

2. DERECHO MERCANTIL

Crónica judicial de un despropósito legislativo.
El artículo 90.1.6 de la Ley Concursal

Judicial Chronicle of a Legislative Blunder. Section 90.1.6 of the Bankruptcy Act
por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación
Profesor de Derecho Civil y Abogado

RESUMEN: La redacción del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal está dando lugar a graves problemas prácticos y resoluciones judiciales opuestas en cuanto a la interpretación de dicha norma, residiendo el problema principalmente, en saber a qué se está refiriendo el legislador o a qué ha querido referirse cuando introduce esta reforma legislativa: a una prenda de créditos futuros (interpretación correctora) o a una prenda en garantía de créditos futuros (interpretación literal), siendo necesario una reforma de dicha norma jurídica que ofrezca una adecuada respuesta al tratamiento de la prenda en el concurso de acreedores.

ABSTRACT: *The wording of section 90.1.6 of the Bankruptcy Act is causing serious practical problems and conflicting judicial decisions stemming from the difficulty of interpreting the text. The problem mainly resides in ascertaining what the legislators who wrote the section were referring to, or what they meant to refer to: pledges of future loans (corrective interpretation) or pledges securing future loans (literal interpretation). A reform that does a better job at explaining how to deal with pledges in meetings of creditors is required.*

PALABRAS CLAVE: Derecho Concursal. Prenda en garantía de créditos futuros. Prenda de créditos futuros.

KEY WORDS: *Bankruptcy law. Pledge securing future loans. Pledge of future loans.*

SUMARIO: I. LA INTERPRETACIÓN LITERAL FRENTE A LA INTERPRETACIÓN CORRECTORA DEL ARTÍCULO 90.1.6 DE LA LEY CONCURSAL.—II. UNA APROXIMACIÓN A LAS DIVERSAS RESOLUCIONES JUDICIALES EXISTENTES: A) SENTENCIAS QUE SIGUEN LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA NORMA: (i) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de abril de 2014.* (ii) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de mayo de 2012 (Sección 15.º), número 202, de 17 de mayo de 2012 (JUR 2012/312181).* (iii) *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 2, de La Coruña, de 9 de septiembre de 2013 (AC 2013/1577).* (iv) *Sentencia del Juzgado Mercantil de Alicante, de 12 de febrero de 2014.* B) SENTENCIAS QUE SIGUEN LA INTERPRETACIÓN CORRECTORA DE LA NORMA: (i) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.º), número 180, de 4*

de julio de 2013 (JUR 2013/254330). (ii) Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.º), número 541, de 23 de octubre de 2012 (JUR 2013/36020). (iii) Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.º), número 132, de 10 de abril de 2012 (AC 2012/1794). (iv) Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.º), número 18, de 18 de enero de 2012 (AC 2012/274). (v) Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Alicante, número 210, de 20 de julio de 2012 (AC 2012/1220).—III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA.—IV. EPÍLOGO.—V. BIBLIOGRAFÍA.—VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

I. LA INTERPRETACIÓN LITERAL FRENTE A LA INTERPRETACIÓN CORRECTORA DEL ARTÍCULO 90.1.6 DE LA LEY CONCURSAL

La Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, aprobada el 21 de septiembre de 2011 y en vigor desde el 1 de enero de 2012, introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico la siguiente reforma normativa:

«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. 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 del concurso».

Sin duda, se trata de una de las reformas legislativas más desafortunadas que se han llevado a cabo en los últimos tiempos y que nos ofrecen clara idea de la capacidad del legislador actual a la hora de abordar el tratamiento de diversas instituciones jurídicas, en este caso, la que versa sobre el carácter privilegiado o no de la prenda de créditos futuros o en garantía de créditos futuros, puesto que de esto último y con carácter principal se trata en realidad, es decir, saber a qué se está refiriendo el legislador o a qué ha querido referirse cuando introdujo esta reforma legislativa: a una prenda de créditos futuros (interpretación correctora) o a una prenda en garantía de créditos futuros (interpretación literal).

Sin duda, mucho y bien se ha escrito ya sobre este «despropósito» normativo que tantas complicaciones nos está haciendo padecer en la práctica jurídica, tal y como expondremos a lo largo del presente trabajo, no siendo nuestro interés volver a profundizar sobre las polémicas interpretativas efectuadas al respecto, sino única y exclusivamente poder ofrecer la gravedad de la situación al respecto, lo cual, sin duda, puede ser observado a lo largo de las diferentes resoluciones judiciales que citaremos, bien entre aquellas que se adscriben a la conocida como interpretación literal, bien a las que se adhieren a la llamada interpretación correctora.

La polémica suscitada en relación a este artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, nos recuerda en cierto modo a la que ya ofreciera otro precepto de nuestra legislación concursal, como es la que se produjo en torno al artículo 87.6 de la Ley Concursal en cuanto a la exégesis relativa en orden a determinar si el crédito del

acreedor del deudor concursado en el que goce de fianza de tercero especialmente relacionado con el deudor concursado ha de reconocerse y clasificarse como crédito subordinado o no en relación con la determinación temporal de dicha «contaminación», todo ello, con las consecuencias lógicas que ello implicaba, donde también existía una pugna entre la interpretación literal de la norma y la interpretación correctora de la misma¹.

Como expusimos en su momento, una primera interpretación doctrinal del artículo 87.6 de la Ley Concursal, que se llamó «literal», mantuvo la necesaria calificación del crédito en cuestión como crédito subordinado desde el momento mismo de la comunicación de dicho crédito, mientras que una segunda interpretación con mayor acogida en la doctrina y en las sentencias que trataron la cuestión defendió que dicha subordinación solo puede predicarse del crédito en cuestión, una vez realizado el pago por el fiador en sede concursal, esto es, postergando dicho momento temporal, después de la práctica —a nuestro juicio— de una ponderación de los intereses en juego según el *mos* de la conocida «jurisprudencia de intereses» y de un «utilitarismo interpretativo».

La regla del artículo 87.6 de la Ley Concursal (LC) establecía que «*los créditos en los que el acreedor disfrute de fianza de tercero se reconocerán por su importe sin limitación alguna y sin perjuicio de la sustitución del titular del crédito en caso de pago por el fiador*» y ante las discusiones hermenéuticas surgidas en interpretación de dicha norma, el Real Decreto-ley 2/2009, de 27 de marzo, ha añadido al citado artículo 87.6 de la Ley Concursal la siguiente mención: «*Siempre que se produzca la subrogación por pago, en la calificación de estos créditos se optará por la que resulte menos gravosa para el concurso entre las que correspondan al acreedor o al fiador*», terminándose con dicha inclusión la polémica sobre la aplicación del artículo 87.6 de la Ley Concursal, con triunfo de la que se conoció como interpretación correctora.

En nuestra opinión y más allá de la adhesión que uno pueda realizar en favor de la interpretación literal o correctora del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, a buen seguro será necesaria una nueva reforma legislativa que aclare definitivamente el sentido de esta «oscura norma» y con ello las dificultades prácticas que nos estamos encontrando en la aplicación de la misma.

II. UNA APROXIMACIÓN A LAS DIVERSAS RESOLUCIONES JUDICIALES EXISTENTES

A) SENTENCIAS QUE SIGUEN LA INTERPRETACIÓN LITERAL DE LA NORMA

(i) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de abril de 2014*²

«*Un sector relevante de la doctrina sostiene que la nueva redacción del artículo 90.1.6.º regula en su último inciso la prenda de créditos futuros... (de modo que)... el crédito garantizado con una prenda de crédito futuro no registrada solo extendería su privilegio a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso. Esta sección, por el contrario, en sentencia de 17 de mayo de 2012, ha mantenido que el artículo 90.1.6.º no trata de la prenda sobre créditos futuros, sino de la prenda en garantía de créditos futuros. La interpretación literal del precepto, a nuestro entender, no ofrece duda alguna. La norma utiliza la preposición "en" ("la prenda en garantía de créditos futuros") y no la preposición "de" o "sobre". La alusión al crédito rehabilitado conforme al artículo 68 LC corrobora que es la*

obligación futura del concursado a la que alude la norma y no al crédito futuro objeto de prenda.

...la tramitación parlamentaria de la Reforma avala la interpretación... El principal argumento de quienes entienden que el artículo 90.1.6.^o contempla la prenda de créditos futuros, en lugar de la prenda en garantía de créditos futuros es su ubicación sistemática. Dicho precepto contemplaría, en términos generales, la prenda clásica de bienes o derechos con desplazamiento de la posesión. La norma da un tratamiento singular, en primer término a la prenda de créditos, para cuya eficacia en el concurso basta con que conste en documento con fecha fehaciente. El último inciso constituiría, para los valedores de esta tesis, una especialidad en relación con la prenda de créditos en general, limitando el privilegio a los créditos nacidos antes de la declaración. Pues bien, el Anteproyecto... contemplaba "la prenda en garantía de créditos futuros" con una redacción similar a la del vigente... La enmienda 189 formulada por... CiU, que recoge el texto vigente, justifica la modificación (como sigue)... "si se otorgase financiación al concursado después de la declaración de concurso —créditos nacidos después del concurso— los derechos de prenda formalizados con anterioridad a dicha declaración carecerían de privilegio especial, es decir, devendrían absolutamente ineficaces, quedando el acreedor que hubiese otorgado la financiación privado de su garantía"... Por tanto la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros ha de analizarse con las mismas herramientas legales con las que contábamos antes de la Reforma. En concreto, con el mismo artículo 90.1.6.^o LC, que considera privilegiados los créditos garantizados con prenda de créditos, siempre que consten en documentos con fecha fehaciente.

Pues bien, frente a quienes consideran que la prenda de créditos futuros se extiende en el concurso del pignorante a los créditos nacidos antes y después de la declaración, siempre que los créditos estén determinados (tesis de la inmunidad absoluta) y quienes, por el contrario, sostienen que la garantía alcanza únicamente a los nacidos con anterioridad (tesis estricta), nuestra jurisprudencia parece inclinarse por la llamada tesis intermedia, que es mayoritaria en la doctrina, para la cual es necesario que el contrato o la relación jurídica de la que nacerá el crédito se haya perfeccionado antes de la declaración, en cuyo caso, el privilegio se extiende a todos los créditos futuros, aunque se devenguen o sean exigibles con posterioridad.

Es esta última la tesis que estimamos sigue el artículo 90.1.^o-6.^o, prescindiendo de su inciso final. Como hemos señalado, el Tribunal Supremo la acogió en sentencia de 22 de febrero de 2008, en un supuesto de cesión de créditos futuros, es cierto, pero que el propio Tribunal Supremo asimila a la prenda, al mencionar en su fundamentación jurídica el segundo inciso del artículo 90.1.6.^o LC. Dicha sentencia dice lo siguiente: Por tanto, entendemos que la prenda de créditos futuros se extiende a los nacidos tras la declaración, siendo oponible, en el concurso del deudor pignorante, a los terceros, siempre que el contrato o la relación jurídica del que dimanen se hubiera celebrado o constituido antes de la declaración. Esa es la opción del legislador. El crédito futuro debe estar determinado jurídicamente o ha de ser determinable sin una nueva convención. Y, en tal caso, aunque la garantía esté desprovista de publicidad, es eficaz en el concurso».

- (ii) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de mayo de 2012 (Sección 15.^a), número 202, de 17 de mayo de 2012 (JUR 2012/312181)*

«No es necesario acudir a la redacción actual del artículo 90.1.6.^o, la cual, por otra parte, no trata de la prenda sobre créditos futuros, sino de la prenda en garantía

de créditos futuros, para decir que solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso. En cualquier caso, no se ha cuestionado que el crédito del ICO, para el que se reclama el privilegio especial, nació antes de la declaración de concurso».

(iii) *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de La Coruña, de 9 de septiembre de 2013 (AC 2013/1577)*

*«3.º Es indiferente que las prendas se hallen inscritas en registro público con anterioridad a la declaración de concurso, porque el artículo 90.1.6º se aplica a la prenda “en garantía de créditos futuros” y no sobre créditos futuros —no se aplica, por lo tanto, a este caso—. Es cierto que parte de la doctrina propone una interpretación correctora de este artículo. No obstante, la dicción clara de un precepto solo podrá ceder cuando existan poderosas razones que aconsejen desviarse de su tenor literal, y en este caso no las hay (resulta ilustrativo el artículo meticulosamente investigado de Geli Fernández-Peñaflor y Colldeforms Papiol, “La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal (RCL 2003/1748)”, *InDret* 3/2012, www.indret.com). Ni de la tramitación parlamentaria ni de la lectura conjunta del precepto se infiere que nos encontremos ante un simple error del legislador que haya que subsanar mediante una interpretación correctora. Los tribunales de justicia están sujetos al ordenamiento jurídico (art. 9 de la Constitución), por lo que la interpretación correctora que parte de la doctrina propone es inasumible por este Tribunal, que estaría arrogándose una función creadora del Derecho que no le corresponde.*

En vista de las consideraciones anteriores, debe rechazarse la clasificación de la administración concursal, que procederá a la reclasificación de los créditos en el informe definitivo».

(iv) *Sentencia del Juzgado Mercantil de Alicante, de 12 de febrero de 2014³*

«Si la intención de la reforma del artículo 90.1.6.º LC, según ha expuesto uno de los miembros de la Comisión especial encargada de redactar el Anteproyecto de Reforma de la Ley Concursal (Alonso Ledesma), era aclarar el régimen concursal de la prenda de créditos futuros, y concretamente, su alcance, tomando como referencia la fecha de nacimiento del crédito, no la fecha de la celebración de la relación jurídica de la cual derive dicho crédito (como ocurre en otros ordenamientos), la redacción final del artículo 90.1.6.º LC dificulta enormemente extraer esa conclusión,... porque la norma no regula la prenda “sobre” o “de” créditos futuros sino la garantía “de” créditos futuros. ... (tal dificultad que)... mas que forzar la norma lo que impone es modificarla y dotarla de una configuración distinta tanto respecto de: a) el supuesto de hecho, de manera que, donde dice “la prenda en garantía de créditos futuros” debe decir “la prenda de créditos futuros”, como b) de la consecuencia jurídica, y donde se preceptúa “solo atribuirá privilegio a los créditos nacidos”, debe decir “solo atribuirá privilegio sobre los créditos nacidos”.

Por ello estimo que no es posible por imperativo del principio de legalidad y de seguridad jurídica (arts. 9 y 117 CE), ya que escapa a las posibles interpretaciones

del texto legal que marcan los límites de la exégesis judicial. Dicho de otra manera, los términos en los que aparece la norma no permiten, salvo que se sustituyan, considerar que el inciso final del artículo 90.1.6.º LC... regule... la prenda sobre créditos futuros.

Y parece excesivo considerar que nos encontremos ante una simple errata... cuando afecta a varias partes del precepto y a su redacción global y en la tramitación parlamentaria... nadie se apercibiese de ello... (y) la única enmienda entiende el supuesto de hecho en su sentido literal (la prenda en garantía de créditos futuros), sin que a posteriori se haya rectificado (en)... las ulteriores reformas de la LC...».

B) SENTENCIAS QUE SIGUEN LA INTERPRETACIÓN CORRECTORA DE LA NORMA

- (i) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.ª), número 180-2013, de 4 de julio (JUR 2013/254330)*

«Suscita la recurrente, como base única de su recurso, una cuestión de estricto orden jurídico interpretativo referida al sentido y el alcance que deba darse a lo dispuesto en el artículo 90.1.6 de la Ley Concursal (RCL 2003/1748) cuando dice literalmente: "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 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso".

Cuestión que ha sido discutida tanto por la doctrina como por las incipientes resoluciones de los Juzgados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales, y, que a juicio de esta Sala, tras analizar lo argumentado por una y otra parte en pro de sus respectivas tesis, considera que ha sido bien analizada y resuelta por la sentencia apelada en su Fundamento de Derecho primero que, por consiguiente, compartimos y refrendamos dándole aquí por reproducido en evitación de innecesarias repeticiones.

Si bien es cierto que la interpretación, meramente —literalista e histórica— que propugna y desarrolla la recurrente goza de cierto predicamento doctrinal e incluso judicial (por ejemplo, SAP de Barcelona, de 17 de mayo de 2012) estima este Tribunal que la línea interpretativa que sigue y explica la sentencia apelada, más restrictiva y menos literalista, resulta más razonable y tiene un mayor y más sólido fundamento legal, contextual y teleológico. Además de que, hoy por hoy, resulta mayoritaria en los Juzgados especializados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales que han conocido directa u obiter dictum del asunto (por ejemplo, sentencias AP de Burgos, de 19 de octubre de 2011 y 18 de enero de 2012; de Valencia, de 10 de abril de 2012; de Zaragoza, de 23 de octubre de 2012, o SSJM de Alicante, de 20 de julio de 2012) es la que mejor se ajusta a la realidad social actual y a lo querido por el legislador y las normas y principios inspiradores del concurso de acreedores y reforma que del mismo quedó plasmada en la Ley 22/2003.

Suscita el precepto referido, precisamente por no venir correctamente redactado ni definir con la claridad necesaria los derechos derivados de la prenda de créditos futuros, ciertas dudas e incertidumbres al respecto, que a juicio de esta Sala han de resolverse acudiendo a un criterio hermenéutico de implementación y restrictivo que también tome en consideración la intención del legislador y la ubicación sistemática de la norma, y cuyo resultado es como bien señala la sentencia apelada, que la prenda sobre créditos futuros solo es oponible frente a terceros dentro del concurso del pignorante, cuando no solo la relación jurídica o contrato fuente del

crédito sea anterior al concurso, sino que además es necesario que el crédito dado en garantía nazca a la vida jurídica antes de la declaración judicial de la insolvencia.

Se parte para ello de la base; por un lado, de que no en vano existe un principio de derecho según el cual los privilegios deben ser interpretados restrictivamente por constituir una excepción a la regla general (art. 4.2 CC) y no extensivamente y la propia Ley Concursal en la Exposición de Motivos viene a marcar esta pauta hermenéutica cuando explica que una de las innovaciones más importantes que introduce es la regulación de la materia de clasificación de los créditos porque reduce drásticamente los privilegios y preferencias a efectos del "concurso", y que "el principio de igualdad de tratamiento de los acreedores ha de constituir la regla general del concurso y que las excepciones han de ser muy contadas y siempre justificadas"; y por otro lado, de que deben integrarse en la masa activa del concurso en aplicación de las reglas generales de la Ley Concursal los créditos que traen su causa de la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado contemplada en el artículo 44 de la Ley Concursal, debiendo ingresar en dicha masa sin gravamen porque cuando nacen ya no goza de la plena y libre disponibilidad patrimonial del deudor, todo ello como acertadamente argumenta la sentencia apelada en el fundamento que hemos reseñado, siguiendo la tesis marcada por la sentencia antes citada del Juzgado de lo Mercantil de Alicante, en la extensa y meritoriamente se analiza la situación existente y antes y después de la reforma operada en la Ley Concursal por la Ley 38/2011 (RCL 2011/1847 y 2133).

La admisión de la prenda de créditos futuros sin ninguna restricción como privilegiado especial, que es lo que en suma postula la recurrente, implicaría la afectación de la única fuente de ingresos de la concursada y supondría la frustración en un alto grado de las legítimas expectativas de cobro de los acreedores ordinarios en general, no garantizados, que dependen de estos ingresos futuros de deudor. Se estaría en suma beneficiando sobremanera a las entidades financieras propiciando la posibilidad de que existieran prendas en bloque o en masa sobre créditos futuros, sin publicidad alguna, lo que en caso de concurso del pignorante, conllevaría que una parte fundamental de la masa activa, sus créditos futuros, ya naciera pignorada en evidente perjuicio del resto de acreedores que desconocían la prenda "oculta", no registral».

- (ii) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.ª), número 541, de 23 de octubre de 2012 (JUR 2013/36020)*

«Es cierto que tal regulación no es de aplicación al caso que nos ocupa, dada la Disposición Transitoria cuarta de la ley de reforma, y que esta entró en vigor tras el informe concursal, pero puede ser tenida en cuenta como pauta interpretativa.

Pese al aparente propósito del legislador, es lo cierto "que el nuevo inciso no da solución al problema, pues lo futuro no se predica del crédito cedido en garantía, sino del garantizado. No obstante se ha reclamado una interpretación correctora basada en los antecedentes legales y jurisprudenciales, en el sentido de entender que conforme a la nueva norma tan solo los créditos futuros dados en garantía que nazcan antes del concurso tienen eficacia en él, y no los créditos nacidos tras él.

Esta posición tiene apoyo en el criterio jurisprudencial sentado en la STS 125/2008, de 22 de febrero, que al estudiar la eficacia en una suspensión de pagos de un supuesto que califica de prenda de créditos futuros referible al artículo 9.1.6.º LC —se trataba de certificaciones de obra emitidas en un contrato de obra pública— concluye que las certificaciones que se vayan emitiendo habrán de ser libradas

a nombre de la Suspensa, y se integrarán en la masa activa, bajo control de la intervención judicial, que mal las podrá transferir mediante endoso, no obstante lo prevenido en la escritura de cesión, en perjuicio de los acreedores, pues antes del libramiento de las certificaciones no se ha podido producir ... una transferencia con efectos reales, de modo que no se produce ni el efecto transmisivo de la titularidad del crédito ni la pignoración misma del crédito...».

El criterio ha sido acogido ya en la llamada jurisprudencia menor, en las SAP de Burgos, Sección 3.^a, número 413/2011, de 19 de diciembre, y 18/2012, de 18 de enero, en las que se concluye que si los créditos futuros dados en garantía nacen tras la declaración del concurso, no hay preferencia».

(iii) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a), número 132, de 10 de abril de 2012 (AC 2012/1794)*

«La cuestión relativa a la existencia o no del privilegio se suscita en el ámbito del concurso de acreedores, y al respecto no cabe olvidar que la Ley Concursal es Ley especial cuya aplicación prevalece sobre la norma general, de manera que el artículo 90.1.6 en su redacción vigente al tiempo de promoverse la cuestión no exigía para el reconocimiento del privilegio que la prenda sobre créditos (sin distinción entre ordinario o sin desplazamiento) estuviese inscrita en Registro alguno, siendo suficiente para gozar del privilegio su constancia en documento con fecha fehaciente; lo que se cumple en el supuesto enjuiciado.

Sin perjuicio de la problemática que ha supuesto la interpretación del artículo 54.3 de la LHMyPSD a los distintos operadores jurídicos y las entidades bancarias en orden al carácter o no constitutivo del requisito del registro de las prendas sobre créditos futuros y su calificación como prenda sin desplazamiento, lo cierto es que a los efectos del concurso de acreedores, el legislador ha seguido manteniendo la especialidad para reconocer el privilegio a la prenda sobre créditos futuros con la mera constancia en documento fehaciente. Ello se concluye de la actual redacción del precepto, pues si la prenda sobre créditos futuros se constituye antes de la declaración del concurso, no requiere para surtir el efecto de su reconocimiento como privilegio especial el de la inscripción en el Registro, sino que solo se exige esta inscripción para el supuesto en que el nacimiento del crédito garantizado sea posterior a la declaración del concurso, lo que constituye una excepción a la regla general y refuerza la tesis sostenida por esta sección en orden a que la falta de inscripción en el Registro de Bienes Muebles —per se— no priva de eficacia a la garantía, objeto de controversia, pues no tiene carácter constitutivo sino de mera noticia o publicidad.

No obstante, la norma aplicable al caso que se somete a nuestra consideración no es la resultante de la Ley 38/2011 —criticada por su confusa redacción—, de manera que en la redacción vigente al tiempo de suscitarse la controversia no se exigía el requisito de la inscripción en ningún caso, esto es, con referencia al momento del nacimiento del crédito garantizado —ex ante o ex post al concurso—. Y puesto que el precepto no hacía referencia alguna al momento del nacimiento del crédito, no cabe establecer ahora la distinción, pues donde la norma no distingue no puede distinguir el intérprete».

- (iv) *Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.ª), número 18, de 18 de enero de 2012 (AC 2012/274)*

«La Ley 38/2001 (RCL 2011/1847 y 2133) ha dado nueva redacción al artículo 92.1.6, que ahora dice que “la prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración del concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a la rehabilitación o cuando la prenda estuviere inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso”. Se recoge aquí una excepción a la regla general sobre el carácter privilegiado del derecho de prenda que conste en un documento de fecha fehaciente, y se dice, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, que la prenda en garantía de créditos futuros (más bien prenda sobre créditos futuros) solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración del concurso. Luego, si los créditos dados en prenda nacen después de la declaración de concurso, no hay preferencia. La excepción a la excepción son los supuestos de rehabilitación de contratos del artículo 68 y cuando la prenda estuviese inscrita en un registro público antes de la declaración del concurso. El primero parece que se refiere a los contratos de financiación celebrados antes del concurso en los que se hayan pactado estas garantías, y respecto de los cuales la administración concursal acuerde su rehabilitación, lo que supondrá el mantenimiento de las garantías pactadas aunque los créditos dados en prenda aún no hayan nacido. El segundo supuesto parece equiparar la prenda ordinaria o comúm con la prenda sin desplazamiento cuya preferencia, en el caso de prenda sobre créditos futuros, se condiciona a la inscripción en el Registro.

Lo anterior es solo la solución de *lege ferenda*, pues de *lege data*, es decir, según la redacción del artículo 92.1.6.º en la fecha de la demanda, debe considerarse como ordinario el crédito del Banco Guipuzcoano, al no poder calificarse como crédito privilegiado por no haber nacido el derecho real de prenda en la fecha de declaración del concurso».

- (v) *Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Alicante, número 210, de 20 de julio de 2012 (AC 2012/1220)*

«Como argumento de refuerzo podemos apuntar que la intención de la reforma del artículo 90.1.6 era efectuar la aclaración del alcance de la prenda de créditos futuros en este sentido, si bien se reconoce que la redacción final del artículo 90.1.6 LC dificulta enormemente extraer su sentido como pauta exegética.

Aclarado que la modificación legal del artículo 90.1.6 LC no es de aplicación directa, sí podría aportar criterios interpretativos para la exégesis del derecho vigente hasta el 1 de enero de 2012, pero su redacción final dificulta esta labor, habiendo merecido importantes críticas porque se aparta de la intención inicial y el resultado tiene difícil explicación.

La intención de la reforma del artículo 90.1.6 LC, según ha expuesto uno de los miembros de la Comisión especial encargada de redactar el Anteproyecto de Reforma de la Ley Concursal (Alonso Ledesma) era aclarar el régimen concursal de la prenda de créditos futuros, tomando como referencia la fecha de nacimiento del crédito, no la fecha de celebración de la relación jurídica de la cual derive dicho crédito, como ocurre en otros ordenamientos.

Ahora bien la redacción propuesta en el Anteproyecto (“La prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de

la declaración de concurso") era desacertada porque la naturaleza de futurable no se predicaba del derecho dado en garantía (crédito pignorado) sino de la obligación garantizada (crédito garantizado). No se refiere la norma a la prenda "de" o "sobre" crédito futuro (como sí lo hace el art. 90.1.6 en su parte inicial), sino a la prenda "en" garantía de créditos futuros.

Propuesta que aprueba el Ministerio y se remite al Congreso con la única modificación de su ubicación, pues se añade como norma final al artículo 90.1.6.º, y no formando parte del artículo 90.1.1.º como apunta el CGPJ en su informe; cambio sistemático que viene a confirmar esa intención de regular el alcance de las prendas de créditos futuros.

En el trámite parlamentario, salvo una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán que entiende el supuesto de hecho en su sentido literal (la prenda en garantía de créditos futuros) no hay discusión sobre el precepto, cuyo resultado final es fruto de una transacción presentada por la ponencia.

Desde el punto de vista literal, lo que dice la norma es que los acreedores que tengan un contrato que genera créditos futuros garantizados con prenda (sin distinción alguna) conservarán el privilegio pignoraticio en relación a los créditos anteriores a la declaración de concurso, pero no en relación a los posteriores. Por excepción, abarca también estos últimos solo: a) si se ha dado un supuesto de rehabilitación ex artículo 68 LC, y b) o si la prenda estuviese inscrita en un registro público.

La crítica a su interpretación literal es evidente, pues —al margen de otros motivos— no se explica qué razón puede haber para que el acreedor que sigue financiando al deudor tras la declaración del concurso pierda sus garantías pignoraticias (y según la literalidad del precepto no se distingue entre posesoria o no, de bienes o derechos), en relación a la financiación posterior a la declaración de concurso (si las prendas no se hallan inscritas en un registro público), y las conserva respecto de la anterior.

Se castiga la financiación a empresas en concurso en contra del sentido de la reforma de 2011, pues los acreedores pignoraticios que le hayan financiado hasta el concurso quedan amparados, sin que tampoco se explique a qué obedece la relevancia concursal del registro de las prendas frente a las otras formas de constitución no registrales.

Se podrá decir que el crédito postconcursal son deudas de la masa, pero ello no justifica la norma, pues olvida una realidad por desgracia no infrecuente: ausencia de masa para pagarlos.

Por ello se proponen interpretaciones correctoras —como la apuntada por la SAP de Burgos citada ut supra— y considerar que la norma se refiere a la prenda de créditos futuros, aunque ciertamente el ejercicio de voluntarismo que exige es elevado, pues precisa forzar la norma: i) tanto el supuesto de hecho (habla "la prenda en garantía de créditos futuros" y no "la prenda de créditos futuros"); ii) la consecuencia jurídica (prevé "solo atribuirá privilegio a los créditos nacidos...", y no "sobre los créditos nacidos"), y iii) la remisión al artículo 68 LC (que solo se entiende si el deudor es el concursado, pero carece de sentido en las prendas de créditos futuros, en la que el concursado es acreedor), además de los precedentes parlamentarios.

No obstante, la mención al registro público (que nos conduce al art. 54 LHM y PSD y que parte de que lo dado en prenda son derechos de créditos futuros del deudor), la exégesis teleológica y sistemática, y los trabajos preparatorios dan pie también a escapar de una lectura literal del precepto al no ser aplicable la regla in claris non fit interpretatio y concluir que lo regulado (por eso la intención de la modificación) es el alcance concursal de la prenda de créditos futuros.

Confusión sobre el supuesto de hecho normativo que se aprecia en la Instrucción de la DGRN, de 12 de mayo de 2012 (JUR 2012/210678) sobre la inscripción en el Registro Público al que se refiere el tan citado inciso final del artículo 91.1.6 LC».

III. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA

Con carácter mayoritario, se ha venido a entender, probablemente también por la irracionalidad de su interpretación literal⁴, que el artículo 90.1.6 de la Ley Concursal en su versión reformada (al ser un claro error del legislador) ha de analizarse desde una interpretación correctora del mismo, propugnando que la cualidad futura es propia del crédito pignorado y no del crédito garantizado, lo que supondría en la práctica la defensa de la inscripción de la correspondiente prenda.

En nuestra opinión, el trabajo que hemos leído que mejor resume de forma acertada el estado de la doctrina tras la citada reforma concursal, es el de PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ⁵, al exponer lo siguiente: «Como hemos dejado expuesto, tras las modificaciones introducidas por la Ley 38/2011 (LA LEY 1477/2011) en los números 1.º y 6.º del artículo 90.1 LC, la opinión mayoritaria en la doctrina ha venido a ser que la cuestión del alcance de la resistencia de la prenda de créditos futuros al concurso del pignorante habría quedado resuelta por el legislador, y con una solución radicalmente distinta, según que la prenda haya sido, o no, inscrita en el Registro de Bienes Muebles.

A saber:

- (i) Las prendas de créditos futuros inscritas gozarían de resistencia ilimitada al concurso («tesis de la inmunidad absoluta»): atribuirían al acreedor pignoraticio privilegio especial sobre todos los créditos futuros pignorados: tanto los nacidos antes de la declaración del concurso, como los nacidos después; y respecto de estos, incluso cuando nazcan de un contrato celebrado o una relación jurídica constituida con posterioridad a la declaración del concurso.
- (ii) Por el contrario, la resistencia al concurso de las prendas de créditos futuros no registradas habría quedado estrictamente limitada: solo atribuirían privilegio especial al acreedor pignoraticio sobre los créditos futuros pignorados nacidos ya antes de la declaración del concurso («tesis estricta»).

Por otro lado, PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ critican la interpretación doctrinal mayoritaria razonando lo siguiente:

«A la luz de lo expuesto, la interpretación hoy mayoritaria de la oración final del artículo 90.1.6.º LC debe rechazarse. Dicha interpretación es absolutamente incompatible con el “sentido literal posible” del texto legal; y, en consecuencia, jurídico-constitucionalmente insostenible, al no existir prueba objetiva alguna de que sea la que responda a la voluntad del legislador. Y los resultados a los que conduce sobre el alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros son claramente indeseables: combina los de las extremosas “tesis de la inmunidad absoluta” y “tesis estricta”; y en atención a una circunstancia —que la prenda de créditos futuros esté o no inscrita en el Registro de Bienes Muebles— cuya relevancia al respecto carece de justificación razonable. Pues no se halla en la publicidad de la prenda —la no registrada sigue atribuyendo privilegio, que,

como el de la inscrita, perjudica también a quienes, ya antes de la inscripción, eran acreedores ordinarios del después concursado—, y resulta inaceptable que el hecho de que el acreedor pignoraticio haya abonado al registrador de bienes muebles los correspondientes honorarios pueda justificar un mayor sacrificio a su favor de las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios; y todavía menos, el absoluto sacrificio que comporta la “tesis de la inmunidad absoluta”.

Además, a juicio, de PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ, la interpretación literal tampoco es la deseable para dicha norma, justificando su posición del siguiente modo:

«Pero, como mostramos en el § [17] del presente trabajo, también es cierto que cualquier interpretación de la referida norma compatible con su tenor literal conduce a resultados absurdos, a contradicciones de valoración insoportables. Y así las cosas, y al objeto de evitarlos:

O se asume que la voluntad del legislador fue la que entendió que era el Grupo Parlamentario proponente de la enmienda de la que la norma provino; y sobre esta base, se prescinde de la frase final sobre la inscripción de la prenda en un registro público, y se recurre a la analogía para sostener una equiparación del tratamiento de todos los créditos garantizados postconcursales no nacidos por voluntad del acreedor pignoraticio, tanto si derivan de rehabilitaciones, como si derivan de contratos de financiación no vencidos antes del concurso.

O bien, se asume que no es posible dilucidar cuál fue la voluntad del legislador (o, derechosamente, que no fue consciente de qué estaba regulando), en orden a concluir que nos encontramos ante Derecho defectuoso y, por ello, inaplicable: hacer una *interpretatio abrogans* de la oración final del artículo 90.1.6.^o LC (78).

En lo que en esta sede importa, las dos alternativas hermenéuticas que acaban de exponerse llevan al resultado que tenemos por seguro: sigue habiendo una laguna legal sobre el alcance de la resistencia de la prenda de créditos futuros, tanto si inscrita como si no registrada, al concurso del pignorante».

En la actualidad y ante lo problemático de la cuestión, se ha llegado incluso a defender una *interpretatio abrogans* del último párrafo del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, por parte de MIQUEL y GARCIMARTÍN⁶, justificándola de la siguiente forma:

«La otra posible estrategia hermenéutica es, parafraseando a ENGISCH, entender que nos encontramos ante Derecho defectuoso y, por lo tanto, inaplicable. Hacer una *interpretatio abrogans*. Por un lado, se trata de una norma que descansa sobre una cadena de malentendidos. No hubo una auténtica voluntad legislativa de incluir una norma que dijese lo que dice el artículo 90.1.6.^o *in fine* LC, pues la enmienda transaccional de la que trae origen se hace pensando en una voluntad prelegislativa que no existió realmente. Estamos ante lo que la dogmática alemana llama «error de motivo» (no de simple redacción).

Por otro lado, la norma incurre en unas contradicciones valorativas insoportables. ¿Qué sentido tiene que los acreedores que han financiado al deudor hasta la fecha de concurso queden protegidos, aunque no hayan registrado sus prendas, y los que continúan haciéndolo tras esa fecha, solo si las han registrado? Parece evidente que no hay ninguna relación entre el registro de las prendas, por un lado, y el hecho de que la financiación sea preconcursal o postconcursal. ¿Qué sentido tiene que los créditos rehabilitados queden protegidos en cualquier caso y los demás solo si han registrado sus prendas? Es evidente que tampoco

hay ninguna relación entre el registro de las prendas y el hecho de que se trate de créditos rehabilitados o no. La norma resulta arbitraria o manifiestamente irrazonable al establecer consecuencias jurídicas distintas en atención a variables con las que aquellas no guardan ninguna relación.

Esa falta de verdadera voluntad legislativa y la contradicción valorativa en la que incurre la norma serían razones para apoyar una interpretación derogatoria».

IV. EPÍLOGO

La solución propuesta por PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ ante la laguna legal existente, pasa por una reforma legislativa, proponiendo incluso un texto para la misma, al decir lo siguiente: «Y seguimos pensando, reforzados ahora en nuestra opinión por la repetida STS de 22 de febrero de 2008, que una sencilla y buena posibilidad sería sustituir la actual oración final del artículo 90.1.6.º LC por otra de este tenor: «La prenda de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial sobre los créditos nacidos de contratos celebrados o relaciones jurídicas constituidas en fecha cierta anterior a la declaración del concurso» (82). El legislador (necesariamente mejor informado en la materia que el concursal de 2011) podría preferir que el privilegio especial se atribuya, solo o también, sobre los créditos nacidos en un periodo temporal determinado. Pero lo esencial y urgente es que aquella oración sea suprimida, y que la nueva norma represente un compromiso equilibrado entre los referidos intereses contrapuestos».

En nuestra opinión, el *iter* legislativo del reformado artículo 90.1.6 de la Ley Concursal no proporciona datos suficientes para probar que la voluntad del legislador fuera la regulación de la prenda de créditos futuros y no la prenda de garantía de créditos futuros. Es decir, no queda clara la existencia de una divergencia entre lo querido por el legislador y lo efectivamente declarado por el legislador, de ahí que cuando nos hayamos referido a la existencia de un despropósito legislativo o incluso de un error del legislador, lo hagamos pensando en que no solo desaprovechó en su momento una oportunidad para regular correctamente el tratamiento de la prenda en el concurso de acreedores, sino que lo anterior ha supuesto un claro problema práctico, que una mal entendida contraposición de intereses, no deja más que insistir en el mismo.

La única enmienda efectuada en el Congreso por CIU, asumía la referencia a prenda de créditos futuros:

«La prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la publicación de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 de la Ley se proceda a su rehabilitación, o cuyo nacimiento no derive de la voluntad del acreedor pignoraticio».

Así MIQUEL y GARCIMANTÍN (vid. *op. cit.*), afirman que «se asume el supuesto de hecho literal y lo que se plantea es su contención: como mal menor, se propone excluir de la pérdida de la garantía los supuestos de rehabilitación de créditos conforme al artículo 68 y, en los demás casos, limitarla a la financiación voluntaria post-concursal, i.e. financiación que derive de la mera voluntad del acreedor pignoraticio. Se supone que *volenti non fit injuria*: cuando el acreedor no tiene una obligación contractual pre-concursal de dar crédito al concursado, sino que lo hace voluntariamente, podría entenderse justificada la pérdida de privilegio».

Igualmente, PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ (vid. *op. cit.*), entienden que «no existe, por tanto, base alguna para sostener que la voluntad del legislador al dictar la norma de la que es hoy la oración final del artículo 90.1.6.^º LC fuese la de determinar el alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros, limitando radicalmente el de las prendas no registradas y dotando a las inscritas de una resistencia ilimitada al concurso del pignorante».

También coinciden en lo anterior, GELI-FERNÁNDEZ PEÑAFLOR y COLLDEFORNS PAPIOLS, al concluir que: «En resumen, del proceso legislativo descrito y de las reflexiones que hemos expuesto, podemos extraer las siguientes conclusiones: en primer lugar, que no es fácil encontrar en los trámites parlamentarios algo que demuestre con claridad que realmente se trató una reforma de la prenda "sobre" créditos futuros, pues el concepto "prenda en garantía de créditos futuros" no fue discutido en ningún momento pese a su presencia a lo largo de todo el proceso. Los únicos aspectos controvertidos del proceso han sido la ubicación de la modificación y la necesidad de añadir excepciones a favor de los créditos futuros nacidos después del concurso».

Por tanto, resulta claramente arbitrario y contrario a Derecho la práctica de una interpretación correctora por parte del juez sin claros argumentos hermenéuticos al efecto.

Como reflexionaba DE DIEGO⁷, en relación con las sentencias *contra legem*, «su admisibilidad o procedencia en contados, contadísimos casos, no es dudosa. Precisamente la interpretación llamada deformante por los autores y el imperio de la equidad en la resolución de casos que a seguir literalmente a la ley darían en el absurdo, en lo injusto o contrario al derecho natural, dan lugar a ellas, según criterio y opinión de los más sesudos teólogos y juristas».

Por su parte, CASTÁN⁸ razonaba que muchos tratadistas solo hablan de la *interpretatio abrogans* con relación a aquellos casos de concurrencia de normas legales en los que el intérprete se arroga la facultad de abolir una ley aparentemente vigente, por razón de incompatibilidad con otra (COVIELLO, *Manuale di Diritto civile italiano* (Parte generale), 2.^a edic. Milano, 1915, pág. 78; FERRARA, *Tratato di diritto civile italiano*, vol. I, parte I, Roma, 1921, pág. 222). Otros conceptúan la *interpretatio abrogans* como la que tiene por finalidad el subsanar aquellos errores de orden material o aun intelectual en que puede incurrir la ley cuando emplee expresiones que estén en indudable oposición con lo que constituya la voluntad legislativa (PIOLA-CASELLI, «Interpretazione delle Leggi», en el *Digesto italiano*, vol. XIII, parte 2, núm. 22, pág. 85), o bien ven en ella una clase de interpretación que se encamina a mejorar la expresión legislativa sin cambiarla (WINDSCHEID, «Lehrbuch des Pandektenrechts», edición italiana con el título de *Diritto delle Pandette*, Torino, 1930, t. I, S 21, pág. 67; ENNECKERUS, *Tratado de Derecho Civil*, edición española, t. I, vol. 1.0, S 52, pág. 215). No faltan tampoco quienes dan un alcance mayor a la figura de que se trata, entendiendo que la interpretación abrogante significa que el jurista puede corregir no solo la expresión literal de la ley, sino la ley misma, dejándola de aplicar en aquellos casos en los que se presenta como injusta por no corresponder al sentido lógico que la ley debe tener (THIBAUT, *Theorie der Logischen Auslegung des Romischen Rechts*, 1799, pág. 76; cit. por PIOLA, *op. cit.*, pág. 85), conectándose así la *interpretatio abrogans* con el principio *cessante ratione legis cessat lex ipsa*.

No obstante, lo anterior y como también afirmaba CASTÁN (vid. *op. cit.*) en su examen de la cuestión de la función correctora en relación con la justicia de la norma, «De este inventario de opiniones, ciertamente no siempre muy precisas y firmes, podemos sacar las conclusiones siguientes: 1. Hay que partir de una

presunción favorable a la justicia de las leyes positivas, reconocida de antiguo por los doctores. Como ha dicho en nuestros días DE DIEGO, mientras no se demuestre lo contrario con pruebas claras y terminantes, las leyes se estiman o presumen justas y conformes al bien público. 2. Si bien, de un lado, es ciertísimo, dentro de la concepción jurídica tradicional entre nosotros, que la ley injusta no es derecho, no es menos cierto, de otro, que en muchos casos deberá ser cumplida como si fuera derecho. Las exigencias de la justicia han de ser ponderadas, a través del más profundo sentido de responsabilidad histórica, con las exigencias de la seguridad. La teoría de la ley injusta no puede convertirse en instrumento de anarquía. Las leyes contrarias al bien común pueden seguir obligando, según reconoce la doctrina tomista y recuerdan ilustres expositores modernos pertenecientes a otros sectores filosóficos, por razón del escándalo o del desorden que el incumplimiento de las mismas pudiera originar. La injusticia de una ley no será un motivo suficiente para desligarse de ella si esto provocase un desorden mayor que el que de por sí supone la injusticia. 3. El ordenamiento positivo español está severamente fundado en el debido acatamiento por el juez de las normas legislativas. La infracción de este deber por los Tribunales inferiores puede dar lugar al recurso de casación, que impone al Supremo la obligación de anular las sentencias dictadas en oposición a la ley. 4. No obstante, el racional empleo de los medios de interpretación lógica y sistemática, que habrá de producir el efecto de rechazar cualquier sentido de la ley que resulte opuesto a la justicia (objeto y finalidad de la norma legal), y, en último término, el juego de los principios de restricción y de equidad, que permitirán al juez, cuando la ley estimada injusta no parezca exactamente aplicable al caso litigioso (por ser inadecuada y no prevista por el legislador para él), prescindir de ella y acudir a los principios generales del derecho, habrán de reducir al mínimo la posibilidad trágica de que el magistrado se vea irremisiblemente forzado a aplicar, contra su conciencia, una ley que juzgue contraria al derecho natural o a optar por la renuncia de su cargo».

El problema conecta, de nuevo y a nuestro juicio, con la conocida Jurisprudencia de intereses. Para un acercamiento a la Jurisprudencia de intereses, resulta de enorme interés el conocimiento de los trabajos de don Jerónimo GONZÁLEZ publicados en esta misma Revista, debido al análisis y crítica que de la misma hizo el ilustre jurista^{9, 10}, como de hecho puso de manifiesto José Luis DE LOS Mozos, en otro trabajo publicado también en esta Revista¹¹.

Desechando a la Escuela del Derecho Libre que «libera» al juez de la norma escrita, la jurisprudencia de intereses viene presidida por la ponderación de intereses o la teoría de conflictos.

Expone don Jerónimo GONZÁLEZ¹² que para la jurisprudencia de intereses toda norma jurídica decide un conflicto de intereses, descansa en su actuación recíproca y aparece como un componente de fuerzas. El fin de la Ley apunta hacia el interés vencedor, su contenido pondera las energías de los combatientes y en cuanto a la función judicial, advierte que¹³: «...si el juez se halla obligado a observar la Ley, tiene, como el legislador, intereses que deslindar y conflictos que resolver. La lucha entre las partes los pone de relieve, y, al decidirla, debe aplicar la ponderación fijada por el legislador. Además ha de tenerse en cuenta que nuestras leyes son escasas en comparación con los innumerables problemas de la vida, imperfectas y no exentas de contradicciones. El legislador moderno se hace cargo de todo ello, y no espera del juez una servil y literal sumisión, sino una obediencia racional que atienda a los intereses en juego; ni solamente la subsunción lógica bajo los mandatos promulgados, sino el complemento de los defectuosos y la rectificación de los equivocados. En resumen: el juez no

debe circunscribirse a la aplicación de lo mandado; ha de custodiar los intereses protegidos por la Ley».

En una reflexión final sobre la jurisprudencia de intereses, don Jerónimo GONZÁLEZ¹⁴ no le quita ciertos méritos a la misma aunque al final la viene a calificar de ilusoria más que de realista, al pronunciarse del siguiente modo: «La escuela de Tubinga tiene el indiscutible mérito de centrar los problemas capitales de la jurisprudencia sobre dos quicios de extraordinaria validez: *a)* el texto legal que los partidarios del derecho libre habían arrojado por la borda en la borrasca que a fines del siglo pasado corría la justicia; *b)* la doctrina del interés protegible, entendido, no en el sentido del materialismo histórico, sino como energía latente en las aspiraciones humanas, vulgares o nobles, prácticas o románticas. Con ello ha dado el golpe de muerte al logicismo, o mejor, ha reducido la construcción a sus verdaderos límites, ha superado los problemas normativos de los cognitivos y de formulación sistemática y, sobre todo, ha llamado la atención de los juristas hacia los sectores vitales y hacia las funciones de la sociedad. Pero sin listas de intereses, ni jerarquía de valores, ni módulos de reducción, ni reglas para medir las variadas dimensiones de los impulsos, deseos o anhelos humanos y la energía de las corrientes sociales, la ponderación de fuerzas o intereses es una ilusión más que una realidad asequible a corto plazo».

HECK¹⁵ uno de los acuñadores de esta jurisprudencia de intereses entendía que necesitábamos tener una confianza en el Derecho para poder tener seguridad tanto en la vida diaria como en la de las grandes empresas, por ello quien invierte debe tener seguridad que sus inversiones e intereses se verán protegidos, seguridad que se trasluce en que cada conflicto jurídico será protegido por una norma jurídica bien ponderada.

En nuestra doctrina, DE CASTRO¹⁶ hizo una crítica demoledora de la jurisprudencia de intereses al decir que: «La doctrina es, sin embargo, inaceptable. Tiene un vicio de origen insubsanable; parte, como IHERING, de una concepción filosófica positivista, materialista y determinista; se suprime el elemento personal y se desconocen los valores objetivos. Típica de su formación filosófica será la incomprendión asombrada ante el ataque de los representantes de teorías idealistas o realistas, y su ingenua creencia de que el hecho de hablar de intereses morales y religiosos impide el que se le califique de positivista. Su prejuicio positivista es el que le oculta, que el hecho de colocar en igual plano a los intereses morales y religiosos que a los materiales, y, como otros tantos apetitos, es materialismo; que estimar a todas las concepciones religiosas, morales y políticas igualmente válidas, es individualismo y escepticismo... El Derecho y la función de los juristas quedan reducidos a la más mezquina técnica, a la de la máquina registradora de las pesadas de intereses hechas por el legislador; la actividad legislativa queda fuera de su objeto y el juez, en caso de laguna de ley, se abandona a su libre arbitrio».

En suma, no creemos conforme al *iter* legislativo existente en la producción del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal que la solución al problema pase por una interpretación correctora en los términos que vienen realizando determinadas resoluciones judiciales ni por una interpretación *abrogans* de dicha norma jurídica, ya que no consideramos que exista una auténtica Ley defectuosa por discrepancia entre su sentido gramatical y su espíritu (expresión impropia). Conforme hemos expuesto, no se aprecian argumentos en la formación de la meritada norma jurídica que permitan sostener que la auténtica voluntad del legislador era la expresión del fruto de la interpretación correctora de la norma, lo que no supone evidentemente la existencia de un grave desacuerdo legislativo.

Sostener lo contrario, a nuestro juicio, supondría introducir una grave dosis de arbitrariedad judicial en la aplicación de nuestra normativa concursal que no está justificada en términos de justicia positiva ni material, sin que la contraposición de intereses en juego pueda servir para la rectificación judicial de una norma positiva donde no es apreciable el defecto o inexistente coordinación del legislador entre la literalidad y el espíritu de la norma, más allá, insistimos de que efectivamente ninguna de las interpretaciones (literal y correctora) que se están realizando del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal supongan la exposición de una acertada consecuencia jurídica al supuesto de hecho propuesta conforme a un análisis rigorista a realizar desde un punto de vista doctrinal.

O sea, nos encontramos pues, ante un resultado interpretativo ofrecido por los tribunales de justicia que bien es tildado de auténtico sofisma por parte del sector doctrinal al que se adscriba el correspondiente aplicador del Derecho que no comparta el concreto resultado interpretativo.

Calificar como injusta la norma controvertida aplicada al caso concreto y con ello evitar el sometimiento de los jueces a la Ley, no nos ofrece una solución al problema debatido, sino que la misma ha de pasar necesariamente por la reforma legislativa del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, por lo que mientras tanto, una aplicación de dicha norma jurídica mediante una interpretación correctora de la misma, como viene efectuando cierto sector jurisprudencial, no hace más que desvirtuar la clara literalidad de la norma sin que exista una justificación clara en función de la voluntad legislativa que se aprecia en los trabajos de preparación de dicha norma.

No obstante y pese a la búsqueda de la intención del legislador en la interpretación de la norma, tampoco hemos de caer en una excesiva sobrevaloración de la misma y considerarla como fruto único de la hermenéutica realizada, como parece ser el criterio preponderante de ciertas opiniones doctrinales, ya que el resultado interpretativo ha de perseguir la finalidad actual de la norma jurídica y no el de su génesis.

DE CASTRO¹⁷ ya nos advirtió que: «Los antecedentes inmediatos de las leyes tienen un valor que conviene aquilar. No vinculan al intérprete ni su violación supone infracción de ley, pero su autoridad es muy grande. Las exposiciones de motivos no son ley, llevan la autoridad de haberla redactado alguien que intervino o conoció de cerca la intimidad de la obra legislativa, además de la de su propia autoridad personal y científica. Las discusiones parlamentarias, los discursos de presentación de la ley, proyectos y anteproyectos, todos los trabajos previos a la promulgación importan; pero ha de tenerse en cuenta que son solo un dato, entre los que han de tenerse en cuenta en la interpretación, que, como se ha indicado, se dirige a fijar la finalidad actual de la norma, no el momento de su origen».

Aunque no es menos cierto que sin otorgarle en exceso importancia a los trabajos legislativos del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, el resto de herramientas hermenéuticas que nos ofrece el artículo 3 del Código Civil, no nos arrojan una solución que sustente la llamada interpretación correctora de la misma, ni justifique una interpretación *abrogans* de ella.

El difícil equilibrio en el que ha de sostenerse una interpretación del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal, conforme a su literalidad y el margen de aplicación que el juez tiene del mismo, conforme al sistema de fuentes establecido, no nos puede llevar —a nuestro juicio— a la desviación de dicha literalidad, aunque el resultado de la misma no sea el más adecuado y necesite la regulación de la prenda en el concurso de acreedores, por lo que su reforma se antoja absolutamente necesaria.

V. BIBLIOGRAFÍA

- CASTÁN TOBEÑAS: *La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho* (Conferencia dada por el Excmo. Señor don José CASTÁN TOBEÑAS en el Paraninfo de la Universidad de Murcia el día 29 de mayo de 1046, en virtud de invitación de su Seminario de Derecho Privado).
- DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, Civitas.
- DE LOS MOZOS: «Jerónimo González, divulgador y crítico de la jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 619, 1993.
- DE DIEGO: *Derecho judicial. Equívocos y malas inteligencias de que es susceptible. Sus procedimientos en orden al progreso del Derecho positivo* (Discurso inaugural del Curso académico, pronunciado el día 11 de febrero de 1942, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación). Madrid, Ediciones Pegaso.
- GELI-FERNÁNDEZ PEÑAFLOR y COLLDEFORNS PAPIOLS: «La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal», en *Indret* 3/2012.
- GONZÁLEZ, J.: «Jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 126, 1935.
- «La Escuela de Tubinga», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 128, 1935.
- HECK: *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912.
- MIQUEL, J. M.^a y GARCIMARTÍN, F.: «El nuevo artículo 90.1.6.^o in fine de la Ley Concursal: su interpretación derogatoria y el dilema de los acreedores», en *El notario del Siglo XXI*, núm. 40, 2012.
- PANTALEÓN PRIETO-GREGORACI FERNÁNDEZ: «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, Sección Estudios, Editorial La Ley, 17 de septiembre de 2013.
- REDONDO TRIGO: «Una reflexión crítica sobre el artículo 87.6 de la Ley Concursal, la jurisprudencia de intereses y el utilitarismo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710.

VI. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de abril de 2014.
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid (Sección 3.^a), núm. 180-2013, de 4 de julio (*JUR* 2013/254330).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección 5.^a), núm. 541-2012, de 23 de octubre (*JUR* 2013/36020).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 17 de mayo de 2012 (Sección 15.^a), núm. 202-2012, de 17 de mayo (*JUR* 2012/312181).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9.^a), núm. 132-2012, de 10 de abril (*AC* 2012/1794).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos (Sección 3.^a), núm. 18-2012, de 18 de enero (*AC* 2012/274).
- Sentencia del Juzgado Mercantil de Alicante, de 12 de febrero de 2014.
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 2 de La Coruña, de 9 de septiembre de 2013 (*AC* 2013/1577).
- Sentencia del Juzgado de lo Mercantil, número 1 de Alicante, núm. 210-2012, de 20 de julio (*AC* 2012/1220).

NOTAS

¹ Sobre el particular, ya nos pronunciamos en su momento, vid. REDONDO TRIGO, «Una reflexión crítica sobre el artículo 87.6 de la Ley Concursal, la jurisprudencia de intereses y el utilitarismo», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 710, 2008, págs. 2544-2568, decantándonos en contra de la interpretación correctora de la referida norma jurídica.

² Referencia y texto tomado del blog de ALFARO ÁGUILA-REAL, *Más sentencias sobre el artículo 90.1.6.* <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/04/mas-sentencias-sobre-el-art-9016-lc.html>.

³ Referencia y texto tomado del blog de ALFARO ÁGUILA-REAL, *Más sentencias sobre el artículo 90.1.6.* <http://derechomercantilespana.blogspot.com.es/2014/04/mas-sentencias-sobre-el-art-9016-lc.html>.

⁴ Sin embargo, destaca el trabajo de GELI-FERNÁNDEZ PEÑAFLOR y COLLDEFORNS PAPIOLS, «La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal», en *Indret* 3/2012, en el que se otorgan argumentos de cierto calado en favor de la interpretación literal.

⁵ PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ, «El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, núm. 20, Sección Estudios, Editorial La Ley, 17 de septiembre de 2013. Vid. la abundante bibliografía citada en este trabajo de los profesores PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ.

⁶ MIQUEL, José María y GARCIMARTÍN, Francisco, «El nuevo artículo 90.1.6.^o *in fine* de la Ley Concursal: su interpretación derogatoria y el dilema de los acreedores», en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 40, 2012, págs. 26-31.

⁷ DE DIEGO, *Derecho judicial. Equívocos y malas inteligencias de que es susceptible. Sus procedimientos en orden al progreso del Derecho positivo* (Discurso inaugural del Curso académico, pronunciado el día 11 de febrero de 1942, en la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación), Madrid, Ediciones Pegaso, pág. 14.

⁸ CASTÁN TOBEÑAS, *La actividad modificativa o correctora en la interpretación e investigación del Derecho* (Conferencia dada por el Excmo. Sr. D. José CASTÁN TOBEÑAS en el Paraninfo de la Universidad de Murcia el día 29 de mayo de 1046, en virtud de invitación de su Seminario de Derecho Privado).

⁹ Jerónimo GONZÁLEZ, «Jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 126, 1935.

¹⁰ Jerónimo GONZÁLEZ, «La Escuela de Tubinga», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 128, 1935.

¹¹ DE LOS MOZOS, «Jerónimo González, divulgador y crítico de la jurisprudencia de intereses», en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 619, 1993.

¹² *La jurisprudencia de intereses*, pág. 414.

¹³ *La jurisprudencia de intereses*, pág. 417.

¹⁴ *La Escuela de Tubinga*, págs. 574 y 575.

¹⁵ HECK, *Das Problem der Rechtsgewinnung*, 1912.

¹⁶ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, pág. 455.

¹⁷ DE CASTRO Y BRAVO, *Derecho Civil de España*, Civitas, 1984, pág. 472.