

LA REFORMA DEL RÉGIMEN CONCURSAL DE LAS PRENDAS DE CRÉDITOS FUTUROS DE LA LEY 40/2015, DE 1 DE OCTUBRE

La reforma del régimen concursal de las prendas de créditos futuros de La Ley 40/2015, de 1 de octubre

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público ha modificado el artículo 90.1.6. de la Ley Concursal con el objetivo de acabar con la situación de inseguridad jurídica existente sobre las prendas de créditos futuros causadas por la anterior redacción de la Ley Concursal introducida en 2011, y que había generado un importante debate doctrinal y resoluciones muy dispares en el ámbito judicial. Se cierra así este debate confirmando la resistencia al concurso de las prendas de créditos futuros, tanto ordinarias como sin desplazamiento. Además se opta por la denominada tesis intermedia de determinación de los créditos susceptibles de prenda, esto es, los que nazcan con posterioridad al concurso derivados de relaciones existentes o suficientemente determinadas en el momento de constitución de la prenda.

PALABRAS CLAVE

Prenda de créditos, Prenda de créditos futuros, Ley Concursal, Derechos de garantía, Modificaciones legislativas

Changes in the insolvency regulations of the pledge of future credit rights introduced by Law 40/2015, of 1st October

Law 40/2015, of 1st October, on the Legal Regime of the Public Sector has modified section 90.1.6. of the Insolvency Law with the objective to avoid the legal uncertainties regarding the pledge of future credits created by the former language of the Insolvency Law after an amendment in 2011, that had generated a heated debated between scholars and very different court resolutions. This situation is rectified by confirming the resistance to the insolvency situation of the pledge of future credits, both ordinary pledges and registered pledges. The new text also clarifies the scope of the credits subject to the possible pledge, which includes also those borne after the declaration of the insolvency situation but derived from contracts or situations existing or capable of identification, at the time of creation of the pledge.

KEY WORKS

Pledge of credits, Pledge of future credits, Insolvency law, Security rights, Legal changes

Fecha de recepción: 14-1-2016

Fecha de aceptación: 1-2-2016

INTRODUCCIÓN

La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (BOE de 2 de octubre de 2015, la «LRJSP») incluía en su disposición final quinta una serie de modificaciones a la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, la «Ley Concursal», entre las que destacamos la modificación del artículo 90.1.6°. Este artículo establece la «resistencia al concurso» de la prenda de créditos al reconocer un privilegio especial en el concurso a los créditos garantizados con prenda sobre créditos, entre otros supuestos de prenda.

Intentaba así el legislador solucionar las dudas generadas por el texto de la Ley Concursal fruto de la reforma operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, de reforma de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (BOE de 11 de octubre de 2011, la «Ley 38/2011»). Esta redacción, unánimemente calificada como mejorable, cuando no directamente defectuosa, había generado un intenso debate doctrinal y jurisprudencial en torno a la prenda de créditos futuros (si bien la redacción se refería a las prendas «en garantía de créditos futuros»). Se cuestionaba si se debía otorgar un grado de resistencia al concurso distinto para las prendas de créditos ordinarias y las prendas sin desplazamiento (puesto

que, en algún momento, parecía haber sido esa la intención de la Ley 38/2011), las formalidades para su constitución y, por último, sobre qué créditos futuros podían recaer tales garantías. La confusión sobre la intención y el alcance de la Ley 38/2011, la disputa doctrinal fundamentalmente con Pantaleón y Gregoraci, Fernández del Pozo y Carrasco (que dado el formato y propósito de este artículo, y por ser conocidos los textos, no repetimos), y en algunos casos jurisprudencial, fue usada como argumento por los administradores concursales (y algunos órganos jurisdiccionales) para negar, por uno u otro motivo, el privilegio a los créditos garantizados con prenda de créditos futuros para integrar estos en la masa activa, al tiempo que los créditos garantizados se incluían en la masa pasiva junto con los demás créditos ordinarios, incluso, en algún caso, aunque la prenda estuviera inscrita como prenda sin desplazamiento.

Ante el riesgo, bastante real, de la denegación del reconocimiento del privilegio especial a los créditos garantizados por prendas de créditos aprovechando este río revuelto, la LRJSP trata de cerrar el debate mediante la reforma del art. 90.1.6° Ley Concursal, siendo así la última de las 17 modificaciones que se introdujeron en la Ley Concursal en la X Legislatura (2011-2016). El hecho de que la modificación del

art. 90.1.6º Ley Concursal se incluyera en un texto cuya materia (el régimen jurídico del sector público) nada tiene que ver con la concursal no debe extrañarnos si tenemos en cuenta que faltaba poco para terminar la citada legislatura, y estaba claro que no iba a ser posible dar trámite a la anunciada y esperada Ley de Garantías Mobiliarias (eso sí, «registrables») impulsada especialmente por el Colegio de Registradores (véase, entre otros, el diario *Cinco Días*, de 3 de febrero de 2014). Parecía conveniente, en cualquier caso, no dejar para la siguiente legislatura, que podría tener otras preocupaciones, la tarea de modificar un texto erróneo o, al menos, desacertado, imponiéndose así la necesidad de seguridad jurídica para el tráfico financiero como objetivo último, aunque no expresamente confesado, de la reforma. En cualquier caso, ya se había considerado en alguno de los borradores del Real Decreto-ley 11/2014, de 5 de septiembre, de medidas urgentes en materia concursal (BOE de 6 de septiembre de 2014), pero no llegó a concretarse.

ANTECEDENTES DE LA NORMA: DEBATES DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES EN TORNO A LA PRENDA «SOBRE» O «EN GARANTÍA DE» CRÉDITOS FUTUROS

Como es sabido, la prenda de derechos no está regulada ni prevista en nuestro Código Civil. Aun con dudas, fue progresivamente aceptada la posibilidad de dar en prenda derechos de crédito, dado su valor patrimonial, lo que quedó inicialmente consagrado por la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 19 de abril de 1997 (RJ 1997/3429), y más tarde garantizada su resistencia al concurso por la redacción original de la Ley Concursal. El debate en esos momentos se centraba en los requisitos formales de las prendas de crédito, esto es, tanto en el tipo de documento en que debía otorgarse (notarial u otro siempre que tuviera fecha fehaciente) y en la necesidad o no de notificación al deudor como elemento de un discutido «desplazamiento posesorio».

A esta prenda de créditos, calificada de ordinaria o en ocasiones «con desplazamiento», se sumaron otras dos formas de garantías sobre créditos. Por un lado, las constituidas como garantías financieras al amparo del Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y la mejora de la contratación pública (BOE de 14 de marzo de 2005) de las que no nos ocuparemos. Por otro lado, aparecen las denomina-

das prendas «sin desplazamiento de la posesión» mediante la disposición final tercera de la Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (BOE de 8 diciembre de 2007), al incorporar «*los derechos de créditos, incluidos los futuros*» a las materias susceptibles de prenda mobiliaria inscribible (art. 54 párrafo tercero). La prenda «sin desplazamiento» no sustituye, sin embargo, a la ordinaria según la conocida Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2008. Las pocas ventajas de que parecía gozar la prenda sin desplazamiento frente a la prenda ordinaria (que parecía claro que también podía recaer sobre créditos futuros) y el incremento de los costes por los honorarios de su inscripción provocaron que las «prendas sin desplazamiento» tuvieran un uso bastante limitado, la práctica, siguió recurriéndose con mucha mayor frecuencia a las prendas ordinarias de créditos.

Otro punto fundamental del debate sobre las prendas de créditos era el de aclarar las características de los créditos futuros que podían ser susceptibles de prenda o, más bien, la resistencia al concurso en los diversos escenarios de la prenda de créditos futuros. La doctrina distinguió, como resume la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil N.º 1 de Alicante, de 20 de julio de 2012 (a la que nos remitimos en aras de la brevedad) tres posibles niveles: (a) la «inmunidad absoluta» de la prenda de créditos al concurso, sin distinguir entre modalidades de créditos futuros; (b) la denominada «tesis intermedia», que reconoce inmunidad solo a los créditos derivados de contratos celebrados antes del concurso, con independencia de que el crédito nazca después del concurso (los denominados «simplemente futuros» frente a los «puramente futuros» o derivados de relaciones posteriores al concurso); y, por último, (c) la «tesis estricta», que solo concede protección a los derechos de crédito surgidos con anterioridad a la declaración de concurso, de tal manera que los nacidos posteriormente, aunque surgieran de relaciones ya establecidas y pignoradas, no estarían sujetos a la prenda.

Es en este contexto de discusión doctrinal y jurisprudencial (los tipos de prendas sobre créditos, sus requisitos formales y el posible alcance de la prenda de créditos futuros) en el que la Ley 38/2011 introduce una nueva redacción al art. 90.1.6º de la Ley

Concursal con un contenido, cuando menos, confuso (así se habla de «prenda en garantía de créditos futuros» y no de «prenda de créditos futuros»), como resultado de un trámite parlamentario que no consigue aclarar las intenciones del legislador y, además, favorece claramente una opción: las prendas inscritas en el Registro de Bienes Muebles frente a las ordinarias. Como decíamos, los antecedentes de la redacción son en general conocidos por quien se acerque a esta nueva norma, y han sido expuestos en detalle y de forma precisa por los principales autores que han tratado la materia.

Como consecuencia de estos cambios, una línea mayoritaria en la doctrina entendió que se trataba de un error de técnica legislativa y que la norma se refería a la prenda de créditos futuros y no a la prenda en garantía de créditos futuros. Desde esta perspectiva, la resistencia de la garantía en el concurso estaba supeditada a su inscripción registral (entre otros muchos, Fernández del Pozo). Otros autores (como Pantaleón, Gregoraci Garcimartín y de Miguel) consideraron que aunque el texto era erróneo no era posible corregirlo de esta forma y ante la falta de sentido de la reforma se debía tener por no puesto, persistiendo la laguna legal sobre el alcance de la resistencia de la prenda de créditos futuros al concurso del pignorante.

Por su parte, las decisiones judiciales dieron muestra de las más diversas posturas, inclinándose unas por la tesis estricta (véanse, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Burgos, de 19 de diciembre de 2011 y 18 de enero de 2011; de la Audiencia Provincial de A Coruña de 22 de abril de 2014; de la Audiencia Provincial de Zaragoza de 23 de octubre de 2012; así como las sentencias de los Juzgados de lo Mercantil N.º 2 de Alicante, de 20 de julio de 2012; y N.º 6 de Madrid, de 19 de mayo, 23 de junio y 9 de julio de 2014); y otras por la tesis intermedia (véanse, entre otras, las Sentencias de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 3 de abril de 2014; del Juzgado de lo Mercantil N.º 7 de Madrid, de 21 de abril de 2014; N.º 1 de Alicante, de 12 de febrero de 2014; y, sobre todo, la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil, de 6 de noviembre de 2013). Las citadas resoluciones fueron emitidas, en su mayoría, ante supuestos de prendas no inscritas, si bien, en algún caso, se referían a prendas que, aunque debidamente inscritas en el Registro de Bienes Muebles, no fueron respetadas (véase, entre otras, la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña, Sección 4, de 22 de abril de 2014).

Fruto de esta situación, la mayoría de los actores (financiadores y sus asesores) optaron cautamente por registrar las prendas de créditos.

LAS PRENDAS DE CRÉDITOS TRAS LA REFORMA

Estos antecedentes son necesarios para aproximarnos a la reforma del art. 90.1.6º Ley Concursal operada por la LRJSP.

El proceso legislativo ofrece poca información al respecto, puesto que el texto definitivamente aprobado e incorporado al art. 90.1.6º Ley Concursal coincide con el de la enmienda propuesta por el Grupo Popular en una fase temprana de la tramitación del texto en el Congreso de los Diputados (enmienda número 206) con la habitual y lacónica justificación de «*mejora técnica*» (BOCG, Congreso de los Diputados, Núm. 154-2, de 28 de julio de 2015).

Así, el texto del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal queda redactado como sigue (nuevo texto subrayado):

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

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

(i) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.

(ii) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente.

(iii) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre».

La doctrina más sensible a esta cuestión ha recibido la nueva redacción del texto legal de diferentes for-

mas. Por un lado, Fernández del Pozo en un artículo en *El Economista* de 9 de octubre de 2015 lamentaba el incumplimiento del Gobierno de aprobar un sistema de hipotecas mobiliarias modernas, e insistía en las bondades de la prenda sin desplazamiento (inscrita) con mayores efectos que la prenda común en relación con los contratos nacideros (es decir, los puramente futuros). En cualquier caso, no discutía el fin último de la norma, es decir, la aclaración de la resistencia al concurso de la prenda ordinaria.

Por su parte, Pantaleón y Gregoraci, en *El Almacén del Derecho* de 8 de octubre de 2015, inciden en que la reforma cumple con el objetivo de solucionar las dudas interpretativas que ocasionaba el inciso final del art. 90.1.6.º Ley Concursal y celebran que se haya optado por aclarar la resistencia al concurso de las prendas de créditos futuros siguiendo la línea jurisprudencial de la Sentencia del Tribunal Supremo de 22 de febrero de 2008 y de la ya citada Sentencia del Tribunal Supremo de 6 de noviembre de 2013. No obstante lo anterior, critican la exigencia de escritura pública para las prendas de créditos futuros, así como la distinción entre prenda de créditos «con desplazamiento de la posesión» y prenda de créditos «sin desplazamiento de la posesión», que consideran técnico-jurídicamente aberrante.

Por nuestra parte, coincidimos con estos autores en considerar que la modificación legal, entendida en el contexto antes referido, debería poner fin al debate doctrinal y jurisprudencial ocasionado por la Ley 38/2011, siendo las principales notas de la reforma las siguientes (como además confirma la reciente Sentencia del Tribunal Supremo, Sala de lo Civil de 18 de marzo de 2016):

— Aclaración y corrección del texto vigente desde 2011. Se eliminan las referencias a «prenda en garantía de créditos futuros», lo cual puede leerse, bien como un reconocimiento por parte del legislador de que el texto de 2011 era un claro error (carácter interpretativo), o bien, como un «cambio de criterio» o «cambio de objeto» (carácter puramente normativo). En nuestra opinión, aunque con matizaciones respecto a los efectos, tal vez responda a ambas perspectivas en alguna medida. Estaba claro que con la anterior redacción existían importantes problemas de interpretación que, sin embargo, la actual redacción ha corregido (si bien es una corrección tardía), siendo uno de los propósitos de la modificación, si no el prin-

cipal, acabar con la confusión derivada de la norma anterior.

El carácter de la modificación parece poco relevante de cara a procedimientos futuros. Sin embargo, donde pueden surgir mayores problemas es en los procedimientos concursales ya iniciados, ya que si se entiende que el texto de 2015 tiene el objetivo de aclarar que las referencias de 2011 deberían entenderse hechas a «prendas de créditos futuros», supondría dejar sin protección a aquellas prendas ordinarias que tuvieran que analizarse aun de acuerdo con la normativa previa a la entrada en vigor de la LRJSP. Esta interpretación supondría *de facto* una aplicación retroactiva, aunque a contrario, de la LRJSP. Con independencia de que un sector mayoritario de la doctrina entendiera que ese era el contenido de la Ley Concursal y que, aunque mal expresada, tal vez esa fuera la voluntad inicial del legislador, los argumentos a contrario también señalados por otro sector doctrinal son igualmente importantes. El texto de la Ley Concursal redactado conforme a la Ley 38/2011 puede ayudarnos a entender y a interpretar el art. 90.1.6.º contenido según la reforma de la LRJSP, pero no al revés, ya que estaríamos ante una interpretación prospectiva o futura, fuera del posible conocimiento de las partes cuando constituyeron sus relaciones.

— Equiparación de los efectos de la prenda ordinaria y la prenda sin desplazamiento. Frente a la redacción del art. 90.1.6.º Ley Concursal previa a la reforma que establecía un privilegio especial para la prenda inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso (bien fuera una prenda «en garantía de créditos futuros» o «sobre créditos futuros», distinción hoy irrelevante), con la redacción dada por la LRJSP no se distingue entre los efectos de resistencia al concurso en uno y otro caso, si bien es cierto que existe confusión respecto de los requisitos de constitución de la prenda sin desplazamiento, como luego se analizará.

Creo que la posible preferencia de un legislador cualquiera por la prenda sin desplazamiento no debería verse únicamente como una opción por favorecer los intereses crematísticos de un grupo de profesionales en particular, los registradores mercantiles frente a los notarios (o en adición a los notarios). Además, lo que mostraría en una opción de ese legislador por dar preponderancia

al principio de publicidad registral como forma de protección del tráfico y de los acreedores, preferencia ésta igualmente legítima, ya que de hecho no es raro que en otros sistemas jurídicos donde no existe ese incentivo económico para los registradores, existan estas garantías y sean las preferidas por la práctica. Aunque, obviamente, las partes de una operación están interesadas en mantener unos costes de transacción lo más bajo posibles, el coste de las prendas sin desplazamiento no era prohibitivo. Salvo algún supuesto aislado en las operaciones sindicadas o con pluralidad de acreedores los costes del registro mobiliario no eran, en la mayoría de los casos, tan relevantes en comparación con todos los demás de una operación: asesores, notarios, inscripciones en otros registros y, sobre todo, carga fiscal si además de garantías reales pignoratias existía cualquier tipo de hipoteca inmobiliaria. Para las partes participantes el coste no era el factor determinante de su elección entre un tipo de garantía (las prendas inscritas) u otras (las ordinarias), pero sí que pesaba el añadir más trámites y cargas burocrática, si no conllevaban una ventaja o eran legalmente exigibles. Sin embargo, se estaba eliminando la opción de las partes de elegir el sistema de garantías que más les conviniera, por la vía indirecta de no dar resistencia al concurso a un tipo de ellas, creando por lo tanto un privilegio o, mejor dicho, eliminando el privilegio de las prendas ordinarias, por el único motivo de no constar en un registro público. Como luego veremos, no creemos que con esta vía se estuvieran protegiendo los intereses de los demás acreedores del concursado. En cuanto a los supuestos beneficios de la prioridad de la prenda registral frente a la ordinaria, consideramos conveniente dejar que las partes decidan y valoren lo que a sus intereses convenga, sin forzar su elección hacia uno u otro tipo de derecho de garantía.

- Adopción de la denominada tesis intermedia. Como señalábamos anteriormente, en relación con la prenda de créditos futuros existen diversas teorías que definen el alcance de los créditos futuros, en función de (a) si requieren o no que las relaciones que generan los derechos de crédito se hayan concluido (o estén suficientemente identificadas) y (b) si los derechos de crédito nacen con anterioridad o con posterioridad a la declaración de concurso. La opción intermedia es la que señala que los créditos nacen pignorados, incluso, tras la declaración del concurso, si

cuando se constituyó la prenda la relación que da lugar a los créditos estaba ya constituida. La redacción actual del texto que requiere los «*los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración*» se inclina claramente por esta postura. Si bien es cierto que el texto actual no es tan específico como su versión anterior que sí señalaba con claridad su aplicación tanto a «*los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, [...] como a los créditos nacidos después de la misma*», los antecedentes antes reseñados nos llevan a considerar que este es el sentido de la opción del legislador.

- Clarificación de los requisitos formales. Respecto a los requisitos formales, frente a la aparente claridad del nuevo texto, aún se presentan algunas dudas por el mantenimiento en un mismo párrafo de requisitos formales diversos.
 - (i) Regla general para prendas de «bienes y derechos»: requiere tanto documento público como desplazamiento de la posesión a favor un tercero. Era este un requisito vigente desde la redacción inicial de la Ley Concursal de 2003.
 - (ii) Regla particular para las prendas de créditos en que bastará con que conste en documento con fecha fehaciente. Aunque el art. 1227 del Código Civil establece diversos modos más para determinar la fehaciencia (incorporación o inscripción en un registro público, desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron, o desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio), lo más habitual y sencillo, sin duda alguna, será su incorporación mediante algún tipo de documento o acta notarial.
 - (iii) Regla especial para las prendas de «créditos futuros» en que se vuelve a requerir «*que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente*», como luego veremos en más detalle.
 - (iv) Requisito adicional para las prendas de créditos futuros «*derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos*»: estos créditos tienen que cumplir con los requisitos del «*artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real*

Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, esto es, solo podrán pignorar (i) «en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o el contrato» y (ii) previa autorización del órgano de contratación, publicado en el boletín correspondiente.

Técnicamente, la situación de la prenda sin desplazamiento de derechos se encuentra además en una situación complicada, ya que acaba estando regulada de dos diversas maneras. Por un lado, en el art. 90.1.1º: «Los créditos garantizados [...] con prenda sin desplazamiento, sobre los [...] derechos [...] pignorados», siendo para ello necesario que «la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros» (art. 90.2); mientras que el art. 90.1.6º parece establecer una regla distinta al referir que «Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados», lo cual, en principio, parecería que, al no distinguir, es aplicable tanto a la prenda ordinaria como a la mobiliaria sin desplazamiento. Por lo tanto, cabe la duda de si la resistencia al concurso de la prenda sin desplazamiento no inscrita, se rige por el principio establecido en el art. 90.2 (necesidad de inscripción para gozar del privilegio) de acuerdo con el art. 54.3 de la LHMPSD o si basta que conste en fecha cierta (normalmente siempre el caso, pues al ser necesario instrumento público, escritura o póliza para su inscripción, la fecha queda garantizada por la fe pública notarial), al menos para las prendas de créditos existentes, a las que se refiere el primer párrafo. Creemos que no, los créditos futuros estarían siempre sometidos al requisito de apartado b) del art. 90.1 («en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente») ya que si no hay prenda no puede haber resistencia al concurso. Al respecto Pantaleón y Gregoraci en el artículo de *El Almacén del Derecho* antes mencionado plantean algunas dudas por el uso de la conjunción disyuntiva «o», cuando consideran que debería ser «y», ante el requisito actual de documento público para poder acceder al registro de las prendas sin desplazamiento.

La práctica, por su lado, ha empezado a regresar rápidamente al uso de la prenda ordinaria, a fin de reducir costes, frente a las esperanzas iniciales de Fernández del Pozo, que asumía que el impulso o difusión de la práctica de las hipotecas mobiliarias de estos últimos años iba a continuar (convencidos los

actores jurídicos además de las otras bondades de la prenda sin desplazamiento). Aunque la práctica de los últimos años ha propiciado un mayor conocimiento de la prenda inscrita entre las instituciones financieras y los abogados en las operaciones de financiación, parece que no ha calado en el sector.

LA DECISIÓN DEL LEGISLADOR Y EL TRATAMIENTO DE OTROS INTERESES EN JUEGO

Con la manifiesta decisión del legislador de optar por la tesis intermedia y, además, permitir distintos tipos de derechos de garantía sobre los créditos futuros, se ha tomado claramente una opción de política legislativa (pese a la indicada falta de debate parlamentario al respecto) en relación con los intereses en juego (los financiadores que gozan de las garantías, los de los demás acreedores en el concurso y los de la misma empresa concursada). La norma favorece los legítimos intereses de los financiadores, no tanto por la existencia de un régimen concursal privilegiado común a todas las garantías previstas en el mismo art. 90.1 de la Ley Concursal, sino porque evita las dudas interpretativas que impedirían su funcionamiento ordinario y, por lo tanto, se facilita la concesión del crédito en un momento especialmente difícil, que ha sido calificada como «compromiso razonablemente equilibrado entre los intereses de los acreedores pignoraticios y los intereses de los acreedores ordinarios del concursado» (Pantaleón y Gregoraci).

Esto no quiere decir que, a través de esta fórmula, se ignoren los intereses legítimos de los acreedores no garantizados. El reconocimiento no es un problema exclusivo de las prendas de créditos, sino, en general, de muchas otras garantías que pueden darse sobre los bienes y derechos de una empresa y que no son objeto de inscripción en registros públicos. Aun cuando la inscripción registral de las garantías en un registro público se reconoce como una forma de protección, no constituye necesariamente la mejor forma. En cualquier caso en una cuestión muy compleja, que no es objeto de este texto.

En nuestro sistema jurídico, la protección de los acreedores en el caso de las sociedades mercantiles (el grueso de los actores en estos mercados) viene determinada, en lo fundamental fuera del ámbito concursal, por las normas de protección del capital social (para las sociedades de capital) o la responsabilidad ilimitada (para las formas personalistas) y, de manera especial, por la publicidad de la información financiera y contable de la sociedad que se

canaliza en la normativa sobre contabilidad, auditoría y publicidad de las cuentas anuales.

Precisamente, la normativa contable tiene como objetivo la presentación de una imagen fiel del patrimonio y situación financiera de las sociedades, aspectos entre los que caben perfectamente los relativos a las garantías, tanto prendas de créditos como otras, al señalar la necesidad de informar no solo de las deudas, sino si son relevantes para entender la situación financiera de la sociedad. Así debe incluirse las garantías reales como información a incluir en la memoria de las cuentas anuales: «e) *El importe de las deudas con garantía real, con indicación de su forma y naturaleza*» (PGC Modelo Normal de Cuentas anuales. Memoria. Norma 9.2.3). Igualmente, respecto a los activos financieros tales como préstamos y partidas a cobrar a los clientes, esto es, el grueso de los derechos de crédito futuros que suelen pignorar, se requiere que se informe «*del valor en libros de los activos financieros entregados como garantía, de la clase a la que pertenecen, así como los plazos y condiciones relacionados con dicha operación de garantía*» (PGC Modelo Normal de Cuentas anuales. Memoria. Norma 9.2.1. f).

Todo ello es, al final, una manifestación de la necesidad de incluir en las cuentas anuales aquella información cualitativa, aun cuando no estuviera expresamente incluida en el modelo de la memoria, «*que sea necesaria para permitir el conocimiento de la situación y actividad de la empresa en el ejercicio, facilitando la comprensión de las cuentas anuales objeto de presentación, con el fin de que las mismas reflejen la imagen fiel del patrimonio, de la situación financiera y de los resultados de la empresa*» (PGC, Tercera Parte. I. 10. 2). Así, los acreedores sabrán no solo que existen otros acreedores, sino que pueden anticipar qué posición tendrían en un eventual concurso. Si, por el contrario, las garantías otorgadas no fueran cualitativamente relevantes para esa imagen final del patrimonio y de la situación financiera de la empresa, no sería necesario. No obstante, en muchos casos, como por ejemplo en los supuestos de financiación de proyectos en los que por definición se entregan en garantía todos los activos posibles de la empresa, presentes o futuros, la información sobre estas garantías (el denominado paquete de garantías) sí es muy relevante. Así, las garantías «ocultas» no serían tales, sino que estarían en un único lugar de fácil acceso para los acreedores de la sociedad de cualquier clase (las cuentas anuales) sometidos, asimismo, en muchos casos al control de los auditores.

Sin embargo y por desgracia, en muchos casos que conocemos esta información no se hace constar en las cuentas anuales, lo cual, por otro lado, no debería redundar en perjuicio de los acreedores privilegiados, sino más bien de los responsables de las mismas.

Respecto al otro interés en juego, el interés general en la conservación de empresas y el mantenimiento de la actividad y del empleo, obviamente el reconocimiento de cualquier privilegio o exclusión del régimen ordinario supone un riesgo (y al mismo tiempo hace posible la financiación). Pero en esto no es distinto el reconocimiento del privilegio de exclusión de las prendas de créditos futuros del de otros derechos de garantía igualmente reconocidos por la Ley Concursal en el mismo art. 90.1: hipoteca o prenda sin desplazamiento (apartado 1), anticresis (apartado 2), créditos refaccionarios (apartado 3), arrendamiento financiero o venta con precio aplazado (apartado 4) o los valores representados mediante anotaciones en cuenta gravados (apartado 5). No es distinta, en principio, la posición de la prenda de créditos de las de estos otros derechos de garantía, ya que va a estar sometida a las mismas limitaciones, tales como el límite del privilegio al valor de la garantía (art. 90.3 Ley Concursal) o las relativas a la paralización de ejecuciones de garantías reales y acciones de recuperación asimiladas sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial (art. 56 Ley concursal), entre otras.

Bien es verdad que en algunos casos de prendas de derechos, en particular los resultantes de relaciones sinalagmáticas de tracto sucesivo u otros como contratos de obras relativos a obras inacabadas, si el cumplimiento o mantenimiento del contrato implica gastos para la masa, pero los derechos de cobro derivados del contrato benefician únicamente al acreedor pignoraticio o cesionario en garantía de estos derechos, vamos a estar obviamente en una situación en que la administración concursal puede tener un fuerte incentivo de resolver un contrato por ser «*conveniente al interés del concurso*» ex. art. 61.2 Ley Concursal por tratarse de un contrato que, drena recursos de la masa en beneficio exclusivo de un acreedor garantizado. Esta solución, como la exigencia al acreedor de que «*compre los créditos*», como señalan Carrasco, Cordero y Marín, es de discutible aplicación, porque el contrato en sí no es contrario al interés del concurso, sino que lo es la prenda y, por lo tanto, equivaldría a dejar en manos de la administración concursal la vigencia de las garantías mismas que, por definición, se

escapan a su control. Además, puede suponer una importante pérdida de valor de los activos de la empresa (por ejemplo, en el caso de prenda de derechos de crédito derivados de los contratos de arrendamiento de un centro comercial) o suponer un perjuicio directo, por ejemplo, si como consecuencia de la rescisión de un contrato de obra pendiente de ejecutar cuyos pagos estén pignorados, debe hacer frente a los daños ocasionados a quien encargó la obra.

En cualquier caso, en la práctica, no es raro que se imponga, ya en el mismo documento de constitución de prenda o mediante una negociación posterior entre el acreedor privilegiado y la administración concursal, un mecanismo que posibilite liberar parte del montante de los créditos pignorados para hacer frente a los gastos derivados del cumplimiento contractual (por ejemplo, los costes de mantenimiento y operación del centro comercial, que se pagan de las rentas cobradas a los inquilinos, yendo el sobrante a parar al acreedor pignoraticio). Esto no quiere decir que en cualquier caso deba prevalecer únicamente el interés del acreedor privilegiado si el ejercicio del mismo genera un abuso de derecho, pero es el marco existente, respecto a esta situación y a cualquier otra garantía o derecho, y sujeto siempre a los estrictos límites que marca nuestra jurisprudencia para apreciar tales situaciones.

CONCLUSIÓN

En conclusión, la modificación del art. 90.1.6º Ley Concursal introducida por la LRJSP tenía como cla-

ro objetivo acabar con la situación de inseguridad jurídica existente sobre las prendas de créditos causadas por la anterior redacción de la norma, introducida en 2011, y que había generado un importante debate doctrinal y resoluciones muy dispares en el ámbito judicial. El nuevo texto suprime la muy criticada frase final del art. 90.1.6º refiriéndose a la prenda de créditos futuros y no en garantía de créditos futuros (párrafo a), establece cuáles son los requisitos para la resistencia al concurso tanto desde el punto de vista de su ámbito material (el tipo de créditos) como de los requisitos formales de constitución de la prenda (párrafo b) y establece reglas especiales para los créditos derivados de determinados contratos públicos (párrafo c).

Se confirma así, de manera clara, la resistencia al concurso de las prendas de créditos futuros y sus requisitos de formalización. Si bien requiere el otorgamiento en documento público (e inscripción, si es sin desplazamiento) este requisito no parece excesivamente gravoso y está en línea con la práctica del mercado financiero anterior a la reforma de 2011. En consecuencia, se amplía la libertad para elegir los derechos de garantía que las partes quieran escoger sin favorecer a un tipo de prenda u otro, en una decisión de política legislativa en que no se desatienden los demás intereses en juego, los de los demás acreedores y el principio de conservación de la empresa, cuyos intereses están protegidos además por otras normas (publicidad contable, normas de protección del capital, prohibición del abuso de derecho), que van a jugar en este y en cualquier otro derecho de garantía.

AGUSTIN REDONDO APARICIO*

* Abogado del Área de Derecho Mercantil de Uría Menéndez (Madrid).