

# **DICTAMEN SOBRE LA EFICACIA DE LA NUEVA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE CREDITOS DEL ART. 54.3 LHMPD EN RELACION CON LAS DIVERSAS ESPECIES DE GARANTIAS REALES SOBRE CREDITOS EXISTENTES EN NUESTRO ORDENAMIENTO.**

© Luis Fernández del Pozo. Barcelona 25 junio 2009.

## **CUESTION PREVIA. AMBITO TERRITORIAL Y SISTEMA CONFLICTUAL APLICABLE A LAS PRENDAS SOBRE CREDITOS.**

La cuestión relativa al ámbito territorial de aplicación y al régimen conflictual de las garantías reales constituidas sobre créditos es, muy posiblemente, la más difícil de resolver en nuestro ordenamiento jurídico, habida cuenta de la existencia de una verdadera laguna jurídica en este punto.

Vaya por delante que los principales problemas conflictuales sólo se plantean en lo que hace a la oponibilidad frente a terceros -la eficacia real o “erga omnes”- del contrato de garantía constituido en la forma o instrumentación jurídica escogida; que son varias las posibles. En realidad, la selección de la Ley material aplicable al contrato de garantía en sí mismo considerado (es decir: lo tocante a las relaciones jurídicas que se entablan entre el garante y el acreedor garantizado) y la Ley aplicable al crédito cedido (en lo que hace a su régimen material y hasta su cedibilidad con fines de garantía) presenta pocos problemas serios. En ambos casos, habrá que estar a lo previsto en la Ley aplicable a las obligaciones contractuales (la Lex

contractus). Todo ello según lo que se establece en el art. 10.5 C.C. cuyas disposiciones, por cierto, han sido sustancialmente superadas por el recientemente aprobado Reglamento (CE) 593/2008, de 17 junio 2008, sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Reglamento Roma I; citado de aquí en adelante como "RRI"). El RRI forma parte del ordenamiento jurídico español el cual, en su aspecto internacional e interregional, deberá ajustarse a sus previsiones.

Tanto el RRI en su artículo 14 –que entra en vigor el 17 de diciembre de 2009- como su antecesor, el art. 12 del Convenio de Roma - en vigor en España desde el 1 de septiembre de 1993- contienen reglas claras en la materia conflictual ajena a la oponibilidad de la garantía a terceros. Tales reglas sustancialmente son coincidentes con las que se contienen en el texto –aún no ratificado por España; no obligatorio- de referencia internacional en la materia que es el United Nations Convention on the Assignment of Receivables in International Trade (CNU 2004).

Así las cosas, para el tratamiento del problema conflictual de las garantías reales sobre créditos debemos distinguir:

1º) Las relaciones jurídicas entre el que presta la garantía (=pignorante/cedente) y el cesionario o beneficiario de la misma (acreedor pignoraticio), se regirán por la respectiva **Lex contractus**. A saber ,y básicamente, por la Ley escogida por las partes del contrato de garantía siempre que tenga una conexión suficiente con el negocio de que se trate (el RRI en lo esencial no innova en relación con lo previsto en nuestro art. 10.5 CC) .

2º) La Ley que rija el crédito cedido –es decir: el crédito objeto de cesión (=pignoración)- será la respectiva **Lex contractus** . Dicha ley, en principio libremente escogida entre acreedor y deudor, será la que determine la eventual transmisibilidad del crédito en cuestión (dado que existen créditos que por naturaleza o pacto no son pignorables); las relaciones entre el cesionario/acreedor pignoraticio y el deudor cedido; las condiciones de oponibilidad de la cesión al deudor cedido y , en fin, el carácter liberatorio de la

prestación hecha por el deudor cedido. En suma: la posibilidad de dar o no en garantía el crédito pignorado y la necesidad o no de la notificación al deudor cedido se rigen por la Ley material aplicable a dicho crédito.

3º) Por regla general, la eficacia real de la garantía no se ajusta a una Ley libremente seleccionada por las partes del contrato –en relación con las obligaciones contractuales, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, las partes determinan el punto de conexión y la Ley aplicable-; sino será la que corresponda, imperativamente, en relación con la situación o localización del bien dado en garantía. Como el crédito es un bien inmaterial con la naturaleza de bien mueble, las garantías constituidas sobre los mismos –y su ejecución o rango- deben seguir las reglas de la **Lex rei sitae** ex art. 10.1 CC. La ley aplicable a las garantías reales no está sujeta a la libre disposición de la partes dado que en lo tocante a la eficacia real de las mismas están implicados intereses de terceros. De todas formas y como veremos más adelante con más detalle, el problema aquí reside en determinar dónde se entiende localizado el crédito gravado: ni el RRI ni el Convenio de Roma determinan con claridad cuál sea la Ley aplicable a la eficacia frente a terceros –eficacia “real”- de las garantías reales sobre créditos.

4º) Cualquiera que sea la Ley material aplicable, la **competencia jurisdiccional** de nuestros tribunales en la materia se determina de una manera autónoma, de suerte que bien puede ocurrir que nuestros tribunales (o los jueces de Derecho común) deban conocer de demandas y eventualmente de ejecuciones de garantías que deban regirse por una ley material extranjera (o la catalana). Nada obsta, por ejemplo, a que un juez competente fuera del territorio catalán –por razón del domicilio del demandado, normalmente- deba conocer de una prenda catalana que eventualmente haya de ejecutarse conforme a Derecho de catalán incluso fuera de Cataluña. La realización del crédito dado en garantía es cuestión que se rige por la Ley material aplicable a la prenda (garantía real) mientras que la competencia de nuestra Jurisdicción frente a los tribunales extranjeros se determina por lo previsto en la LOPJ (art. 22) y en el Reglamento comunitario nº 44/2001, de 22 de diciembre de 2000, relativa a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de

resoluciones judiciales en materia civil y mercantil. La regla general es el fuero del domicilio del demandado. Si es competente la Jurisdicción española, la competencia territorial doméstica se rige por las reglas generales de la LEC (arts. 50 y ss, de la competencia territorial). No obstante lo cual, sin perjuicio de lo que luego se dirá, la competencia internacional en relación con el procedimiento de insolvencia se determina por lo previsto en el Reglamento N° 1346/2000, de 29 de mayo y en los arts. 199 y ss de nuestra Ley concursal.

En cuestión conflictual- Ley aplicable- relativa a la eficacia real de la garantía mobiliaria sobre créditos, el problema se centra en determinar dónde se entiende localizado un bien inmaterial como es el crédito en cuestión ... cuando éste no resulta incorporado a un título-valor perfecto. Porque si el crédito se incorpora a una letra de cambio, a un pagaré, a un conocimiento de embarque, a una acción al portador emitida por una anónima etc... el crédito representado en cada caso se “cosifica” y su localización es la situación del documento que lo instrumenta. En cambio, cuando se da en garantía una participación de una limitada o una acción nominativa y habida cuenta que no existe incorporación posible a un título valor sino un sistema de circulación “registrar” (libro registro de socios), se plantea la necesidad de precisar , por ejemplo, si el crédito se reputa situado en el domicilio del deudor cedido (la sociedad emisora), en el del garante o constituyente de la garantía etc. a los efectos de precisar la ley aplicable a la eficacia real de estas garantías.

La cuestión antes apuntada no está resuelta internacionalmente. Hubiera debido encontrar solución en el RRI, pero la versión definitiva del RRI, que sí contiene una previsión referente a cesión/prenda de créditos, omite allí tratar de lo tocante a la Ley aplicable a la oponibilidad de la cesión de créditos frente a terceros (=su eficacia real). Es bien conocido que no llegó a prosperar en el RRI una previsión especial sobre el particular que se contenía en el proyecto y que resolvía esta cuestión con el criterio contenido en el art. 22 de la Convención de las UN (y que escogía por punto de conexión el domicilio del garante). La cosa es que existía - y existe en Europa todavía- una enorme discrepancia de sistemas conflictuales de los países miembros en relación con las garantías reales sobre intangibles (“security interests over receivables”).

Esta heterogeneidad de sistemas y discrepancia de criterios en el panorama europeo hizo imposible llegara a plasmarse en Reglamento una disposición según la cual la oponibilidad de la cesión/pignoración del crédito frente a tercero se regiría por la ley del país en que el cedente tuviera su residencia habitual. Existe , pues, una laguna legal en Derecho internacional ; algo que reconoce expresamente el redactor del RRI que contempla la necesidad de resolver en el futuro la cuestión de una vez por todas previo el informe a que se refiere el art. 27.2 RRI.

Desgraciadamente, tampoco nuestro Derecho conflictual –internacional e interregional- cubre la laguna señalada en la legislación europea e internacional. En teoría, es notorio que la ley aplicable a las garantías reales mobiliarias sería la *Lex rei sitae* ex art. 10.1 C.C. Sin embargo, *no resulta fácil determinar dónde se reputa “estar situado” un bien intangible como es un crédito personal.*

Así las cosas, las conclusiones a que llego son las siguientes en relación con las diversas modalidades típicas de garantías reales sobre crédito que se conocen en nuestro Derecho:

(1º) En relación con las **“garantías financieras” constituidas bajo el RDL 5/2005 y la Directiva 2002/47/CE, de 6 de julio**, al menos existe una norma conflictual especial que desde luego se aplica en todo el territorio nacional (incluidas las “garantías financieras” constituidas en Cataluña): los arts. 9.1 Directiva y Decimoséptimo del RDL.

Según ese particular sistema conflictual, las “garantías financieras” están sujetas a la Ley del Estado en que se encuentre la cuenta “principal” en que se inscriba la garantía a favor del beneficiario:

- (i) Si son dados en “garantía financiera” valores o instrumentos financieros en sistema de tenencia directa no se plantean graves problemas prácticos: rige la Ley del sistema de registro o anotación contable. En los sistemas de tenencia indirecta (anotaciones en cuenta en sistemas estructurados en jerarquías descendentes de registros con desgloses escalonados de

titulares) , rige la llamada “regla PRIMA”. La ley aplicable no es la ley de emisión de los valores, ni el registro donde se encuentran inicialmente anotados los valores *sino la ley del Estado donde se localiza el intermediario encargado de llevar las cuentas del titular último*. Así, si se dan en garantía valores emitidos por una sociedad española (e inicialmente registrados en España a nombre de una entidad intermediaria) por un titular último (beneficiario) anotado en los registros de EUROCLEAR-Bélgica, la Ley aplicable a la garantía real es la belga.

- (ii) Si se trata de efectivo (dinero depositado en entidad de crédito), se aplica la Ley aplicable al contrato entre titular y entidad depositaria, habitualmente la ley de la sucursal donde se localiza la cuenta afecta.

No obstante lo cual, esa regla anteriormente descrita tiene una importante corrección que interesa señalar para el caso de que el pignorante de la “garantía financiera” entre luego en concurso.

Si el pignorante entra luego de constituida válidamente la “garantía financiera” en concurso, la preferencia de la prenda de créditos en el seno del procedimiento concursal debería regirse en principio por la *Lex fori concursus*. Todo ello según lo que dispone el Reglamento 1346/2000, de 29 de mayo de 2000. Pues bien: aunque el concurso se rija por otra Ley material distinta de la que rige la garantía real, ex art. 5.2.g III del Reglamento de Insolvencia citado, la apertura de un procedimiento de insolvencia en un estado miembro no afectará al derecho real de prenda sobre los bienes que en el momento de apertura se encuentren en el territorio de otro Estado miembro. Más aún, el Reglamento establece una importantísima regla: que a estos efectos de salvaguarda de la posición del acreedor pignoraticio se reputa que los créditos en cuestión se localizan en el domicilio del deudor (debitor debitoris). Ahora bien: no puede extrapolarse la regla citada para que valga para localizar todo tipo de créditos en el espacio: el art. 5 no funciona como una regla conflictual sino como una simple regla de “inmunidad” o “blindaje” de la garantía real frente al concurso. Así: si el garante es compañía española cuyo centro de

intereses principales está en España y luego es declarado insolvente, la ley concursal , del concurso principal, es la española (la Lex concursus se determina por la sede de la concursada). No obstante, si la garantía se constituyó sobre cuenta que tiene la concursada en Iberclear-Bélgica, la declaración de apertura del concurso en España no perjudica la posición del acreedor pignoraticio con derechos sujetos a Ley belga.

**2º)** Tratándose de **prendas sin desplazamiento de créditos**, a falta de una regla conflictual especial, la más adecuada es la que se infiere de la competencia registral del Registro de Bienes Muebles en atención al domicilio del pignorante.

Empecemos por advertir que nuestro sistema conflictual quiere que tratándose de garantías reales de las “registrables” sea una misma Ley la que rija la eficacia real del contrato y también su régimen de publicidad registral: precisamente, la Ley del lugar donde está situada la cosa que soporta el gravamen registral. Así lo establece con claridad el artículo 10.1 CC. Pues bien, al menos para determinar la competencia registral, la legislación especial es relativamente clara en lo que hace a determinar la situación de la cosa –y la competencia de cada Registro- porque escoge como punto de conexión el domicilio del pignorante. No cabe la menor duda de que el registro competente para inscribir la prenda de créditos es el del domicilio del pignorante por simple aplicación de la regla residual de competencia del art. 70.4ª LHMPD (y disp.. trans. 2.8ª OM 19 julio 1999). Entiendo que no es temerario defender que se *rigen por la Ley española las prendas sin desplazamiento constituidas en el Registro de Bienes Muebles competente por razón del domicilio del pignorante*. En este mismo sentido parece haberse pronunciado algún autor (vid. CARRASCO PERERA, La Ley, Nº 6867, Sección doctrina, 23 enero 2008).

**3º)** Existe , en fin, una verdadera laguna legal en materia del sistema conflictual aplicable a las **prendas no registradas** eventualmente sujetas al Derecho común (prenda “común” de créditos de Derecho español) y al Derecho

catalán (“prenda catalana” de créditos). Aquí definiendo que deberán constituirse con arreglo a la Ley catalana las garantías prestadas por quien tiene su domicilio/residencia habitual en Cataluña y con arreglo al CC. cuando el garante tiene su domicilio en territorio de Derecho común.

En nuestro Derecho, sistema conflictual internacional e interregional siguen las mismas pautas. Así las cosas, como quiera que la sujeción al Derecho civil o al Codi catalán de una prenda se determina por las mismas reglas, imperativas sin duda, que las vigentes en sede de Derecho internacional privado español en materia de garantías reales sobre bienes muebles (cfr. art. 13.1 C.C. en relación con lo dispuesto en el art. 10.1 C.C.) y es difícil saber dónde se reputa situado un crédito a estos efectos, se plantean gravísimos problemas a la hora de determinar los requisitos que deben seguirse para constituir una prenda de créditos que no sea de las registradas ni pueda caer en el ámbito de aplicación del RD Ley.

Se han postulado varias soluciones posibles al problema por los diversos autores. Como la que pasa por entender que el punto de conexión a utilizar no es otro que el domicilio del deudor cedido (debitor debitoris). Así, por ejemplo, cuando se dan en prenda participaciones de una sociedad limitada, la Ley del domicilio de la sociedad. Este parece ser el criterio preferido por el Reglamento europeo de Insolvencia en el artículo 5 antes citado. Con todo, no es lícito extrapolar esta regla a supuestos distintos de los contemplados en este precepto y este Reglamento. Muy probablemente, el precepto esté pensando en el modelo paradigmático de las “garantías financieras” en que el vínculo más estrecho de la garantía es el ordenamiento correspondiente al domicilio del banco que afecta los saldos a la garantía o donde está situada entidad encargada del registro de anotaciones en cuenta.

Es opinión pacífica de la doctrina que se ha ocupado de la exégesis del Reglamento europeo de Insolvencia que no es su propósito establecer un sistema conflictual aplicable a la cesión/pignoración de créditos; mucho más cuando el propio RRI –su sede idónea- ha sido incapaz de abordar una solución uniforme (vid. supra.). Amén de ello, de ser ésta la solución aplicable

(la ley del domicilio del deudor cedido), ¿qué hacer en caso de prenda global de créditos?.

Entiendo que debe escogerse un punto de conexión que sea conforme a las expectativas de las partes y que permita dar eficacia plena a la garantía constituida en los términos pactados. En particular, a las prendas globales de créditos, muy frecuentes en el tráfico internacional. Pues bien: la única solución razonable de las aplicables a las operaciones de prendas globales de créditos (de deudores distintos posiblemente domiciliados en territorios distintos) es la que pasa por entender que el *crédito se sitúa en el domicilio del que presta la garantía (cedente/pignorante)*. De esta manera se evita que la eficacia de una misma operación única de garantía sea diferente en atención a cada uno de los créditos gravados (de distintos deudores). No es temerario entender que en la eficacia real de la prenda de créditos el ordenamiento que tiene una “vinculación más estrecha” con el negocio es el del domicilio del garante. Sobre todo, además, si tenemos en cuenta que si entrara el mismo garante en concurso, la Ley del concurso –que rige la preferencia concursal- viene determinada por su residencia habitual. Constituye, además, la solución propuesta una regla sencilla de aplicar y que es la misma que se aplica a la prenda registrada y que es la solución internacional patrocinada en el art. 22 del Convenio de las Naciones Unidas de la cesión internacional de créditos (y la del proyecto de RRI).

Entiendo en fin sujeta al C.C. la prenda no registrada (“común”) de créditos *cuando el domicilio del pignorante español esté en territorio de Derecho común*. Será aplicable la Ley catalana cuando el *domicilio del pignorante está en territorio catalán*.

Obviamente, no es cosa de tratar aquí de los problemas de “conflicto móvil” cuando con posterioridad a la constitución de la garantía se produce un desplazamiento del punto de conexión. En nuestro caso, cuando el crédito cambiara de localización: del territorio nacional al extranjero, o de territorio de Derecho común a Cataluña.

Esta cuestión complica aún más si cabe toda esta materia. Desgraciadamente, no faltan estudios monográficos sobre el particular, el

traslado allende fronteras del bien gravado determina un cambio de Ley aplicable por ser otra la *Lex rei sitae*. La garantía constituida se puede perjudicar si no cumple con los requisitos exigidos por la nueva Ley material aplicable. No existe en esta materia, como si existe en otros aspectos como en el área de familia o sucesiones, un principio según el cual las garantías constituidas con arreglo a una Ley originaria conservan su validez aunque los bienes estén situados fuera del territorio correspondiente. No obstante, en materia concursal vid. el famoso art. 5 del Reglamento de Insolvencia.

## **SEGUNDA CUESTION PREVIA. AMBITO MATERIAL DE LA LEGISLACION DE “GARANTIAS FINANCIERAS” EN RELACION CON LA PRENDA DE CREDITOS CATALANA Y CON LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO.**

El ámbito material del RD Ley de garantías financieras se infiere de un texto legal ciertamente poco técnico, como se reconoce por todos los que se han ocupado de su interpretación, que apenas si se limita a traducir al español la Directiva 2002/47/CE, de 6 de julio, de la que trae causa. Importa tener presente que el régimen específico de este tipo de operaciones queda referido a un ámbito determinado por un requisito subjetivo y por un requisito objetivo: los sujetos que pueden concertar este tipo de operaciones y el objeto de las garantías.

En relación con lo primero, el ámbito subjetivo, sólo reseñar que la cuestión se rige por lo dispuesto en el artículo cuarto del RDL que se da aquí por reproducido. En ningún caso, la prenda de crédito pueda aspirar a estar sujeta al régimen especial cuando alguna de las partes contratantes sea una persona física, excepto cuando se celebre con alguna de las entidades a que se refiere el apartado 1.d) (organismos rectores de los mercados secundarios y sociedades gestoras de los sistemas de compensación y liquidación...). Si una de las partes es persona jurídica que no es de las señaladas en el apartado 1 (entidades públicas, de crédito, bancos centrales, organismos supervisores y gestores de sistemas en los mercados de valores) la otra necesariamente lo

debe ser (artículo cuarto, 2). Por ende, aunque la garantía se imponga sobre activos líquidos o sobre dinero depositado en entidad de crédito, *la Ley especial no se aplica si una de las partes es persona física o si ninguna de las partes es una entidad de las enumeradas en el apartado 1 del artículo 4.*

En cuanto al objeto de las “garantías financieras”, el tenor literal de la norma y de la Directiva exige que sólo puedan darse en garantía por esta vía cuando se trata de “efectivo” o dinero abonado en cuenta en cualquier divisa y/o de “valores negociables y otros instrumentos financieros” de los enumerados en el art. 2 LMV (artículo séptimo RDL). Es decir: activos financieros muy líquidos.

Así como determinar qué sea “dinero” –en realidad: saldos bancarios- no plantea problema especiales; lo segundo –lo de los valores negociables- sí, toda vez que si aceptamos el tenor literal del artículo citado, también quedarían incluidos en el ámbito de aplicación del RDL todas las acciones de todo tipo de sociedades, puesto que las acciones son valores (negociables). Esta interpretación es absurda. La Directiva pretende regular un régimen singular de gravámenes y cesiones en general sobre activos financieros muy líquidos y sobre los cuales puede constituirse la afección por el mecanismo del “control”: anotación en cuenta o inmovilización del saldo en entidad de crédito. No se ve cómo han de poderse aplicar muchos de los preceptos del régimen particular sobre todo en materia de constitución de la garantía y ejecución de la misma cuando la garantía no sea fácilmente realizable o escasamente líquida como ocurre por ejemplo cuando las acciones están sujetas a una limitación a la transmisibilidad.

El ámbito paradigmático de aplicación del RDL es la pignoración de acciones/obligaciones de sociedades cotizadas representadas mediante anotaciones en cuenta; aunque no puede desprejiciarse la hipótesis de que pueda considerarse sujeta al RDL la operación de prenda de un paquete de acciones al portador que se inmovilizan en méritos de la afección con intervención de la entidad depositaria. Por cierto que en ningún caso pueden imponerse garantía financiera sobre participaciones de sociedad de

responsabilidad limitada dado que las participaciones no son “valores” (cfr. art. 5.2 LSRL).

Así las cosas, el RD Ley de garantías financieras tiene aplicación en todo el territorio nacional ... por más que el Codi catalán contemple expresamente la “penyora” sobre “valors o diners” (cfr. art. 569-12; art. 569-17). Por mucho que la garantía quede constituida (“aportada”) en territorio catalán, aunque el dinero esté depositado en entidad de crédito situada en este territorio, aunque la cuenta en que se inscriba la garantía a favor del beneficiaria esté allí, no puede exigirse a las garantías así establecidas y que cumplan con los requisitos previstos en la Directiva y en el RDL, unos requisitos superiores para su efectividad. Dicho de otra manera: la prenda de efectivo y de acciones/obligaciones de sociedades cotizadas constituida en Cataluña no precisará de cumplir con los requisitos de escrituración o de notificación al deudor cedido para su efectividad/ oponibilidad. No creo que sea necesario recordar que Cataluña es territorio de la Unión Europea.

En fin, no puede imponerse prenda sin desplazamiento sobre efectivo o sobre valores o instrumentos financieros porque lo excluye expresamente el artículo 54.3 LHMPD en su nueva redacción cuando nos dice que pueden pignorararse registralmente los derechos de crédito *siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos del Decreto ley 5/2005*. Adviértase que, a contrario, no hay inconveniente alguno a constituir prenda sin desplazamiento sobre participaciones de sociedad de responsabilidad limitada.

## **LA EFICACIA DE LA PRENDA DE CREDITOS EN RELACION CON EL DEUDOR CEDIDO. LA NOTIFICACION.**

Por hipótesis, el deudor del crédito cedido en garantía es “tercero” en relación con el contrato de constitución de garantía sobre créditos. La pignoración hecha por su titular –del crédito, se entiende- en favor del acreedor beneficiario , que es a sus efectos un tercero, no puede perjudicar a

aquél. Todo ello en méritos de una simple aplicación del principio *res inter alios acta* del art. 1257 CC: el deudor cedido no queda obligado por la prenda a más de lo que estuviere por su propio contrato (cfr. art. 149.2 LH).

Así las cosas, para evitar que la garantía pueda venir a menos mediante un pago liberatorio hecho por el deudor cedido al acreedor aparente, habrá que conseguir constituirle a aquél en la obligación de realizar el pago conforme a lo que resulte del contrato de prenda (=conforme a las instrucciones de pago precisas para la efectividad de la prenda).

En Derecho comparado, igual que en Derecho español, para la oponibilidad de la cesión/garantía de créditos frente al deudor cedido es necesario la notificación hecha a este último por persona legitimada (cfr. arts. 39 y ss. del Convenio de las Naciones Unidas; art. 14.2 Reglamento UE). En relación con la prenda ordinaria de créditos, la notificación al deudor cedido enerva el efecto liberatorio del pago (de buena fe) hecho por éste al deudor aparente. Así resulta con toda claridad y de manera pacífica en nuestro Derecho positivo en múltiples preceptos dispersos por todo nuestro ordenamiento: art. 1164 CC; art. 1198.3 CC;; art 1527 CC; art. 347.2 CCom; arts. 110.2, 149 y 151 LH; arts. 243 y 176 RH; art. 5 , 8, LHMPSD; arts. 216 y 225 LC, art. 201 LCAP etc. La cosa está muy clara en la jurisprudencia (por todas, la STS de 11 de marzo 2008, por citar una muy reciente).

Por otra parte, la notificación al deudor cedido sirve para negar oponibilidad frente al acreedor pignoraticio/cesionario de los acuerdos extintivos o modificativos que ligan al pignorante con el deudor sobre el crédito cuando tales acuerdos novatorios sean posteriormente celebrados sin el consentimiento del acreedor garantizado. Si, por ejemplo, se constituye una segunda prenda sobre los mismos créditos, el primer acreedor pignoraticio podrá evitar que se perjudique su derecho mediante la notificación al deudor cedido; de lo contrario, cabe un pago liberatorio del deudor cedido al segundo acreedor pignoraticio .

Se ha dicho , probablemente de manera inexacta, que en la prenda de bienes inmateriales (los créditos) la notificación al deudor suple –e.d. cumple las funciones- del desplazamiento posesorio en la prenda de cosas materiales.

Se habla entonces, equívocamente, de un cierto “efecto publicitario” de la notificación. Ahora bien: aunque alguna sentencia –y alguna doctrina- parece dar a entender que la notificación “hace público” o “visible” la afectación de un crédito (que no puede hacerse efectiva mediante el instrumento sensible de la desposesión por la pura y simple razón de la falta de idoneidad del objeto en los bienes inmatereale); la notificación al deudor cedido no tiene en puridad ningún efecto “publicitario” o de oponibilidad a terceros. La notificación al deudor cedido en Derecho común ni es requisito de validez (pueden ser válidas prendas no notificadas) ni es requisito de eficacia frente a terceros (las prendas no notificadas pueden ser plenamente eficaces erga omnes, incluso en el marco del concurso, aunque no estén “debidamente” notificadas).

Oponibilidad al deudor cedido y oponibilidad a terceros funcionan autónomamente en distintos planos y se consiguen mediante instrumentos diferentes:

- (i) *Eficacia real y eficacia frente al deudor cedido no siempre van juntas.* Puede darse el caso de primeras prendas que deben pasar antes en rango que las otras segundas y posteriores prendas (tienen mejor rango en la prelación de créditos) pero que por no haber sido notificadas tempestivamente no impiden el pago liberatorio efectuado por el deudor cedido, debidamente notificado de la segunda, en favor del acreedor postergado en rango .
- (ii) *Ni siquiera en las prendas registrales la inscripción en el Registro público hace innecesaria la notificación al deudor cedido a menos , claro es, que el dicho deudor cedido renuncie a ser notificado (arg. ex art. 242 RH; RR DGRN 13 y 18 octubre 2000). Más aún, es incluso posible inscribir en el Registro una prenda registral no notificada ... con el riesgo de que luego haya de cancelarse en méritos de un pago liberatorio. Vid. arts. 243 y 176 RH. La publicidad registral no perjudica al deudor cedido ni se reputa a éste notificado por el hecho de la publicidad registral (no se*

presume que conoce el hecho de la cesión inscrita). En cambio, en la prenda sobre valores anotada en cuenta, no se requiere la notificación al deudor cedido (en este caso a la sociedad), probablemente porque la emisora es libre de determinar el sistema de representación de sus acciones y se da implícitamente por enterada de quien esté legitimado por los pronunciamientos registrales (vid. infra.).

- (iii) *La fecha de la eficacia de la prenda frente a terceros puede ser anterior a la fecha de eficacia de la prenda frente al deudor cedido*, lo que ocurre normalmente en la prenda de créditos futuros. Como es lógico, en la prenda de créditos aún no nacidos no será posible notificar al deudor la pignoración anticipada hasta que nazcan los créditos y quede determinado el deudor.

1º) Las conclusiones anteriores en cuanto a la eficacia frente al deudor cedido de la prenda sobre créditos valen tanto para la **prenda común** (del CC) como para la **prenda (registral) sin desplazamientos de créditos ex nuevo art. 54.3 LHMPD**. Ni que decir tiene que cuando el crédito se incorpora a un título valor la transmisión sigue las reglas de la circulación cartular del derecho incorporado: puede constituirse una prenda con desplazamiento común del crédito incorporado a un título al portador con la simple entrega del documento al acreedor garantizado (“cosificación del derecho”) o puede transmitirse el crédito de la cambial o del conocimiento de embarque mediante el endoso.

2º) En las **“garantías financieras” sujetas al RDL 5/2005**, la particularidad es que no existe esa autonomía de los planos descritos (oponibilidad/notificación; eficacia frente a terceros/eficacia frente al deudor cedido). A todos los efectos, la garantía se constituye cuando el objeto de la misma (dinero en cuenta; instrumentos financieros) se entrega, transmite, registra o acredita o cualquier otro modo “de forma que obre en poder o esté bajo el control del beneficiario o de la persona que actúe en su nombre”. El banco depositario queda así obligado a respetar la constitución de la garantía y

lo mismo quedan los terceros. También: en la prenda de los créditos instrumentados mediante anotaciones en cuenta (valores cotizados, obligaciones etc...) la inscripción de la prenda en la cuenta sustituye al desplazamiento posesorio y hace innecesaria la notificación al deudor cedido y simultáneamente, permite la oponibilidad a terceros desde la fecha de la inscripción (cfr. art. 10 LMV en relación con los arts. 8 y ss. RDL 5/2005). Contrástese con lo que ocurre si, por ejemplo, se constituye una prenda sobre participaciones de una limitada o sobre acciones no incorporadas a títulos: es necesaria la notificación de la constitución de la prenda a la sociedad para su inscripción en el libro registro y que ésta reconozca legitimación al acreedor pignoraticio (arg. ex arts. 57 y 58 LSA; arts. 26 y 27 LSRL)... aunque para que la prenda sea eficaz frente a terceros se necesita fehaciencia de la fecha con arreglo al régimen común y sin que la inscripción en el famoso libro-registro tenga efecto alguno de oponibilidad a terceros.

3º) La regulación de **la prenda catalana** expresamente admite la pignoración de créditos: art. 569-12 Codi. No obstante, presenta el inconveniente de que allí se contempla la notificación al deudor cedido dentro de los requisitos de constitución de la prenda: cfr. art. 569-13.3 Codi.

En relación con la eficacia de la prenda catalana sobre créditos frente al deudor cedido, el requisito de la notificación no plantea problemas específicos, que ya existe en Derecho común. ¿Cabe entender además que en relación con los terceros la prenda es ineficaz si no está notificada aunque conste su constitución en documento público ex art. 569-13.2?. Si esto es así, en la prenda catalana de créditos futuros existe el riesgo grave de la postergación de la garantía porque no se puede ganar prioridad hasta que nacidos los créditos se practique la notificación. Desgraciadamente, no existe jurisprudencia sobre el particular y aunque alguna doctrina es partidaria de hacer una lectura “benigna” del precepto citado y entender que el requisito sólo es exigible a los efectos de enervar el pago liberatorio del deudor cedido al acreedor aparente, es evidente que tratándose de créditos futuros en Cataluña es conveniente constituir una prenda registral para evitar problemas.

## **LA OPONIBILIDAD “ERGA OMNES” (EFICACIA REAL) DE LA PRENDA DE CREDITOS CONFORME A DERECHO ESPAÑOL/CATALAN**

### **1. Concepto y alcance de la oponibilidad frente a terceros de las prendas de créditos.**

Entendemos por oponibilidad de la prenda de créditos la posibilidad de hacer valer su contenido frente a terceros (eficacia “real” o “erga omnes”).

Tales terceros pueden ser los adquirentes y subadquirentes -que traen causa del cedente-pignorante, se entiende- de derechos sobre el mismo crédito dado en prenda y cualquiera que sea su respectivo título o causa. Así, son terceros los acreedores embargantes del crédito por deudas del pignorante y quienes procedan contra el dicho crédito por cualesquiera apremios judiciales o administrativos. También son terceros los ulteriores cesionarios, a título parcial o total, del mismo crédito , en méritos de un negocio causalmente hábil para ello y con los mismos fines de garantía (segundas y ulteriores prendas del crédito en cualquiera de sus formas jurídicas: prendas ordinarias, sin desplazamiento, catalanas, sujetas al RD Ley de garantías financieras, internacionales...) y los que resultan cesionarios a otros fines jurídicos distintos de la garantía (factoring, titulización de créditos, compensación en méritos del contrato de “netting” del art. quinto del RDL etc.). Son terceros, en fin, todos los demás acreedores del pignorante-concursado que estén en la masa pasiva del concurso y respecto de los cuales se pretende hacer valer la preferencia singular o , incluso, el privilegio de ejecución separada.

El contenido de “lo-oponible” del derecho real de prenda consiste básicamente en la preferencia crediticia en caso de concurrencia de varios derechos sobre el mismo crédito. Todo ello:

- (i) En el marco del concurso del pignorante-cedente: preferencia o “privilegio especial” concursal ex art. 90.1.1º LC (psd sobre créditos) y art. 90.1.6º LC (prenda común sobre créditos) y demás concordantes o;
  
- (ii) Fuera del concurso , normalmente en tercería de mejor derecho ex arts. 614 y ss. LEC (vid. infra.) y en relación con lo que se establece en los arts. 1922.2º y 1926.1ª CC en materia de “prelación de créditos”; artículos todavía vigentes mientras no se dicte la Ley especial a la que se refiere la disp. final trigésimo tercera LC.

## **2. Requisitos (sistemas) de oponibilidad a terceros.**

El régimen de oponibilidad de las prendas “domésticas” sobre créditos *depende de la forma jurídica de instrumentación:*

1º) Tratándose de “**garantías financieras**” **sujetas al Real Decreto Ley 5/2005** que desarrolla las disposiciones de la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, su eficacia frente a terceros no requiere de fehaciencia alguna; de instrumentación pública ni de publicidad registral. Así resulta a sensu contrario, con toda claridad, de lo dispuesto en el art. 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. art.3.1 Directiva). En estas garantías la oponibilidad queda asegurada, además de la formalización por escrito, mediante lo que se denomina “aportación del activo objeto de garantía” a que se refiere el art. 8.2 a) del Decreto Ley y 1.5 de la Directiva. A saber: la constitución de una situación de hecho que legitime el

control sobre el crédito garantizado en interés del beneficiario y de manera que se aquél se pueda reputar “entregado, transmitido, registrado o acreditado de cualquier modo, de forma que obre en poder o esté bajo el control del beneficiario o de la persona que actúa en su nombre” y , en caso de valores representados mediante anotaciones en cuenta” desde la inscripción en el registro contable de la garantía (cfr. arts. 9 y 10 LMV sobre la oponibilidad de la prenda inscrita). Típicamente, en las prendas de créditos instrumentados en cuenta corriente bancaria o sobre saldos depositados en entidades de crédito, mediante la inmovilización del saldo de la cuenta en interés del beneficiario por la entidad de crédito depositaria, sea o no acreedora pignoraticia.

Cabría plantearse la duda de si para ganar oponibilidad concursal en el concurso del cedente-pignorante es necesaria la fehaciencia del documento de constitución de la garantía financiera, habida cuenta de lo previsto en el art. 90.1. 6º LC para todas las prendas de crédito sin distinción. Entiendo que en modo alguno es así: también para la plena oponibilidad concursal de la garantía financiera basta documento privado de formalización más la situación de control constituida conforme a lo previsto. Más aún, la “garantía financiera” de tal forma constituida queda inmune al concurso del pignorante (vid. infra). : no puede ser perjudicada por el ejercicio de la acción de reintegración interpuesta por los administradores concursales ex art. 71 LC; no cabe hacer valer frente al acreedor garantizado que ejecute la garantía por la vía de la compensación del art. Duodécimo del RDL , la prohibición de compensación de créditos y deudas del concursado una vez declarado el concurso ex art. 58 LC e incluso podrán las garantías ejecutarse inmediatamente de forma separada (privilegio de separación excepcional ex iure crédito) sin que les afecte la paralización de ejecuciones del art. 56 LC. Todo ello se sigue de lo que establece el artículo decimoquinto del RD Ley (vid. SAP Barcelona, sección 15ª, de 30 de septiembre de 2008).

Mención aparte merece el caso de créditos incorporados a títulos valores tales como letras, pagarés o conocimientos de embarque. Habrá que estar a su régimen de circulación “cartular”. Si son transmisibles al portador, como quiera que el derecho se “cosifica” en el documento que lo incorpora, la prenda se constituye con la entrega de la posesión del documento como ocurre con la

prenda “manual” o “común”. Si se trata de títulos nominativos, la constitución de prenda se hará por el correspondiente endoso de garantía y la protección del endosatario es la típica de la legitimación cartular o cambiaria. Así, el acreedor de buena fe en méritos de prenda constituida mediante endoso de garantía adquiere una posición inatacable frente a terceros aunque no exista certeza fehaciente de la fecha.

Si la prenda se impone sobre acciones no incorporadas a títulos ni representadas en anotaciones en cuenta o sobre participaciones sociales, rige el sistema de la prenda de créditos común que examinaremos más abajo: oponibilidad desde que la fecha sea fehaciente. La inscripción en el libro registro sólo persigue el fin de constituir a la sociedad en el deber de reconocer la legitimación y no puede cumplir los fines de la publicidad “erga omnes”.

2º) Tratándose de las **prendas de crédito de Derecho común**, y dejando para luego el examen de las especialidades de las prendas sobre créditos futuros (la acreditación de la prioridad temporal de la prenda no resuelve el problema de la eventual retroacción de efectos una vez haya nacido el crédito pignorado), la oponibilidad frente a terceros de la prenda requiere de la fehaciencia de la fecha de constitución del correspondiente contrato.

En este punto existe una aparente contradicción normativa toda vez que rigen requisitos distintos para la oponibilidad de la prenda y para la de la cesión de créditos. Discute entonces la doctrina si es necesaria la intervención notarial en el instrumento constitutivo para la oponibilidad de la garantía (e.d.: la documentación de la garantía en instrumento público según los arts. 1216 CC y 317 LEC: en póliza o escritura pública) o basta con que de cualquier modo se acredite la fehaciencia de la fecha por alguno de los procedimientos previstos en el art. 1227 del C.C. Aunque los arts. 1.865 y 1862 CC a contrario parecen apoyar la primera posición (vid. también los arts. 320 y 918 C.Com), entiendo con la mayor parte de la doctrina que el artículo 90.1.6º LC ha zanjado la vieja cuestión en el mismo sentido que también se infiere de los arts. 1526.1 C.C. A saber: que para la oponibilidad de la prenda “común” sobre créditos basta con que conste su constitución en documento –incluso privado– con fecha

fehaciente ex art. 1227 C.C aunque la prenda no esté formalizada en póliza o en escritura.

3º) En cuanto a la prenda **de crédito catalana**, el artículo 569-13.2 del Codi viene a decir lo mismo que el artículo 1865 del CC. A diferencia de la legislación común, la catalana contempla expresamente la posibilidad de pignorar créditos (cfr. art. 569-12 y 569-13 Codi). De hecho, no parece quepa duda interpretativa sobre el hecho de que el legislador catalán considera la forma pública –documento público- en la prenda catalana como un “requisito de constitución” , sin el cual no cabe la oponibilidad de la garantía constituida frente a los terceros (contrástese lo previsto en los apartados 2 y 3 del art. 569-13 con lo que se establece en Derecho común en el art. 1526.1 C.C. en sede de cesión de créditos). No obstante lo cual, dado que la legislación concursal es competencia exclusiva estatal pues se dicta al amparo de lo que establece el art.149.1.6ª y 8ª de la Constitución (vid. disp. Final trigésima segunda LC), la prenda, aún la catalana, con fecha fehaciente goza en el concurso del pignorante el privilegio especial que le asegura el artículo 90.1.6º LC ... aunque constare en documento privado. La escritura o póliza sólo es , en todo caso, requisito de oponibilidad extra-concursal y siempre que no se trate de prendas sujetas al Decreto Ley 5/2005.

**4º) En cuanto a la prenda sin desplazamiento de créditos ex art. 54.3 LHMYPSD**, será necesaria la inscripción de la misma en el Registro de Bienes Muebles para su oponibilidad a terceros. Lo dice la Ley con toda claridad: “Para su eficaz constitución (de la prenda sin desplazamiento de créditos, se entiende) deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles”.

La inscripción de las “garantías típicas” en el Registro de Bienes Muebles constituye un requisito de eficacia *erga omnes* de las mismas. La LHMyPSD es elocuente: “*La falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda en el Registro privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley*” (cfr. artículo 3 & 4 LHMyPSD). Así resulta también de lo que dispone el artículo 15.ap 1 LVP; con una dicción que nos recuerda la del artículo 3 LHMyPSD: “*Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se*

*insertan en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción (.../...)”.*

Por cierto, y esto no es cuestión trivial, es título inscribible en el Registro de Bienes Muebles de la prenda sin desplazamiento de créditos no solamente la escritura pública sino también *la póliza intervenida por notario* (cfr. art. 3 & 2 LHMPSD). Ni que decir tiene que la constitución en póliza entraña un ahorro fiscal en el impuesto de actos jurídicos documentados en concepto de cuota variable (art. 30 TRITPAJD; Resolución DGRN 18 marzo 2008).

### **3. La “prolongación” de la garantía en las prendas sucesivas de crédito.**

Son bien conocidas en nuestra legislación positiva las prendas de créditos (futuros) “implícitas” en otras garantías típicas –la hipoteca por ejemplo- sobre aquellos bienes que, luego de constituida la garantía, sufren un siniestro o son expropiados. Por efecto de la “subrogación real”, la hipoteca inmobiliaria, mobiliaria o la prenda sin desplazamiento, se “transforman” o “prolongan” en otras tantas prendas de crédito por razón del siniestro o expropiación del bien/credito sujeto a aquéllas. La garantía “continúa”: pasa ahora a gravar el crédito dinerario exigible por razón de la indemnización o del justiprecio: cfr. arts. 110.2 LH, art.5 LHMPSD, arts. 7 y 8 LHN; art. 40 LCS; art. 569-18 Codi catalán (vid. también, entre otras la STS 30 de julio de 1999; el mismo principio de subrogación legal en el art. 1626 CC). Así puede decirse que una hipoteca inmobiliaria sobre finca asegurada o una hipoteca sobre establecimiento, por ejemplo, llevan inherentes una prenda sobre el crédito futuro exigible, en su caso, sobre las “indemnizaciones concedidas o debidas” al propietario. Si el crédito subrogado en lugar del bien pignorado debiera hacerse efectivo antes de la obligación garantizada, el que haya de satisfacer el mismo deberá entregar su importe con arreglo a lo convenido o dicho importe se consignará ex arts. 1.176 y ss. CC (art. 110.2 LH y 5 LHMPSD).

Así las cosas, por las mismas razones, una prenda de Derecho común, Derecho catalán o una prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros o

simplemente sobre créditos no susceptibles de soportar “garantías financieras” por el régimen del RDL (instrumentos financieros y dinero en depósito bancario) pueden “prolongarse” o convertirse luego en una garantía financiera de las sujetas al RDL. Algunos autores hablan entonces, equívocamente, de “prendas sucesivas”.

La “prenda sucesiva” goza en principio de la prioridad que estuviera ganada con la primera prenda. No obstante, esa prioridad puede perjudicarse si interfieren derechos preferentes que tengan la condición de “superiores” aunque sean de constitución posterior. Así, por ejemplo, si el crédito derivado de la expropiación o del siniestro se incorpora a un título valor (una letra, un pagaré, un conocimiento de embarque...) y luego se endosa a un tercero; el endosatario, pleno o de garantía, cuando es de buena fe, está protegido en las condiciones usuales derivadas de la legitimación cartular ... aunque el crédito subyacente estuviera en su día pignorado (cfr. arts. 545 CCom; art. 19.II LCCh; art. 9. III LMV). Por este motivo, no puede tampoco despreciarse la hipótesis de que una prenda de créditos futuros pueda ver perjudicada en su prioridad si luego se constituye un derecho preferente a favor de acreedor por garantía financiera “aportada”. Algunos autores llegan a sostener que a estos efectos la garantía financiera de constitución posterior, por “control” -por el mecanismo previsto en el RDLey- es de mejor rango que el prenda ordinaria de los créditos antecedentes, lo que no deja de ser altamente inconveniente si el importe de la restitución se deposita en una cuenta cuyo saldo está afecto a otra garantía (pensemos que la cuenta en que se deposita el importe del crédito dinerario pignorado está garantizando como es usual el cumplimiento de las obligaciones que tiene contraído con el mismo banco el acreditado). Esta tesis de automática postergación de rango no puede defenderse sin más: no sólo porque lo usual será convenir el depósito de las sumas líquidas derivadas de los créditos pignorados en una cuenta especial (para evitar el riesgo de colisión con otros derechos de prenda) sino que actuando el banco depositario como deudor cedido pueden/deben dársele las convenientes instrucciones para evitar que la prolongación de la garantía sucesiva se perjudique.

Ni que decir tiene que la constitución de garantía primera –sobre crédito futuro o simplemente no dinerario- se notificará a quien proceda en concepto de deudor cedido. Vid. los arts. 110.2 LH y 5 LMPD, art. 40 LCS en lo que hace a la notificación de la constitución de garantía a la compañía de seguros para que ésta no pague la indemnización sin consentimiento del acreedor garantizado (cfr RDGRN 28 enero 1998 en lo que hace a la notificación de la expropiación). De lo contrario, puede perjudicarse la garantía si, ignorante, el deudor cedido hace un pago liberatorio. Se procederá luego, convertido el crédito futuro pignorado en líquido, a darse al crédito dinerario “subrogado” (crédito de restitución) el destino que hubieran pactado las partes en el contrato de constitución de la garantía -o que ahora se pacte entre las partes- y que convenga al acreedor garantizado (arg. ex arts. art. 110.2 LH y 5 LHMPD. Aún no vencida la obligación garantizada (puede pactarse la resolución anticipada del préstamo para estos casos), suele convenirse que las cantidades procedentes por subrogación de los créditos pignorados (los “proceeds” del derecho norteamericano del art. 9 UCC) se depositen en una cuenta corriente bancaria especial y afecta a la cobertura de la obligación garantizada. Se darán instrucciones al efecto al banco depositario en concepto de deudor cedido. Lo normal será incluso que el acreedor pignoraticio sea el mismo banco en donde se depositarán las cantidades satisfechas para su afección al cumplimiento de la obligación garantizada.

## **LA POSIBILIDAD DE CONSTITUIR SEGUNDAS –Y ULTERIORES- PRENDAS (DE LA MISMA Y DE DISTINTA NATURALEZA) SOBRE LOS MISMOS CRÉDITOS.**

### **1. Licitud de segundas prendas.**

Fuera de lo previsto en la legislación de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento (vid. infra), no hay ninguna norma en Derecho común –en la prenda de créditos con arreglo al CC- de la que se infiera una prohibición legal de constituir **segunda , tercera o ulteriores prendas “comunes” sobre los mismos créditos**. Antes al contrario, el nuevo artículo 27 de la Ley 2/1981, de

25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en la redacción dada por la Ley de reforma del sistema hipotecario, contempla la “movilización” de la “primera prenda sin desplazamiento” (de donde se infiere la posible existencia de otras psd no susceptibles de titulización).

Adviértase que el supuesto que examinamos no debe confundirse con el de las “prendas sucesivas” sobre bienes subrogados que examinamos anteriormente (vid. supra). Tampoco, con los supuestos de cesión/titulización o subpignoración del derecho que ostenta el propio acreedor pignoraticio (cfr. art. 8 LHMPSD; en afección de valores del mercado secundario mobiliario ex art. 27 Ley 2/1981).

Así las cosas, y centrándonos en una segunda prenda sobre los mismos créditos antes pignorados, ni siquiera es del todo exacto, como se ha dicho a veces, que la constitución de una segunda prenda sobre el mismo crédito antes pignorado no tiene ninguna utilidad práctica en atención al objeto de la prenda: el derecho de cobro de crédito cuyo ejercicio acarrea su extinción; el ejercicio agota el derecho. Piénsese, por ejemplo, en que los créditos cedidos cubran con creces la obligación garantizada e interesa pignorar “los restos”, después de ejecutada en su caso la primera garantía. No digamos el caso en que exista acuerdo entre los acreedores garantizados (que pueden pactar lo que proceda incluso un régimen de simultaneidad de rango) o de que sea el mismo acreedor el beneficiario de sendas prendas como en el caso excepcional del 569-15.1 Codi de dretos reals catalán en relación con la prenda catalana.

Obviamente, si la constitución de la primera prenda fue debidamente notificada al deudor cedido, el primer cesionario se asegura el control sobre la disponibilidad del cedente-pignorante, de suerte que la notificación de una prenda sucesiva sobre los mismos bienes no puede perjudicarle sin su consentimiento: viva la primera prenda, el deudor cedido no puede quedar liberado si paga o satisface su crédito al segundo cesionario-acreedor pignoraticio...a menos, claro es, que siga las instrucciones primeramente comunicadas o cuente con la aquiescencia del primer pignorante. De cualquier manera, con carácter general, como la notificación no altera las reglas de

prioridad, la preferencia entre acreedores pignoraticios se determina en razón a la fecha en que pueden oponerse a terceros sus efectos y siempre el primer pignorante podrá vencer al segundo en una tercería (vid. supra).

Claro es que pignorante y primer acreedor pignoraticio pueden convenir en el contrato una prohibición voluntaria de constituir segunda o ulteriores prendas sobre los mismos créditos. En principio, no hay por qué entender que este pacto sea ilegal siempre que su causa sea lícita. No obstante, presentaría una mera eficacia “inter-partes”: aquel pacto de no constituir segunda prenda no sería oponible a un nuevo acreedor pignoraticio (de buena fe, se entiende). Ni siquiera en las prendas inscritas (PSD sobre créditos) el pacto de no volver a pignorar tiene eficacia real ni sería inscribible en el Registro (argumento ex nuevo art. 2.1 LHMPD que copia lo previsto en el “viejo” art. 107.3º LH). Estaríamos ante una prohibición de enajenar meramente obligacional –que no vincula al segunda acreedor pignoraticio- por impuesta en negocio a título oneroso por actos inter vivos (cfr. art. 26. 3ª a contrario LH y doctrina que de ello se sigue).

Tampoco existe en la legislación especial de garantías financieras una prohibición de volver a empeñar los mismos créditos susceptibles de darse en esta forma singularísima de garantía (dinero e instrumentos financieros). Pueden constituirse **sucesivas garantías financieras** sobre los mismos bienes previamente gravados conforme al RD Ley. Cuando así se prevea, puede incluso el garante liberar el crédito pignorado y sustituir el objeto de la garantía ex artículo noveno del RD Ley.

No obstante lo anterior, existe en la **prenda catalana** un regla legal prohibitiva tan insensata como clarísima: un mismo crédito pignorado con arreglo a lo previsto en la Ley catalana no puede volverse a pignorar... a menos que sea a favor del mismo acreedor y se distribuya la responsabilidad (cfr. art. 569-15.1 Codi). Me inclino por pensar que esa segunda o sucesivas prendas son nulas –no meramente postergadas en rango- por infracción de ley imperativa ex art. 6.3 CC. El nuevo acreedor pignoraticio, cuando es de buena fe, no puede entenderse protegido por lo dispuesto en el artículo 464 CC (no

cabe adquisición a non domino de un derecho real de prenda sobre créditos). En definitiva, y dejando aparte los problemas de “conflicto móvil” para el caso de que cambie la *lex rei sitae* (el cambio del domicilio del pignorante fuera de Cataluña puede hacer viable una segunda prenda común), una primera prenda catalana excluye la posibilidad de dar nuevamente en prenda –desde luego una segunda prenda catalana, más dudoso una ulterior prenda sin desplazamiento- los mismos créditos. A mi juicio, el acreedor pignoraticio catalán puede ejercitar tercería de dominio –no sólo de mejor derecho- contra los posteriores cesionarios ex art. 569.15.1 Codi en relación con lo que se establece en el artículo 595.2 LCE. Ahora bien: como la legislación catalana no impide constituir en Cataluña prendas sin desplazamiento de créditos, cabe hurtarse la prohibición de segunda prenda acudiendo por esta vía.

Ahora ya pueden darse en **prenda sin desplazamiento créditos previamente pignorados** en prenda común (la catalana prohíbe ulterior prenda sin desplazamiento), o en anterior prenda sin desplazamiento impuesta sobre los mismos créditos ... incluso aunque existiera una prohibición voluntaria de no volverlos a empeñar: nuevo art. 2.1 LHMPSD.

En cambio, aunque pueda parecer incongruente con lo anterior, subsiste la prohibición contenida en el art. 55.2 LHMPSD de constituir prenda ordinaria (lo que a mi juicio incluye la garantía financiera y la prenda catalana sobre créditos; es decir: las no inscritas) sobre créditos que se hayan pignorados con prenda sin desplazamiento inscrita. En definitiva: una vez inscrita una prenda sobre créditos sólo caben sucesivas prendas “registrables” sobre los mismos créditos. Esta regla tiene una fácil explicación: así se asegura un mecanismo fácil de gradación por el mismo sistema de oponibilidad desde la inscripción. Volveremos luego sobre el particular con más detalle.

## **2. Supuestos de concurrencia de prendas de distinta naturaleza sobre el mismo crédito pignorado.**

Donde son posibles (no en la prenda catalana) no se plantean problemas de graduación de la preferencia singular sobre el mismo crédito

cuando concurren diversos acreedores pignoraticios con derechos de igual naturaleza: varias prendas comunes; varias prendas sin desplazamiento; varias garantías financieras. El orden se determina por la respectiva fecha de oponibilidad y en atención a la naturaleza del instrumento financiero: por la fecha fehaciente; por la fecha de inscripción respectiva; por la fecha de afección o “aportación” (constitución de la situación de control).

Los problemas más “duros” se plantean en los casos de concurrencia de garantías pignoraticias de distinta naturaleza. Son tres los supuestos básicos:

***1º) Posible concurrencia sobre los mismos créditos de las “garantías financieras” con las demás formas y clases de prendas sobre créditos.***

No se presentan problemas graves de concurrencia de prendas sin desplazamiento y garantías financieras. Los “instrumentos financieros” susceptibles de ser pignorados bajo el régimen de las garantías financieras del RD Ley no pueden darse en prenda sin desplazamiento de créditos (no son bienes idóneos para constituir una garantía registral) según se deduce de lo previsto en el nuevo párrafo 3 del art. 54 LHMPSD a contrario. Sí puede ocurrir que se constituya una prenda sin desplazamiento sobre crédito futuro que devenga en garantía financiera cuando la deuda se liquide, deposite y afecte. Sobre el problema de la “prolongación de la garantía” y la colisión de la prenda sin desplazamiento con otra garantía financiera posterior me remito a lo antes visto.

A efectos prácticos, muy semejante es la situación con la prenda catalana vs. garantías financieras. Si los créditos son instrumentos financieros susceptibles de ser dados en garantía financiera –incluidos los valores cotizados pese a lo que dice el art. 569-17.2 Codi que muy probablemente infringe la Directiva de garantías financieras–; aunque los mismos estén “situados” en Cataluña (imaginemos el caso más pacífico en que el pignorante es catalán y el instrumento financiero está “situado”/depositado/registrado en territorio catalán); las garantías sobre los mismos constituidas no son ni deben

cumplir con las exigencias previstas en la legislación catalana para su oponibilidad a terceros. Exigir, por ejemplo, la escritura pública para la oponibilidad a terceros de la pignoración de un saldo en cuenta corriente en tierra catalana contraviene la Directiva y el RD Ley. Tampoco puede prohibirse segunda en Cataluña prenda sobre instrumentos financieros. Nada obsta, sin embargo, a que se constituya una prenda catalana sobre créditos futuros que se “prolongue” en una garantía financiera en los términos ya examinados.

### **2º) *Prenda catalana con prenda ordinaria y con prenda sin desplazamiento.***

Si el crédito está “sito” en Cataluña no cabe constituir una prenda común sobre el mismo conforme al Derecho civil porque la legislación aplicable es la catalana. Si el crédito estuviera ya primeramente pignorado conforme a la legislación catalana no puede luego volverse a pignorar conforme al Derecho común a menos que haya variado la *lex rei sitae* (la legislación catalana prohíbe segunda prenda en los términos ya vistos). Aquí la preferencia no es en rango sino excluyente: la nueva prenda no es postergada sino nula por infracción de norma imperativa ex art. 6.3 CC (como ocurría, al decir de la mayor parte de la doctrina, bajo el régimen anterior con la segunda hipoteca/prenda sin desplazamiento sobre bienes previamente gravados).

Aunque es mucho más dudoso, entiendo que la prohibición catalana de constituir segunda prenda alcanza a la prenda registral: constituida prenda catalana no puede darse el mismo crédito en prenda sin desplazamiento aunque la nueva redacción dada al art 2 de la LHMPSD haya suprimido la prohibición de constituir prenda sin desplazamiento sobre bienes previamente pignorados. El odioso artículo 569-17.2 Codi lo impide. También queda prohibido que constituida una “primera” prenda sin desplazamiento registral se constituya luego una “segunda” prenda catalana porque, aunque no fuera aplicable el artículo 569-17.2 Codi-, lo prohíbe, ya veremos a qué efectos, el no derogado artículo 55.2 LHMPSD.

### **3º) *Prenda sin desplazamiento vs. prenda ordinaria (y catalana).***

Tras la reforma efectuada en el art. 2 LHMPD pueden volverse a dar en prenda sin desplazamiento los créditos previamente pignoralados en prenda común o en prenda catalana: en la Ley se habla simplemente de “bienes pignoralados”.

La extraña Resolución “interpretativa” de la DGRN de 18 de mayo de 2008 defiende el criterio de que la preferencia entre una primera prenda ordinaria y luego otra segunda prenda sin desplazamiento se determina por la fecha relevante según el correspondiente sistema para ganar la oponibilidad (la fecha fehaciente anterior hace ganar la preferencia en rango a la prenda ordinaria). A saber, pignoralado previamente un crédito con arreglo a Derecho común y con fecha fehaciente anterior, el derecho del acreedor pignoralatico con crédito inscrito de fecha posterior pasa después en rango. Es justo reconocer que esa tesis es la seguida por la mayoría de la doctrina científica que se ha ocupado del problema.

La expresa declaración del carácter constitutivo de la inscripción de la prenda sin desplazamiento contenida en el nuevo art. 54 LHMPD no se concilia con la tesis defendida en la resolución citada según la cual, inscrita primero en el Registro de Bienes Muebles una prenda sin desplazamiento de créditos, la inscripción no otorga privilegio ni puede hacerse valer contra una prenda de fecha anterior y no inscrita sobre los mismos créditos. Dicho de otra manera y según pretende razonar la funcionaria que dicta la pintoresca Resolución: lo inscribible e inscrito (la prenda sin desplazamiento del crédito) no es oponible a un negocio jurídico inscribible pero no inscrito (una prenda de fecha anterior que no accedió al registro). Esa conclusión se nos antoja escandalosa por una simple razón: porque priva de todo sentido y utilidad a la inscripción, dado que lo no-inscrito aunque inscribible vence al que de buena fe es primero en el Registro. Se construye así una suerte de “contra-privilegio” en favor del acreedor pignoralatico “clandestino” (la escritura o la póliza están bajo el secreto del protocolo) cuando lo que quiso hacer el legislador es precisamente lo contrario en presencia de bienes inmateriales como son los créditos no instrumentados en títulos ni anotaciones en cuenta y no

susceptibles de ser dados en garantía financiera. A tales efectos, nuestro esforzado intérprete invoca el artículo 56 LHMPSD con interesado olvido de que dicho artículo sólo pretende poner a resguardo “derechos legítimamente adquiridos” y se nos antoja un tanto extraño reconocer legitimidad a quien pudiendo no inscribe. A menos que lo que se pretenda es rebajar la eficacia de la inscripción, hay que entender que la eficacia constitutiva de la inscripción supone un plus de eficacia en lo que hace a oponibilidad –en relación con créditos pignorados después de la entradas en vigor de la reforma de la LHMPSD, se entiende- para proteger a quien primero registra en caso de doble cesión inscribible (cfr. para la “doble venta” el art. 1473.3 CC por analogía; recuérdese que en la terminología del Código se habla indistintamente de venta o cesión de créditos en los arts. 1528 y ss.). Seguir la tesis defendida en la “Resolución” (por cierto, con nula fuerza de obligar ya que ni siquiera obliga a los Registradores por ser meramente interpretativa o didáctica) es tanto como desautorizar a quien confía en la apariencia registral (inscribió como primera una prenda).

Déjeseme precisar algo más lo anterior, puesto que quizás haya entendido el lector del dictamen que definiendo que cualquier prenda sobre créditos es inscribible aunque las partes no hubieran querido constituir la bajo la especie de “prenda sin desplazamiento”. No definiendo tal cosa: si se constituye una prenda catalana o de Derecho común sobre un crédito y las partes, en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, no optan por una garantía de las registrables, el título no podrá acceder al Registro. Cosa muy distinta es que pudiendo haberse constituido como registral –como prenda sin desplazamiento- y no habiéndolo hecho así, merezcan los acreedores pignoratícios una protección equivalente a la dispensada en sede registral. Quien pudiendo constituir un derecho de retracto inmobiliario como real e inscribirlo en el Registro de la Propiedad optara por pactarlo de manera obligacional para ahorrarse entre otras cosas la inscripción no puede luego quejarse de que se perjudique su derecho en aras de la tutela de quien confía en la apariencia tabular y es de buena fe. Lo mismo pasa con nuestra prenda de créditos en perjuicio de quien pudiendo inscribir –bajo forma instrumental idónea para la publicidad- no inscribió.

En cuanto a la prenda ordinaria posterior a una prenda sin desplazamiento previamente inscrita, recuérdese que subsiste la prohibición contenida en el art. 55.2 LHMPSD de constituir prenda ordinaria . En definitiva: una vez inscrita una prenda sobre créditos se pretende que sólo existan ulteriores prendas “registrales” sobre los mismos créditos. Esta regla tiene una fácil explicación: así asegura un mecanismo fácil de gradación por el mismo sistema de oponibilidad (registral): la primeramente inscrita pasa antes que las posteriores.

Cabría entender que la prenda ordinaria posterior a una prenda sin desplazamiento es nula de pleno derecho por infracción de norma imperativa ex art. 6.3 del CC como ocurre con la segunda prenda catalana. Sin embargo esa solución es claramente incongruente con la reforma del artículo 2 LHMPSD que permite volver a dar en prenda (sin desplazamiento) lo previamente pignorado. La solución pasa por entender que la prohibición tiene una eficacia meramente interna o “inter-partes” pero que no perjudica a terceros nuevos acreedores pignoratícios. No se trata de que, como pretende la extraña RDGRN antes citada, la inscripción no produzca “reipersecutoriedad”, lo que ocurre es que la prohibición de enajenar está pensada en interés del acreedor pignoratício. Incurre en responsabilidad frente al primer acreedor pignoratício quien no pide su consentimiento para poder volver a pignorar (arg. ex art. 4 LHMPSD no derogado tras la reforma no obstante seguir diciendo que el deudor no podrá enajenar los bienes dados en prenda sin el consentimiento del acreedor). La única manera de compatibilizar la regla de ineficacia del pacto de no volver a pignorar del nuevo art. 2 LHMPSD con la prohibición de enajenar que subsiste en el art. 4 LHMPSD es entender que siendo válida la prohibición convencional ex art. 2 LHMPSD o legales de los arts. 4 y 55.2 LHMPSD tienen una mera eficacia interna sin que puedan perjudicar a terceros acreedores pignoratícios. Debemos, con la generalidad de la doctrina, formular una regla “débil” de prohibición de suerte que caben prendas ordinarias posteriores sobre créditos antes dados en prenda sin desplazamiento aunque postergadas en rango. Esto obliga a los acreedores que quieran constituir

cualquier tipo de prenda sobre créditos a consultar el Registro de Bienes Muebles antes de conceder el crédito.

En fin, constituida una prenda sin desplazamiento en Cataluña es muy dudoso que pueda constituirse una prenda catalana posterior dado que ello contradice el espíritu –si es que existe tal cosa- de la prohibición catalana de segundas prendas. De ser lícita, sería en todo caso de peor rango. De todas formas, quien quiera evitarse problemas en Cataluña siempre puede constituir segunda prenda registral.

## **LA LICITUD DE LA PRENDA SOBRE CREDITOS FUTUROS Y EN GARANTIA DE OBLIGACIONES FUTURAS. EL PROBLEMA DE SU OponIBILIDAD.**

Empecemos por señalar que puede constituirse una misma y única garantía (sobre créditos actuales o futuros) para asegurar el cumplimiento de todo tipo de obligaciones, incluso las futuras. En la práctica, no es inusual constituir garantías “globales” – llamadas “ómnibus” o “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 con dicha entidad de crédito. Vid. 569.14.2 CC Cataluña y art. 153 bis LH. No plantean especiales problemas de licitud tales negocios de garantía –con la prioridad ganada desde que se constituya la garantía aunque entonces no hubieran nacido los créditos asegurados- siempre que exista una precisión suficiente de la relación jurídica subyacente que funda causalmente el nacimiento, en su caso, de las obligaciones garantizadas. Bastará, como se dice ahora en la ley (frente al excesivo rigor tradicional de la jurisprudencia de la DGRN en materia de hipotecas de máximo) 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). Tanto la legislación hipotecaria –en relación con la prenda sin desplazamiento de

créditos- como la legislación catalana exigen la constitución de tales garantías como “garantías de máximo”: para su eficacia absoluta frente a terceros se necesita de la fijación ex ante, en el título constitutivo, de una cifra máxima de responsabilidad (otra vez: art. 169.14.2 CC Cataluña y art. 153 bis LH). La razón es que la prenda “rotativa” o “flotante” daña las expectativas de los terceros acreedores. Por razones de prudencia, conviene incluso fijar *cifra máxima de responsabilidad en la prenda común*.

Además de garantizarse créditos futuros pueden también los créditos futuros darse en garantía. Es opinión pacífica en nuestra doctrina reciente que no existe inconveniente alguno a la constitución de prendas sobre créditos futuros. La licitud encuentra su justificación en las reglas generales acerca de (la licitud de) los contratos sobre cosa futura: cfr. arts. 1.112 y 1271. I CC. Por lo demás, la posibilidad de garantías reales sobre créditos futuros en nuestro ordenamiento positivo se infiere de múltiples preceptos especiales. Así, en la disp. ad. 3ª Ley 1/1999, de 5 de enero; de los artículos 200 y 201 LCAP; del art. 2.1.b) del RD 926/1998, de 14 de mayo, por el que se regulan los fondos de titulación de activos etc... Tampoco se plantean problemas en Derecho comparado: cfr. Directiva 2002/47/CE de 6 de junio y art. 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre cesión de créditos en el comercio internacional de 12 de diciembre de 2001. En fin, entre nosotros la figura se admite de manera expresa en el nuevo art. 54.3 LHMPSD en que se regula la prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros.

De hecho, la garantía impuesta sobre créditos futuros es práctica habitual en los negocios, lo que queda reflejado en no pocas resoluciones y sentencias. Así ocurre cuando se dan en prenda sin desplazamiento, por ejemplo, los derechos audiovisuales y deportivos de un club de fútbol (R DGRN 16 mayo 2001) o cuando queda gravado desde luego (desde la constitución) el futuro derecho de traspaso de un local por medio de hipoteca de establecimiento (arts. 19 y ss LHMPSD y RDGRN de 14 de julio 2001). Lo propio cabe decir de las prendas sobre créditos en méritos de una subvención concedida o en trámites de concesión (STS 27 junio 2003); la pignoración del crédito contra la Hacienda (STS 20 junio 2007); la prenda de la futura indemnización exigible por razón del seguro de insolvencias de los clientes

(STS 26 septiembre de 2002); la misma prenda sobre el derecho de cobro de clientes como , por ejemplo, por derecho de peajes (RD 14 mayo 1998); la prenda sobre el justiprecio de una expropiación pendiente (STS 11 marzo 2008); la pignoración sobre los créditos devengados por certificaciones de obra (SSTS 22 febrero y 2 de julio de 2008) etc.

Adviértase que en todos estos casos la condición de “crédito futuro” es muy heterogénea: la cualidad de “futuro” que ostenta el crédito puede ser más o menos remota si consideramos el momento de constitución de la garantía. Así, no puede decirse en puridad “futuro” un crédito dinerario ya nacido pero todavía no exigible. En cambio, es propiamente “futuro” el crédito simplemente “nacedero” –aún no nacido- : el que nace, en su caso, con posterioridad a la pignoración del mismo y con independencia, como ocurre en muchas ocasiones, de que el nacimiento dependa en buena parte incluso de la propia actividad del deudor. Así, por ejemplo, cuando se pignoran los créditos por clientes que se devenguen del ejercicio de la actividad empresarial del deudor durante el siguiente ejercicio o cuando una anónima da en prenda los dividendos pasivos exigibles de los accionistas en los tres próximos años etc... En no pocas ocasiones, como las señaladas, la identidad de los deudores ni siquiera es conocida *ab initio*, aunque resulte a la postre determinable. En otras ocasiones, el crédito nacedero trae causa de una relación jurídica subyacente y existente entre partes conocidas en el momento de la constitución de garantías. Así, cuando se pignora el crédito por el justiprecio de una expropiación pendiente o cuando se dan en garantía los créditos exigibles contra la administración por razón de un contrato de obra o servicio público concedido y pendiente de ejecución.

Por fin, nada hay en la Ley que prohíba la cesión en bloque o “en masa” de la generalidad de créditos futuros dados en garantía (“bulk assignment”; prenda global). El art. 1532 CC parece dar fundamento bastante a la pignoración global - “alzada” o “en globo” en la terminología del CC- “de la totalidad de ciertos derechos, rentas o productos”. Por lo demás, es bien conocido que nuestro legislador tuvo bien presente esta posibilidad en la

regulación del “régimen de determinadas cesiones de crédito” en la famosa d.ad. tercera Ley 1/1999, de 5 de enero.

Existe, obviamente, el problema de la sobre-garantía cuando en perjuicio de todos los demás acreedores se vacía el patrimonio del pignorante por una prenda “excesiva”. No es inhabitual en la práctica –ni tiene por qué ser ilícito– que se den en garantía todos los créditos comerciales de un mismo pignorante quizás en garantía de todas las obligaciones futuras que pueda tener contraído el mismo pignorante con una entidad de crédito. Pues bien: en nuestro Derecho, a diferencia de lo que a menudo ocurre en Derecho comparado (donde sí existen previsiones en Derecho positivo para “reducir” a sus justos límites la afección), no hay ninguna regla expresa que contenga límites al sobre-aseguramiento más allá de lo previsto en la legislación de consumo a propósito de las cláusulas abusivas por “garantías desproporcionadas” (cfr. art. 88 RDLegislativo 1/2007, de 16 de noviembre). Su eventual represión debe encontrar acomodo en las reglas generales de la buena fe y el orden público (arts. 7, 1255, 1258 CC).

La cuestión de la (indiscutible) licitud de la prenda de créditos futuros suele asociarse en doctrina y jurisprudencia con las otras cuestiones de la determinación/determinabilidad del objeto del contrato y, muy particularmente, con la de la prioridad.

Entre las partes, pignorante y acreedor pignoraticio, rige el requisito común de la determinabilidad del objeto del contrato. El crédito futuro empeñado debe ser determinable desde el principio so pena de que haya que volver a convenir sobre su ulterior determinación. Todo ello en aplicación de la regla común del artículo 1273 CC. No existe particularidad aquí digna de mención. Si se dan en garantía todos los créditos comerciales naceros en el futuro de la actividad empresarial del garante, no parece necesario una ulterior determinación/formalización del contrato de garantía. Cuando nazcan, si es que nacen, los créditos surgen a la vida jurídica como bienes (inmateriales) afectos.

En relación con el deudor cedido, se plantea el lógico problema de la notificación de la pignoración. No parece haya inconveniente en notificar la constitución de la garantía desde el primer momento ... cuando el eventual deudor futuro está en ese momento determinado (cfr. art. 16.2 Convención ONU: “Notification of the assignment or a payment instruction may relate to receivables arising after notification”). Como es lógico, habrá que esperar a que el deudor cedido se determine para que la notificación pueda practicarse con sus efectos propios, lo que plantea un problema grave en Derecho catalán para la viabilidad de la prenda de créditos futuros toda vez que en ese Derecho parece que la notificación al deudor es un requisito de constitución de la prenda.

En relación con los terceros, la prioridad extra-concursal se determina por las reglas generales que se examinaron anteriormente. Incluso tratándose de garantías registrables (prendas sin desplazamiento sobre créditos) no parece que deba llevarse el principio de especialidad o determinación hipotecaria al punto de exigir un mayor grado de determinación en relación con los créditos futuros dados en garantía que la que se precisa para la determinación de las obligaciones garantizadas en la propia LH (en relación con las hipotecas de máximo). Bastará a mi juicio “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).

Con todo, el problema más grave es el relativo a la (eventual) resistencia de la prenda de créditos constituida *ex ante* frente al concurso luego declarado del pignorante y en relación con los créditos nacidos precisamente después de la declaración del concurso. Se trata de discernir si tales créditos integran o no la masa activa del concurso habida cuenta lo que se establece en el art. 76.1 LC (constituyen la masa activa “los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del concurso y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la conclusión del procedimiento”).

La cuestión es pacífica en relación con las **garantías financieras** constituidas al amparo del RDL 5/2005. Tal garantía –desde la fecha es que se constituye aunque no exista documento con fecha fehaciente- es inmune o

plenamente resistente al concurso: (i) no puede perjudicarse la garantía por el ejercicio de la acción de reintegración interpuesta por los administradores concursales ex art. 71 LC; (ii) no cabe hacer valer frente al acreedor garantizado que ejecute la garantía por la vía de la compensación del art. Duodécimo del RDL la prohibición de compensación de créditos y deudas del concursado una vez declarado el concurso ex art. 58 LC e ,incluso, (iii) podrán las garantías ejecutarse inmediatamente de forma separada (privilegio de separación excepcional ex iure crédito) sin que les afecte la paralización de ejecuciones del art. 56 LC. Todo ello se sigue de lo que establece el artículo decimoquinto del RD Ley (vid. también la clarísima SAP Barcelona, sección 15ª, de 30 de septiembre de 2008; antes, la S Juzgado de lo mercantil nº 3 de Barcelona de 13.05.2005 ).

Tampoco plantea especiales problemas la **prenda sin desplazamiento de créditos futuros**. Con tal que la prenda esté inscrita en el Registro de Bienes Muebles con anterioridad a la declaración del concurso, aunque el crédito pignorado nazca con posterioridad, el derecho del acreedor pignoraticio queda incólume y es resistente al concurso. Será suficiente que se especifiquen en la póliza/escritura de constitución de prenda los dichos créditos futuros mediante “una descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro” (cfr. art. 153 bis b) LH por analogía). Dicho en términos más exactos: el crédito asegurado con prenda inscrita goza del privilegio especial establecido en el artículo 90.11º LC (vid. también nueva redacción dada al art. 10 & 2 LHMPD). Para que prospere esa calificación de acreedor con privilegio especial, la garantía debe estar inscrita en el Registro de Bienes Muebles (arg. ex art. 90.2 LC y art. 3.4 LHMPD) . Los créditos garantizados ex art. 54.3 LHMPD tienen la preferencia específica desde la fecha de inscripción de suerte que nacen ya pignorados en cabeza del pignorante-concursado (cfr. art. 142. I LH). La prohibición de compensación de los créditos y deudas del concursado contenida en el art. 58 LC no puede perjudicar al acreedor pignoraticio porque aunque la ejecución de la prenda se realice por la vía de compensación, imputación impropia o adjudicación en pago, los “requisitos existen con anterioridad a la declaración del concurso”. Todo ello sin perjuicio de la rarísima posibilidad de que pudiera eventualmente

rescindirse la pignoración fraudulenta realizada en el “periodo sospechoso” ex arts. 71.1 y 71. 3. 2º L LC y de que pueda entrar en aplicación lo previsto en los arts. 61 y 62 LC en relación con la vigencia de los contratos con obligaciones recíprocas. De hecho, lo usual será que el acreedor pignoraticio haya cumplido íntegramente su obligación no así el pignorante (habrá créditos futuros que nazcan de la actividad del pignorante concursado, actividad que continúa ex art. 44 LC) con lo que el contrato no será resoluble en interés del concurso ex art. 61.2 LC. Por lo demás, en fin, las prendas sin desplazamiento constituidas en ejecución de los novedosísimos “acuerdos de refinanciación” de la disp. ad. cuarta LC no están sujetos a la rescisión prevista en el art. 71.1 LC cuando cumplen los requisitos allí establecidos.

En relación con la eficacia concursal de las **prendas de créditos futuros en el concurso del pignorante y constituidas según el C.C.** con fecha fehaciente anterior ex art. 90.1. 6ª (o las sujetas legislación catalana, añado) no puede afirmarse con verdadera seguridad cuál sea la solución que debe adoptarse en nuestro Derecho positivo. Existen sobre el particular hasta cuatro posturas distintas entre nosotros:

1º) La de quien afirma que la prenda queda siempre inmune al concurso con tal de que la fecha fehaciente sea anterior a su declaración toda vez que el art. 90.1.6º LC no distingue y por mucho que los créditos pignorados nazcan con posterioridad. Bastaría que una “suficiente determinabilidad” de los créditos afectados quedase cumplida en el contrato -en el momento de la constitución de la garantía- para que la eficacia, una vez nacido el crédito, se predique retroactivamente (como ocurre en las obligaciones bajo condición suspensiva ex art. 1120. I CC) y se mantenga la prioridad ganada desde el principio (fecha fehaciente de la garantía del crédito aún no nacido). Ni que decir tiene que cuando la prenda es “global” (como si dijera: todos los créditos que nazcan de la actividad empresarial del pignorante) eso acarrearía un vaciamiento patrimonial de la masa activa.

2º) La de quien, en el extremo contrario, sostiene que la prenda sobre créditos futuros sólo surte eficacia frente a terceros cuando el crédito

garantizado nace a la vida jurídica y de manera que si el crédito pignorado nace con posterioridad a la declaración del concurso del pignorante, aunque la garantía sea de fecha fehaciente anterior, el crédito se integrará en la masa activa. Dicho de otra manera: el crédito de que se trate nace en la cabeza del cedente y puesto que entonces estará privado de la libre disposición de sus bienes, se integra en la masa activa ex art. 76.1 LC. Esta tesis es la seguida en algunas sentencias del Supremo en relación con la suspensión de pagos (y el viejo derecho de abstención) con confusos argumentos que a veces pasan por “degradar” la prenda a una cesión “pro solvendo” para asegurar la integración en la masa de créditos que nacen de certificaciones de obra posteriores a la declaración de suspensión (STS 22 febrero 2008; vid. ahora arts. 200, 201 y 215 LCAP); créditos por subvención contra el Estado que sea exigibles posteriormente aunque “cedidos” con anterioridad (STS 27 de junio 2003).

3º) La tesis intermedia de muchos concursalistas, civilistas y mercantilistas, que defienden que si el crédito llega a nacer con posterioridad a la declaración del concurso únicamente será eficaz la prenda si en la fecha de declaración del concurso el contrato generador del crédito en cuestión se había celebrado con anterioridad o, al menos, provienen de una relación jurídica ya constituida en fecha anterior a la de declaración del concurso. Esta tesis, por razonable que sea, aunque tenga antecedentes en Derecho comparado (alemán, en el caso), carece de todo fundamento positivo en nuestro Derecho.

4º) En fin, la tesis también “intermedia” de otros quienes defienden en este punto la aplicación analógica o directa de lo previsto en la disposición adicional 3ª de la Ley 1/1999 reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras, cuya última redacción, bajo la rúbrica de “Régimen de determinadas cesiones de crédito” procede de la LCAP (d.final tercera), poco antes de la entrada en vigor de la reforma LHMPSD. A saber: siempre que en los créditos objeto de la garantía, en caso de no existir en la fecha del contrato, se den alguna de estas circunstancias (i) o nazcan de la actividad empresarial que el cedente-pignorante lleve a cabo en el plazo máximo de un año desde la fecha de la constitución de garantía; (ii) o conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores.

Habida cuenta de la situación actual, faltando toda jurisprudencia sobre el particular, harto dividida la doctrina, se hace muy difícil aventurar un criterio. En todo caso, admitida la garantía real inscribible bajo el régimen de la PSD, se nos hace muy difícil defender la oponibilidad frente al concurso de la prenda de créditos inscribible no inscrita toda vez que del art. 90.2 LC se infiere un rechazo (=no calificación dentro de los privilegios especiales) de las garantías reales inscribibles no publicadas (garantías ocultas). Existen argumentos para defender –así previsiblemente lo hará la administración concursal- que la prenda de créditos susceptible de inscripción y no registrada no está “constituida con los requisitos y formalidades previstos en la legislación específica (aquí, la LHMPSD) para su oponibilidad a terceros”. Aunque se entendiera que la “legislación específica” es aquí la ley 1/1999 y se trate de operaciones sujetas que se benefician de la “eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión” ex apartado 2 de la dicha disposición ad. Tercera siempre existirán operaciones no sujetas al ámbito material del precepto que sí pueden asegurarse sin problemas mediante el recurso a la PSD.

No queda la menor duda de que la PSD de créditos sirve en todo caso para gravar créditos que en todo caso quedarían fuera del ámbito de aplicación de la disp.. ad. Tercera de la Ley 1/1999, de 5 de enero: 1º) cuando el cedente no es empresario o/y; 2º) cuando el cesionario no es entidad de crédito o un Fondo de titulización; o/y 3º) cuando los créditos dados en prenda no procedan de la actividad empresarial del pignorante; o/y 4º) cuando los créditos futuros no cumplan con los requisitos mínimos de determinabilidad establecidos en esa ley especial (créditos que ni nacen de la actividad empresarial que desarrolla el cedente en el plazo máximo de un año desde la pignoración ni tienen deudor cuya identidad pueda hacerse constar en el contrato de garantía).

**RECAPITULACION SOBRE LAS VENTAJAS COMPARATIVAS DE LA CONSTITUCION DE PRENDA “REGISTRADA” EN RELACION CON LA PRENDA ORDINARIA.**

Evidentemente, cuando los mismos créditos son susceptibles de dos garantías diferentes (prenda sin desplazamiento/prenda común o catalana no registradas), se plantea el problema de seleccionar la forma de instrumentación más idónea de garantía toda vez: (i) que la constitución registral entraña costes adicionales (los registrales; no tiene por qué existir un mayor coste fiscal si se instrumenta en póliza); (ii) que en principio la prioridad de la prenda común se disfruta ya desde la fecha del documento público sin necesidad de inscripción.

Así las cosas:

1º) Existen serias dudas sobre el punto de conexión aplicable para determinar la ley que rige la eficacia de la prenda no registrada frente a terceros. No se plantean tales dudas en relación con la registrada: el domicilio del garante determina competencia registral y ley aplicable a la garantía real.

2º) Sólo los créditos o préstamos garantizados con (primeras) prendas registradas pueden movilizarse en el mercado secundario: arts. 26 y 27 Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario.

3º) La prioridad de la garantía registrada sobre créditos futuros frente a terceros no ofrece ni la menor duda, tanto en situación concursal como en situación extraconcursal ... y aunque se trate de créditos nacidos después de declarado el concurso del pignorante. No sólo se plantea el problema de que los tribunales entiendan, con alguna razón, como hemos visto, que una segunda prenda que accede , primeramente, al registro "vence" en prioridad a una prenda común de fecha anterior pero no registrada; sino que, además, no puede despreciarse el riesgo de que la administración concursal pretenda se incluyan en la masa del concurso los créditos nacidos con posterioridad aunque estuvieren pignorados antes con prenda no inscrita como "futuros" (vid. supra.). En particular: es muy arriesgado pignorar en prenda ordinaria no registrada créditos futuros que ni siquiera se cualifican para estar amparados por el régimen de la Ley 1/1999, de 5 de enero ("régimen de determinadas cesiones de créditos").

4º) Constituido el derecho de garantía mediante inscripción en el Registro, el acreedor pignoraticio puede defenderse frente al acreedor embargante del mismo crédito por medio de un tercería de dominio ex arts. 593 y ss. LEC. Bastará que acredite en autos mediante certificación haber inscrito su derecho ("tercería registral"; art. 38.3 LH, art. 24.3 OM 19 julio 1999 en relación con lo que se establece en la disp.. ad. Primera y en el artículo 15 LVBMP). En efecto, está legitimado para interponer tercería de dominio no sólo el titular dominical sino también quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, pueden oponerse a su realización y habida cuenta de que inscrita la prenda sin desplazamiento en el Registro no puede enajenarse el crédito gravado sin consentimiento del acreedor pignoraticio: cfr. arts. 4 LHMPSD y 55 LHMPSD en relación con lo que se establece en el art. 595.2 LEC. La ventaja procesal de la tercería de dominio sobre la de mejor derecho ex arts. 613 y ss. LEC (que es la utilizable para defender al acreedor con prenda ordinaria según toda la doctrina) es clara: admitida la tercería se alza inmediatamente el embargo y sin necesidad de ejecutar la garantía (contrástese lo dispuesto en los arts. 598 y 604 LEC con lo previsto para la tercería de mejor derecho en los arts. 616.1 y 620.1 LEC).

5º) Hay argumentos para defender que las prendas sin desplazamiento inscritas a favor de entidades de crédito a que se refiere el art. 2 Ley 2/1981, de 15 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, sólo podrán ser rescindidas o impugnadas al amparo de lo previsto en el art. 71 Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal cuando se demuestre la existencia de fraude en la constitución del gravamen (arg. ex art. 19 Ley 2/1981, por analogía).

6º) En territorio catalán, la psd permite segunda prenda y no precisa para su validez de la notificación, lo que no es trivial tratándose de créditos futuros o de una masa de créditos (prendas globales).

**Luis Fernández del Pozo.**

