorante. Por supuesto, estamos tratando de ejecuciones singulares y hemos de aplicar la normativa general, sin poder acudir a lo dispuesto en la Ley Concursal.

Otra utilidad importante de la fecha cierta para el acreedor pignoraticio es que le permite, en los casos de embargo del crédito pignorado, ejercitar una tercería de mejor derecho para defender su posición frente a otros acreedores del pignorante. La tercería de mejor derecho prosperará y permitirá al acreedor pignoraticio gozar de preferencia en el cobro frente al ejecutante si prueba que su derecho de prenda es anterior al embargo del crédito, lo que resultará del instrumento público donde conste la certeza de su fecha (art. 1865 del Código Civil)

La fecha, por último, también tiene una función importante puesto que permite solucionar los posibles conflictos entre sucesivos adquirentes o entre un

adquirente y un acreedor pignoraticio del crédito. Siempre ha de estarse a la fecha de cada una de las cesiones y dar prioridad a la primera que se haya realizado³⁷.

VI. PROBLEMAS DE CONCURSO

Hasta la publicación de la Ley Concursal de 2003, a la vez que se iba reconociendo la prenda de créditos como derecho real, se fue haciendo fuerte el reconocimiento al acreedor pignoraticio de un crédito privilegiado por su derecho real de prenda conforme señala el artículo 1922,2 y 1926 del Código Civil. Esto implicaba que la insolvencia por concurso o quiebra del pignorante asignaba al acreedor pignoraticio un derecho de abstención (arts. 900 CCom y 1917 del Código Civil) y un derecho de ejecución separada (arts. 1917 del Código Civil; 918 CCom y 1268 LECiv 1881. Así, puede verse en la STS de 14 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8603); en contra, las SSTS de 27 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6654); 18 de julio de 1989 (*RJ* 1989, 5713) que deniegan la posibilidad de crédito privilegiado al acreedor pignoraticio por no ser un derecho real.

En 2003, la ley concursal incluyó el artículo 90.1.6. En la que expresamente señaló que son créditos privilegiados en el concurso: «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». En este precepto, el legislador reconoce por primera vez de manera expresa el carácter privilegiado del derecho de prenda del acreedor pignoraticio de un crédito siempre que conste la fecha fehaciente de la garantía. Esto implica, que el legislador concursal aplica a la prenda de créditos el requisito de eficacia frente a terceros del artículo 1526 para otorgar el privilegio concursal. No es necesario un documento público sino que basta un documento privado en el que conste la certeza de la fecha. En mi opinión, obviar el artículo 1865 y acudir al 1526 en este ámbito no tiene sentido lógico. El legislador ha estado muy poco cuidadoso en este punto³⁸.

Posteriormente, dado el gran desarrollo de la prenda de créditos futuros a lo largo de estos años, y su alusión en la ley, el legislador concursal volvió a reformar el artículo 90.1.6 con la finalidad de incluir también esta figura. Se hizo con la Ley 38/2011, de 10 de octubre en los siguientes términos: «La prenda en garantía de créditos futuros 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 de concurso». La finalidad del legislador no se consiguió como se pretendía dado el grave error lingüístico que se produjo por la incorrección del lenguaje. El precepto habla de «prenda en garantía de créditos futuros» y no de «prenda de créditos futuros» por lo que en lugar de hacer referencia al objeto de la prenda se refiere a la obligación garantizada con la prenda. Sobre su interpretación se han dado distintas teorías³⁹.

En este punto, sobre el carácter de la reforma y las figuras incluidas y excluidas del artículo 90.1.6.^º puede verse la RDGRN de 12 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 210678) que señala como: «Operaciones de garantía no sujetas al ámbito de aplicación del artículo 90.1. 6.^º LC. El precepto citado no se refiere a las cesiones de créditos a título de transferencia de dominio cualquiera que sea el negocio jurídico en que aquellas se insertan. Tampoco, a las cesiones de créditos con fines de garantía

“comunes” u “ordinarias” (calificadas o no de “prenda de créditos”) que no adoptan el vehículo instrumental de la prenda sin desplazamiento conforme a lo previsto en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento. También quedan fuera del ámbito de aplicación del precepto las “garantías financieras” a que se refiere el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo (que traspone la Directiva 2002/47/CE [LCEur 2002, 1769], reformada por la Directiva 2009/44/CE [LCEur 2009, 812]) y habida cuenta que su eficacia frente a terceros no requiere de fehaciencia alguna de la fecha del contrato, de instrumentación pública del mismo, ni tan siquiera de publicidad registral. Así resulta a sensu contrario, con toda claridad, de lo dispuesto en el artículo 8.1 del Real Decreto Ley citado: “los acuerdos de garantía financiera regulados en este capítulo deberán constar por escrito, sin que pueda exigirse ninguna formalidad para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutibilidad o admisibilidad como prueba” (cfr. también el art. 3.1 Directiva). Por lo demás, los bienes objeto de las “garantías financieras”, (“efectivo” o “dinero abonado en cuenta en cualquier divisa”; los “valores negociables y otros instrumentos financieros” y tras la reforma reciente efectuada por Ley 7/2007 (RCL 2007, 768) y solo en ciertos casos, “los derechos pecuniarios derivados de un acuerdo en virtud del cual una entidad de crédito otorga un crédito en forma de contrato de préstamo o de crédito”) no son susceptibles de prenda sin desplazamiento de créditos: cfr. artículo 54.3 LHMyPSD. Ni que decir tiene, en fin, que la constitución de garantías reales impuestas sobre valores anotados en cuenta o sobre títulos valores (letra de cambio, pagaré, conocimiento de embarque...) sigue la Ley tabular especial o la cartular de constitución para su oponibilidad a terceros y, en su caso, lo previsto en el Real Decreto-ley 5/2005 antes citado». Respecto al inciso final del artículo 90.1.6 de la LC, sigue señalando la Resolución, en su fundamento Quinto: «La dicción literal del artículo reformado no es precisamente feliz. Evidentemente, dado que en aquel se habla de prenda, hemos de excluir del ámbito de aplicación del precepto citado las garantías reales constituidas sobre inmuebles, buques, aeronaves, propiedad industrial e intelectual y, en general, las hipotecarias inscribibles en el Registro de la Propiedad o en el Registro de Bienes Muebles cuya eficacia concursal —como “privilegio especial”— se regula en los artículos 90.1.1º y 90.2 LC. La eficacia concursal de la garantía real impuesta sobre los bienes muebles corporales y registrables bajo el vehículo de la prenda sin desplazamiento ex artículos 52 y sigs. LHMyPSD queda también sujeta a lo previsto en los artículos 90.1º y 90.2 LC. En todos estos casos, cuando se garantizan créditos futuros, nacidos que sean estos, la eficacia erga omnes se retrotrae a la fecha de la inscripción: artículo 142 Ley Hipotecaria». En consecuencia, el artículo 90.1.6.º in fine incluye como crédito privilegiado: «Créditos susceptibles de ser garantizados registralmente en los términos del inciso final del artículo 90.1.6º LC. Pueden garantizarse registralmente cualesquiera créditos. Por ejemplo: las prendas sin desplazamiento constituidas para garantizar las obligaciones de la entidad cedente frente a la de factoring en el caso de regreso en el factoring denominado “impropio”. En particular, el precepto se aplica sin ningún género de dudas cuando se constituye la prenda sin desplazamiento en garantía de créditos futuros: cfr. artículos 5 y sigs., y artículo 54 LHMyPSD; artículo 1825 del Código Civil por analogía; artículo 142.1 LH aplicable supletoriamente a la prenda sin desplazamiento ex disp. ad. tercera de la misma LHMyPSD, en relación con lo previsto en el artículo 90.1.6.º LC. Nacidos que sean los créditos garantizados, la eficacia erga omnes de la prenda sin desplazamiento se retrotrae a la fecha de la inscripción: artículo 142. LH. A estos efectos, cabe reseñar que el que pueda constituirse una misma y única garantía (sobre créditos actuales o/y futuros) para asegurar el cumplimiento de todo tipo de obligaciones, incluso las futuras es cuestión

pacífica en la jurisprudencia: cfr. SSTS de 23 de febrero de 2000 (RJ 2000, 1242); 18 de marzo de 2002 (RJ 2002, 2273); 30 de octubre de 2006 (RJ 2006, 8904); 26 de junio de 2009 (RJ 2009, 4239). En la práctica, no es habitual constituir garantías “globales” —llamadas “ómnibus” o, equívocamente, “flotantes”— a favor del banco con el que se relaciona el empresario o deudor y con el fin de asegurar todo tipo de deudas y saldos deudores que resulten de las relaciones jurídicas, cualquiera que sea la causa, que se establezcan por el deudor con dicha entidad de crédito. Bastará, como se dice ahora en la Ley Hipotecaria, que se especifique en el título de constitución una “descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas” (cfr. art. 153 bis LH). Por cierto que la constitución de dichas garantías como “prendas registrales de máximo” (frente a las llamadas “de seguridad”) exige para su eficacia absoluta frente a terceros la fijación ex ante, en el propio título constitutivo, de una cifra máxima de responsabilidad: cfr. artículo 153 bis LH y artículo 169.14.2 del Código Civil Cataluña. Vid., en este sentido la Sentencia JM-1 A Coruña de 18 de mayo de 2006; en la doctrina del TS y a propósito de la fianza en garantía de deudas futuras y de la necesidad de fijación de una cifra o importe máximo de responsabilidad vid. las SSTS de 23 de febrero de 2000; 18 de marzo de 2002; 26 de junio de 2009, por citar algunas. El requisito de la fijación de un máximo de responsabilidad deriva del principio general de especialidad en el ámbito registral y se justifica para permitir la constitución de segundas o ulteriores garantías sobre los mismos derechos pignorados —cuya preferencia vendrá determinada conforme a los criterios generales de prioridad registral—, lo que no sería posible si la garantía fuera ilimitada».

En todo caso, puede afirmarse, a pesar de todo lo dicho, que el legislador no ha conseguido, con la reforma de 2011, incluir en la Ley Concursal la prenda de créditos futuros como figura que otorga al acreedor pignoraticio un crédito privilegiado. Es más, en ese momento, aún se discutía el tema de la rehabilitación de los créditos para obtener el privilegio, ya el que 90.1.6 LC señalaba que esas prendas solo serían oponibles y gozarían de privilegio si el crédito nace antes de la declaración del concurso o después pero si se procede a la rehabilitación (art. 68 LC) o se inscribe la prenda antes de la declaración del concurso. Hasta este momento, destacaba en la doctrina la denominada «tesis intermedida» sobre la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros⁴⁰ que se recogía en la STS de 22 de febrero de 2008 (RJ 3048): «Las cesiones de créditos futuros (llamadas “cesiones anticipadas”) exigen para su eficacia, como se ha dicho por autorizada doctrina, “que los caracteres definitarios 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 posterior negocio jurídico ni un acto de entrega o “quasi traditio” específico, y el crédito se transferirá al cessionario 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».

Ante esta situación, y dado que un sector de la doctrina consideró que la reforma de 2011 había incluido el privilegio de la prenda de créditos futuros⁴¹, de nuevo será la jurisprudencia quien determine cual es el privilegio del acreedor pignoraticio en estos casos, cuando hay insolvencia del deudor. La jurisprudencia, se había expresado sobre la cesión de créditos futuros en distintos momentos para aplicar los casos de resistencia del crédito futuro [STS de 6 de noviembre de 2013 (RJ 2013, 7863) o 25 de febrero de 2014 (RJ 2014, 1404), aunque no sobre la prenda].

Finalmente, a pesar del gran error legislativo, habrá una última reforma del artículo 90.1.6.^o de la Ley Concursal en 2015, mediante la Ley 40/2015, de 1 de octubre. Conforme a esta última reforma se establece en el artículo 90.1.6.^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 concurran los siguientes requisitos antes de la declaración de:

- 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 del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre (RCL 2011, 2050 y RCL 2012, 106)».*

La reforma de 2015 ha introducido la prenda de créditos futuros en este artículo, dotándola de preferencia y señalando los requisitos que debe reunir para su resistencia al concurso⁴².

Respecto a la prenda de créditos futuros, tras la reforma de 2015⁴³, puede atenderse a lo expresado en STS de 18 de marzo de 2016 (RJ 2016, 993) y recogida nuevamente en la STS de 13 de junio de 2017 (RJ 2017, 2899). Esta última señala: «*En relación con la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros en general, en la Sentencia 186/2016, de 18 de marzo (RJ 2016, 993), declaramos que la solución a tal cuestión debía encontrarse en los dos primeros incisos del artículo 90.1.6.^o de la Ley Concursal (RCL 2003, 1748) y en 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 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". No es por tanto preciso acudir a una "interpretación correctora" del último inciso del artículo 90.1.6.º, que fue añadido por la Ley 38/2011, de 10 de octubre (RCL 2011, 1847 y 2133), que no se refiere a la prenda de créditos futuros, pues basta con aplicar los dos primeros incisos del precepto.

2. En esa Sentencia, a la que nos remitimos en extenso, tras recordar lo que habíamos declarado en las Sentencias 125/2008, de 22 de febrero (RJ 2008, 3048), y 650/2013, de 6 de noviembre (RJ 2013, 7863), con relación a la cesión de créditos futuros, afirmamos, en lo que aquí interesa, que los créditos garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivaban 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.

3. En la posterior Sentencia 180/2017, de 13 de marzo (RJ 2017, 981), abordamos la cuestión de la pignoración de los créditos consistente en devoluciones por parte de la AEAT y su resistencia al concurso. Declaramos en esta sentencia:

"[...] los créditos consistentes en las devoluciones de ingresos que pudiera acordar la AEAT solo pueden considerarse derivados de una relación jurídica preexistente a la declaración de concurso en los casos en que el hecho imponible del impuesto respecto del cual se haya acordado la devolución de ingresos se ha producido antes de la declaración de concurso. Este criterio concuerda con el establecido para la calificación como crédito concursal o crédito contra la masa de los créditos derivados de las facturas rectificativas del IVA en las Sentencias 701/2011, de 3 de octubre (RJ 2011, 6696), y 486/2013, de 22 de julio (RJ 2013, 5202), entre otras".

4. La consecuencia de lo expuesto es que la prenda de los créditos a la devolución del IVA del ejercicio 2009, al derivar de una relación jurídica preexistente a la declaración de concurso, es resistente al concurso de UCASA, que fue declarado por Auto de 30 de abril de 2013, por más que la resolución del TEAR que estimó la impugnación del acuerdo administrativo que denegaba en parte dicha devolución hubiera sido dictada con posterioridad a la declaración de concurso».

De la reforma de 2015 y conforme a lo establecido por la jurisprudencia se puede afirmar que:

- a) La prenda de créditos futuros, es admitida en el Derecho como lo es la cesión de créditos futuros. Si bien no son lo mismo.
- b) La prenda de créditos futuros se consagra legalmente ahora en la Ley Concursal y es resistente al concurso.
- c) La resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros depende de que esos derechos nazcan de contratos perfeccionados o relaciones constituidas con anterioridad a la declaración de concurso; y que la prenda esté constituida en documento público o esté inscrita.

No obstante esta resistencia al concurso, tiene unos límites⁴⁴.

1. La acción rescisoria del artículo 71 LC si la constitución de la prenda o su alcance perjudican al concurso. En este sentido, señala la STS de 24 de junio de 2015(RJ 2015, 2769): *«las prendas de créditos futuros representados por las disponibilidades de los préstamos novados, como consecuencia de las ventas futuras de una promoción que se había terminado.*

Las prendas, según reconoce la recurrente fueron la contraprestación de las novaciones. Y así, en la cláusula financiera primera se establece: "La parte prestataria autoriza expresa e irrevocablemente a la Caja para realizar disposiciones de las cantidades disponibles en la cuenta especial número 2099.0173.93.0070006726 de la propia Caja, y por ende limitar dicha disposición, si la Caja considera incumplida cualquier obligación líquida o exigible que tengan contraída con esta como consecuencia de esta operación. A tal efecto, quedarán retenidos de forma expresa, pignorados y cedidos en prenda a la Caja, con las condiciones que se plasman en el anexo número 1 firmado con fecha veintiséis de noviembre de dos mil diez, el importe pendiente de disponer del préstamo, anteriormente indicado, así como el saldo de la mencionada cuenta especial del que la parte prestataria reitera la autorización irrevocable a la Caja para que disponga en cada momento, con el fin de que dicho importes se destinen al pago de cada una de las liquidaciones del presente préstamo".

De su literalidad resulta que los créditos disponibles, a consecuencia de las futuras ventas, debían servir, en primer lugar, con carácter expreso y prioritario, para satisfacer las obligaciones dinamantes del préstamo novado, esto es, al pago de cada una de las liquidaciones del presente préstamo.

En la STS 41/2015, de 17 de febrero, declaramos la procedencia de la rescisión de la prenda de gran parte (30%) del saldo de una cuenta en la que se abonó el importe de la operación financiera concertada con el Banco, en garantía de todos los intereses que devengaba la propia operación, impidiéndose al acreedor (el concursado) la disponibilidad de este importante porcentaje del principal de la operación. La prenda, señalábamos, configurada de este modo, era contraria al artículo 1258 del Código Civil, pues las partes se obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que "según su naturaleza" sean conformes a la buena fe. Es contrario a la naturaleza de la operación de crédito, que gran parte de su importe sirva para garantizar los intereses de la propia operación, alterando esencialmente el esquema de distribución de riesgos previsto en esta clase de operaciones. Cuestión distinta es que parte o toda la operación de que se trate, pueda estar asegurada con otras garantías, sean personales o reales de cualquier clase.

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 conditio 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».

2. Si se generan perjuicios para la masa cabría la resolución de la prenda conforme al artículo 62.2.II LC.

3. La prohibición de una sobregarantía que perjudique al deudor pignorando todos sus activos.

Todo lo dicho hasta ahora no es de aplicación a las garantías financieras, para las que existe un estatuto especial del concurso tal y como prevé el RDL 5/2005. Así se han manifestado la STS de 20 de junio de 2012 (RJ 2012, 6858): «*lo dispuesto en Real Decreto ley 5/2005 (RCL 2005, 503), que constituye norma especial aplicable a las entidades de crédito —según el apartado 3 de la disposición*

adicional segunda de la Ley 22/2003— y que traspuso la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002 (LCEur 2002, 1769), sobre acuerdos de garantía financiera. Y, en particular, el artículo 15, apartado 4, del mismo, que establece que el derecho de ejecución separada de la garantía, ejercitado en el caso por la acreedora ahora recurrente, no resulta limitado, restringido o afectado, en cualquier forma, por la apertura de un procedimiento concursal de la deudora pignorante». El artículo 15 del RDL prevé un régimen de ejecución separada en caso de concurso⁴⁵

VII. CONCLUSIONES

- I. La prenda de créditos es una garantía real mobiliaria.
- II. La prenda de créditos puede constituirse sobre créditos presentes y sobre créditos futuros.
- III. La prenda de créditos futuros exige la determinabilidad del objeto (art. 1273 del Código Civil). Esto implica que el crédito quede fijado conforme a la conexión con relaciones obligatorias preexistentes; que se identifique al deudor cedido; que se identifique la actividad que se realiza; o, que se fije un límite temporal.
- IV. La notificación de la prenda de créditos es un requisito de oponibilidad de la prenda al deudor cedido que no puede asimilarse a la desposesión de la cosa pignorada del artículo 1863 del Código Civil.
- V. La fecha cierta de la prenda de créditos cumple la misma función que la inscripción de la prenda de créditos prevista en el artículo 54 LHMPsD. Son requisitos de oponibilidad frente a los terceros.
- VI. En la prenda de créditos, cuando no existe insolvencia del deudor, se aplica el artículo 1865 del Código Civil respecto a la fecha cierta: necesidad de que la fecha de la prenda conste en documento público. Si existe insolvencia, conforme al artículo 90.1.6. LC se aplica el artículo 1526 del Código Civil: fecha cierta en documento público o privado.
- VII. El acreedor pignoraticio de un crédito tiene un crédito privilegiado y resistente al concurso conforme señala el artículo 90.1.6 LC. Lo mismo ocurre para los créditos futuros, tras la reforma de 2015, siempre que los créditos futuros nazcan de contratos o relaciones anteriores a la declaración de concurso, y la prenda se constituya en documento público o, si está sometida a la LHMPsD, se haya inscrito en el Registro.
- VIII. Existen excepciones a la resistencia de la prenda en el concurso en los casos de aplicación del artículo 71 LC para la acción rescisoria; perjuicio para la masa; y sobregarantía del acreedor.

RESOLUCIONES CITADAS

SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO

- 28 de diciembre de 1935 (*RJ* 1935, 2485)
- 23 de junio de 1983 (*RJ* 1983, 3682)
- 27 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6654)
- 19 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 6069)
- 18 de julio de 1989 (*RJ* 1989, 5713)

- 28 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989, 7915)
- 14 de febrero de 1993 (*RJ* 1993, 997)
- 31 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 4055)
- 14 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8603)
- 21 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1011)
- 19 de abril de 1997 (*RJ* 1997, 3429)
- 7 de octubre de 1997 (*RJ* 1997, 7101)
- 25 de junio de 2001 (*RJ* 2001, 5080)
- 26 de septiembre de 2002 (*RJ* 2002, 7873)
- 27 de junio de 2003 (*RJ* 2003, 4313)
- 10 de marzo de 2004 (*RJ* 2004, 1821)
- 20 de junio de 2007 (*RJ* 2007, 3455)
- 23 de julio de 2007 (*RJ* 2007, 4698)
- 22 de febrero de 2008 (*RJ* 2008, 3048)
- 11 de marzo de 2008 (*RJ* 2008, 4044)
- 3 de febrero de 2009 (*RJ* 2009, 1360)
- 20 de junio de 2012 (*RJ* 2012, 6858)
- 6 de junio de 2013 (*RJ* 2013, 7863)
- 25 de febrero de 2014 (*RJ* 2014, 1404)
- 24 de junio de 2015 (*RJ* 2015, 2769)
- 18 de marzo de 2016 (*RJ* 2016, 993)
- 13 de junio de 2017 (*RJ* 2017, 2899)
- ST JIM de Alicante de 20 de julio de 2012

RESOLUCIONES DE LA DGRN

- 14 de julio de 2001 (*RJ* 2002, 2391)
- 18 de marzo de 2008
- 12 de mayo de 2012 (*JUR* 2012, 210678) Instrucción

BIBLIOGRAFÍA

- ARANDA RODRÍGUEZ, R. (1996). *La prenda de créditos*, Madrid, Pons.
- (2013). La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Miquel González (dir.), La Ley, Madrid.
- (2013). Eficacia de la prenda de créditos frente a terceros. Problemas de oponibilidad en el Derecho español, en *Estudios jurídicos en homenaje al Profesor José María Miquel González*, Díez-Picazo (dir.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur-Menor.
- CARRASCO PERERA, A. (2006). Prólogo, en *La prenda de créditos*, García Vicente, Madrid.
- CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J (2008). *Tratados de los derechos de garantía*, II, 2.^a ed., Navarra.
- CARRASCO PERERA y TORRALBA MENDIOLA (2011). Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *Diario La Ley*, 2 de noviembre de 2011 (La Ley 2011, 16759).

- FELIÚ REY, M.I. (2012). La prenda en garantía de créditos futuros: un piélagos pignoraticio, *Derecho de los negocios*, núm. 259.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2009). Dictamen sobre la eficacia de la nueva prenda sin desplazamiento de créditos del artículo 54.3 LHMPSD en relación con las diversas especies de garantías reales sobre créditos existentes en nuestro ordenamiento, Barcelona, 25 de junio de 2009. En línea. <http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2009/09/PSDCREDITOS.pdf>
- GARCÍA VICENTE, J. R. (2006), *La prenda de créditos*, Madrid.
- GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2013). Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Miquel González (Dir.), La Ley, Madrid.
- GAVIDIA (1993). La cesión de créditos, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GAYA SICILIA, La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido, ¿carga del cedente o del cessionario?, *Estudios de Derecho civil en homenaje al Profesor D. Jose Luis Lacruz Berdejo*, I, Barcelona.
- GREGORACI FERNÁNDEZ (2016). Prenda de créditos futuros. Resistencia al concurso. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2016, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 25.
- GULLÓN BALLESTEROS (1957). *Derecho real de subhipoteca (las hipotecas sobre hipotecas)*. Bosch, Barcelona.
- HORMAECHEA ALONSO (2013). Ejecución de garantías financieras y compensación en el concurso. Comentario a las Sentencias de la Sala Civil del Tribunal Supremo núm. 373/2012 de 20 de junio de 2012 y núm. 388/2012 de 26 de junio de 2012, *Revista de derecho concursal y paraconcursal*, núm. 18.
- MANZANARES SECADES (1988). Prenda de dinero y prenda de créditos, *ADC*, vol. IV.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2011). El nuevo artículo 90.1.6.º in fine de la Ley Concursal: Opciones interpretativas y el dilema de los acreedores, *El Notario del S. XXI*, noviembre-diciembre.
- MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2016). Prenda de créditos, en *Tratado de Derecho civil. Las garantías*, T.I., vol. I, dirig. Por Prats Albentosa, Wolter Kluwer-Consejo General del Notariado, 755.
- PANTALEÓN PRIETO, F. (1988). Cesión de créditos, *ADC*, vol. IV.
- PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ (2014). El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 20.
- ROSENDE HONRUBIA (1927). La prenda de créditos, *RCDI*.
- TARRAGONA FERNÁNDEZ, E. (2017). *Prenda de créditos futuros*, Tesis Doctoral, Universidad de Barcelona.
- VEIGA COPO (2017). Garantías, privilegios y valores razonables o menos razonables de las garantías en el concurso de acreedores, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 26.
- ZUNZUNEGUI, F. (2006). Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005), en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, coordinados por E. Lauroba/J. Marsal, Barcelona, Pons.

NOTAS

¹ Baste como ejemplo manifestar como la prenda de créditos a nivel concursal sufre 3 reformas desde 2004 a 2015; o, que se regula la prenda de garantías financieras en 2005 y sufre también una modificación importante en 2011.

² Concretamente en el artículo 90.1.6 de la Ley Concursal.

³ Así, recientemente MIQUEL RODRÍGUEZ, J. (2016). *Prenda de créditos*, en *Tratado de Derecho civil. Las garantías*, T.I., vol. I, dirig. Por Prats Albertosa, Wolter Kluwer-Consejo General del Notariado, 755.

⁴ La reforma de esta Ley con la Ley 5/2007, introduce el artículo 54 en el que se reconoce la existencia de la prenda de derechos de créditos y su posible inscripción. Ello motivó la RDGRN de 18 de marzo de 2008 en la que se plantea la existencia de una nueva figura de prenda, la prenda de créditos sin desplazamiento posesorio.

⁵ Concretamente podemos ver en contra la STS de 27 de diciembre de 1985 (*RJ* 1985, 6654) donde se niega el carácter real por la falta de requisitos del contrato de prenda; STS de 18 de julio de 1989 (*RJ* 1989, 5713) y 28 de noviembre de 1989 (*RJ* 1989, 7915) ambas niegan el carácter real con la misma argumentación que la STS de 1985 y deniegan el privilegio del artículo 1922,2.^º del Código Civil al acreedor pignoraticio. No obstante, la gran mayoría admite el carácter real de la prenda de créditos, como las SSTS de 28 de diciembre de 1935 (*RJ* 1935, 2485) donde se habla de cesión de seguridad de unas certificaciones de obra y se considera al banco acreedor prendario; STS de 19 de septiembre de 1987 (*RJ* 1987, 6069) donde se considera la prenda de créditos como cesión limitada que otorga al acreedor pignoraticio un derecho real de prenda; STS de 31 de mayo de 1993 (*RJ* 1993, 4055) donde el tribunal parece dar por sentado que se trata de una verdadera prenda como derecho real y como contrato; STS de 14 de noviembre de 1995 (*RJ* 1995, 8603) el tribunal considera que existe una prenda; y, 21 de febrero de 1997 (*RJ* 1997, 1011) donde se admite la prenda.

⁶ Es indudable que la particularidad de la prenda de créditos deriva de su objeto. Es una afirmación unánime en la doctrina y jurisprudencia.

⁷ Ya la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, que en su apartado 1.3.^º establece como requisito para la aplicación de la Disposición que «los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazzan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores». En igual sentido, el artículo 2.1 del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización, establece expresamente que podrán incorporarse a un fondo de titulización de activos aquellos activos de naturaleza homogénea tales como «los derechos de crédito que figuren en el activo del cedente» (art. 2.1.a), y «los derechos de crédito futuros que, constituyendo ingresos o cobros de magnitud conocida o estimada, su transmisión se formalice contractualmente, probando, de forma inequívoca, la cesión de la titularidad» (art. 2.1.b). Además de enumerar los créditos futuros susceptibles de titulización (véase el segundo párrafo del artículo 2.1.b del Real Decreto 926/1998, de 14 de mayo), se amplía el elenco de créditos futuros titulizables en el Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (*vid.* art. 260.1) y en la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas (*vid.* art. 99.2). La Orden EHA/3536/2005, de 10 de noviembre, de determinación de derechos de crédito futuros susceptibles de incorporación a Fondos de Titulización de activos y de habilitación a la Comisión Nacional del Mercado de Valores para dictar reglas específicas en materia de contabilidad y obligaciones de información aplicables a los Fondos de Titulización de activos y sus sociedades gestoras (BOE núm. 274, de 16 de noviembre de 2005), delimita también mediante una rigurosa descripción los créditos futuros que, junto a los anteriores, pueden incorporarse a Fondos de titulización (véase la enumeración que realiza el propio artículo 2 de la referida Orden). Un análisis detallado puede verse en TARRAGONA FERNÁNDEZ, E.: *Prenda de créditos futuros, cit.*

⁸ Si bien, la doctrina había discutido el tema y como ha señalado TARRAGONA FERNÁNDEZ, E.: *La prenda de créditos futuros*, Tesis Doctoral, junio 2017, Universidad de Barcelona. Cuando nos encontramos ante un derecho futuro, la doctrina es prácticamente unánime en señalar que «el derecho de prenda no podrá adquirirse hasta que nazca el objeto sobre el que recae, pero su eficacia frente a terceros puede retrotraerse sin dificultad al tiempo del constitución de la prenda». De hecho, esta es la cuestión de fondo ante una prenda de créditos futuros, pues si bien la garantía no podrá ser plenamente eficaz hasta que nazca el crédito pignorado, una vez nacido este, los efectos de la prenda se retrotraerán a la fecha de constitución de la misma. En caso contrario, carecería de interés la constitución de esta garantía.

⁹ Artículo séptimo. Objeto de la garantía.

El objeto de la garantía financiera que se aporte debe consistir exclusivamente en:

- a) Efectivo, entendiendo por tal el dinero abonado en cuenta en cualquier divisa.
- b) Valores negociables y otros instrumentos financieros, según se definen en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y en sus normas de desarrollo, y todo derecho directo o indirecto sobre aquellos.

¹⁰ Un análisis detallado de este Reglamento puede verse en ZUNZUNEGUI, F., Una aproximación a las garantías financieras (Comentarios al capítulo segundo del Real Decreto-ley 5/2005), en *Garantías reales mobiliarias en Europa*, coordinados por E. Lauroba/J. Marsal, Barcelona, Pons, 2006, 415 y sigs.; *Vid.* También glosando las ventajas de esta regulación y su extensión a la prenda de créditos en general, CARRASCO PERERA, A (2006): Prólogo, en *La prenda de créditos*, de García Vicente, Madrid, 22-24.

¹¹ Esta disposición introdujo la nueva redacción del artículo 54,3.^º LHMyPsD en los siguientes términos: «Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles».

¹² *Op. cit.*

¹³ La referida ley se encuentra derogada por la Ley 25/2005, de 24 de noviembre, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y sus sociedades gestoras, si bien la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999 (redactada según la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público), sigue en vigor.

¹⁴ *Vid.* apartado 1.3 de la disposición adicional tercera de la Ley 1/1999. Obsérvese, además, que al delimitar el objeto de cesión, se aceptan abiertamente tanto los créditos presentes como los futuros.

¹⁵ *Vid.*, por todos, CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J (2008)., *Tratados de los derechos de garantía*, II, 2.^a ed., Navarra, 880 y sigs.; GARCÍA VICENTE, J. R.(2006), *La prenda de créditos*, Madrid., 173 y sigs.

¹⁶ *Op. cit.*

¹⁷ Cabe, por tanto, la pignoración de créditos aún no nacidos pero que se derivan de contratos ya formalizados por las partes en una fecha concreta y que, por tanto, se pueden identificar (véase, por ejemplo, créditos que nacen de contratos de arrendamiento, de contratos de suministro, de contratos de ejecución de obra, etc. En definitiva, cualquier contrato que dé lugar a un derecho de crédito a favor de una de las partes). Téngase en cuenta, sin embargo, que en muchos casos la relación jurídica preexistente es imposible (piénsese en los flujos crediticios nacidos de peajes, de ventas de determinados productos, etc, en que es imposible identificar previamente al deudor del crédito o identificar propiamente la relación jurídica de la que nace el crédito). En estos supuestos habrá que acudir a los demás criterios de identificación de los créditos futuros.

¹⁸ Cabe la pignoración de los créditos que el pignorante ostente o pueda ostentar en un futuro frente a un determinado deudor, con independencia de que se haya suscrito el contrato que da lugar al nacimiento de los mismos. Es habitual, en este sentido, la pignoración de créditos que el pignorante ostenta frente a un/os determinado/s cliente/s, de quien/es se obtiene/n los ingresos o flujos crediticios.

¹⁹ Este criterio se utiliza habitualmente cuando el pignorante se dedica a diferentes ramas de actividad, por lo que puede pignorar todos los ingresos que reciba en un futuro de una de ellas, mediante la identificación de la propia actividad.

²⁰ Es habitual la pignoración de ingresos del pignorante de determinados períodos de facturación (por ejemplo, de un trimestre o de un año en concreto).

²¹ Se trata de la pignoración de flujos crediticios a favor del pignorante hasta un importe concreto o estableciendo un porcentaje de facturación.

²² No deben confundirse con las prendas ómnibus o flotantes que son prendas que aseguran obligaciones futuras y que están admitidas en nuestro ordenamiento.

²³ *Vid.* FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2009). Dictamen sobre la eficacia de la nueva prenda sin desplazamiento de créditos del artículo 54.3 LHMPSD en relación con las diversas especies de garantías reales sobre créditos existentes en nuestro ordenamiento, Barcelona, 25 de junio de 2009. En línea. <http://www.arbo.org.es/wp-content/uploads/2009/09/PSDCREDITOS.pdf>. 35.

²⁴ *Vid.* GARCÍA VICENTE, J.R. (2006). *La prenda..., opus cit.*, 168.

²⁵ CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. (2008), *opus cit.*, 882, indica que «es contrario a la buena fe e inmoral que el acreedor se haga ceder todos los créditos comerciales futuros del deudor contra terceros, en garantía de un crédito preexistente, y que el producto de estos créditos acabe ingresando en una cuenta indisponible para el cedente. Un pacto de esta clase acaba arruinando al deudor y hace imposible el ejercicio de su actividad económica. En otros términos, la decisión depende en cada caso de si el volumen de los bienes cedidos en garantía sobrepasa irrazonablemente el montante de la provisión con la que el acreedor pignoraticio ha prefinanciado al cedente».

²⁶ En este sentido, también MIQUEL RODRÍGUEZ, M. (2016): La prenda de créditos, *cit.*, 750 y 754, quien señala que la prenda de créditos sería una categoría general en la que se verían como especialidades la prenda de depósitos bancarios y la prenda irregular. Pero también, considera la prenda de créditos futuros como una variante de la prenda de créditos con un régimen jurídico lleno de incógnitas.

²⁷ Esta ha sido la postura mayoritaria en la doctrina española, por entender que la notificación o conocimiento de la cesión hace que el deudor reconozca al cesionario como su legítimo acreedor y se vincule con él. *Vid.* Con mayor detalle, ARANDA RODRÍGUEZ (1996), *La prenda de créditos*, Madrid, Pons, 158 y sigs.

²⁸ Es la postura que más se acerca a la posición del Derecho alemán. *Vid.* PANTALEÓN (1988), Cesión de créditos, *ADC*, vol. IV, 1065; GAYA SICILIA (1992): La notificación de la cesión del crédito al deudor cedido, ¿carga del cedente o del cesionario?, en *Estudios de Derecho civil en homenaje al profesor D. Jose Luis Lacruz Berdejo, I*, Barcelona, 1992, 391; GAVIDIA (1993), *La cesión de créditos*, Valencia, 250; entre otros. Igualmente en la jurisprudencia, SSTS de 23 de junio de 1983 (*RJ* 1983, 3682); 14 de febrero de 1993 (*RJ* 1993, 997).

²⁹ Es la posición mayoritaria en la doctrina alemana, con base en el & 1280.

³⁰ Es la posición mayoritaria en la doctrina italiana.

³¹ *Vid.* Por todos, ROSENDE HONRUBIA (1927). La prenda de créditos, *RCDI*, 660-661; GULLÓN BALLESTEROS (1957): *Derecho real de subhipoteca (las hipotecas sobre hipotecas*. Bosch, Barcelona, 36-39; MANZANARES SECADES (1988): «Prenda de dinero y prenda de créditos», *ADC*, vol. IV, 1393 y 1400.

³² *Vid.* ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013): La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Miquel González (dir.), *La Ley*, Madrid, 55-59.

³³ Un análisis detallado de estos puntos, puede verse en ARANDA RODRÍGUEZ, R. (1996), *La prenda...*, *cit.*, 166 y sigs.; y, ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013): La prenda de créditos..., *cit.*, 56-57.

³⁴ La prenda de créditos, como la cesión, no pueden suponer un traspaso posesorio porque el crédito no es posible, como hemos señalado anteriormente. De ahí que no sea totalmente correcto hablar de prenda de créditos con o sin desplazamiento posesorio. Toda prenda de créditos es sin desplazamiento de posesión. En igual sentido crítico, PANTALEÓN PRIETO.

³⁵ Señala así el artículo 54.3.^o LHMPD: «Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de

instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles».

³⁶ Sobre este punto vid punto siguiente del trabajo.

³⁷ Vid. todo lo dicho en ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013): Eficacia de la prenda de créditos frente a terceros. Problema de oponibilidad en el Derecho español, *Estudios homenaje al Profesor José María Miquel González*, Díez-Picazo (coord.), Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 355 y sigs.

³⁸ Frente a esta postura, existe otro sector para el que el legislador ha establecido aquí una excepción a la normativa general de la prenda, solo para el concurso, y estaría avalado por el artículo 90.2 LC. Para una visión más detallado vid. ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013): La prenda..., cit., 364-365, ARANDA RODRÍGUEZ, R. (2013): Eficacia de la prenda de créditos frente a terceros. Problema de oponibilidad en el Derecho español cit., 356 y sigs.

³⁹ Sobre este tema se ha escrito mucho en la doctrina, vid por todos, CARRASCO PERERA y TORRALBA MENDIOLA (2011). Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal, *Diario La Ley*, 2 de noviembre de 2011 (La Ley 16759/2011); MIQUEL GONZÁLEZ/GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2011): El nuevo artículo 90.1.6.^o in fine de la Ley Concursal: Opciones interpretativas y el dilema de los acreedores, *El notario del s. XXI*, noviembre-diciembre, 26 y sigs. Buscando una posición integradora sobre la interpretación del 90.1.6 in fine, FELIÚ REY, M. (2012): La prenda en garantía de créditos futuros: un piélagos pignoraticio, *Derecho de los negocios*, núm. 259, abril, 12 y sigs.

⁴⁰ Como sabemos, la no inclusión de la prenda de créditos futuros en el 90.1.6.^o había motivado un desarrollo jurisprudencial importante y se habían elaborado tres teorías diferentes: la teoría estricta, la intermedia y la de la inmunidad absoluta, como se pueden ver en la ST 21/2012, de 20 de julio del Juzgado Mercantil núm. 1 de Alicante.

⁴¹ Sobre la imposibilidad de dar esta interpretación al 90.1.6.^o in fine y sus consecuencias ilógicas, puede verse PANTALEÓN/GREGORACI (2014): El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 20, 11 y sigs.

⁴² Sobre esta decisión puede verse GREGORACI FERNÁNDEZ (2016): Prenda de créditos futuros. Resistencia al concurso. Comentario a la STS de 18 de marzo de 2016, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 25.

⁴³ Sobre el alcance de la reforma en el concepto y valoración de las garantías reales, puede verse VEIGA COPO (2017): «Garantías privilegios y valores razonables o menos razonables de las garantías en el concurso de acreedores», *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 26.

⁴⁴ GREGORACI FERNÁNDEZ (2016): *Op. cit.*, 8.

⁴⁵ Puede verse a este respecto, GARCIMARTÍN ALFÉREZ (2013): Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Miquel González (Dir.) La Ley, Madrid, 86 y sigs.; HORMAECHEA ALONSO (2013): Ejecución de garantías financieras y compensación en el concurso. Comentario a las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo núm. 373/2012 de 20 de junio de 2012 y núm. 388/2012 de 26 de junio de 2012, *Revista de Derecho concursal y paraconcursal*, núm. 18.