

Nota relativa a la INCIDENCIA DE LA PRENDA SOBRE CRÉDITOS FUTUROS EN EL PROCEDIMIENTO CONCURSAL, TRAS LA REFORMA DEL ART. 90.1.6º LC operada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

1. Antecedentes

La reforma concursal llevada a cabo por la Ley 38/2011 (con entrada en vigor a partir del 1 de enero de 2012), modificó el redactado del art. 90.1.6º de la Ley Concursal (LC), pero debido a un lapsus del Legislador con un par de palabras, creó confusión donde no la había y dejó de regular lo que pretendía.

Una participante de la Sección Especial de Derecho Concursal de la Comisión General de Codificación (las actas de la Sección no son accesibles al público), dice que la intención era aclarar el régimen concursal de la prenda no inscrita, ordinaria, de o sobre créditos futuros, para establecer algún límite temporal o cuantitativo a la eficacia del privilegio especial sobre la prenda global de créditos futuros (los que al nacer ya estarían pignorados).

El actual redactado del art. 90.1.6º LC dispone que son créditos con privilegio especial:

“Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del artículo 68 se proceda a su rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso.”¹

Con el texto vigente hasta el 31 de diciembre de 2011 no solíamos tener problemas para el reconocimiento de nuestros créditos privilegiados especiales con base en las garantías prendarias, sin perjuicio de posibles defectos formales en su constitución o perfeccionamiento, o de la paralización de nuestra ejecución por un año, con el consiguiente aprovechamiento de los importes pignorados por parte de la Administración concursal (AC) para atender los créditos contra la masa.

¹ Lo subrayado es lo incorporado en 2012 por la reforma llevada a cabo por la Ley 38/2011

Con el actual redactado, y haciendo una interpretación interesada por parte de la AC, respaldada por el Juez, en algunas ocasiones no se reconoce a las entidades financieras el privilegio especial sobre los derechos de crédito pignorados, con la excusa del interés general del concurso y para atender los créditos contra la masa.

Una parte de la doctrina y algunas resoluciones judiciales, abogan por una interpretación más favorable a la masa de acreedores y en contra de la entidad financiera que ostenta la garantía prendaria, para impedir las prendas o cesiones globales de los derechos de crédito.

2.- Cuestión planteada

Sentado lo anterior, esta Nota versa sobre los argumentos que venimos utilizando para el reconocimiento de los créditos privilegiados especiales, con base en la pignoración de créditos futuros, y los que nos pueden servir para evitar que los importes resultantes de los créditos pignorados, se destinen a pagar créditos contra la masa, durante el periodo de suspensión de un año de la ejecución de garantías reales.

Estos argumentos se verán reforzados en breve, pues el Legislador ha modificado el art. 90.1.6º LC en los términos que más adelante se exponen, mediante la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

3.- Análisis de la cuestión planteada

Cuando comunicamos créditos concursales con pignoración de derechos de crédito, debemos tener presentes estos dos objetivos para optimizar la defensa de nuestros intereses: reconocimiento del privilegio e indisponibilidad de los importes pignorados para atender créditos contra la masa.

3.1.- Argumentos para defender el reconocimiento del privilegio especial en base a la garantía prendaria:

- a) El artículo 90.1.1º de la LC establece que son créditos con privilegio especial los créditos garantizados con prenda sin desplazamiento.
- b) Diversas sentencias del Tribunal Supremo (STS 25.06.01 RJ 2001\5080, 10.03.04 RJ 2004\1821, 26.09.02 RJ 2002\7873 y STS 30.11.06) admiten la prenda de créditos como subespecie de la prenda de derechos, tanto con desplazamiento como sin él. La STS 20.06.07 admite la viabilidad y licitud de la prenda de créditos futuros. La STS 22.02.08 establece que la cesión de créditos

implica el traslado posesorio del concursado al acreedor sin necesidad de inscripción ni notificación.

- c) El art. 1271 CC dispone que pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio, aunque sean futuras. En el mismo sentido el art. 569-14 del derecho civil catalán: “La prenda puede garantizar cualquier obligación, presente o futura, propia o ajena, de los pignorantes.”
- d) El art. 1825 CC admite la fianza en garantía de deudas futuras y el art. 142 LH la hipoteca en garantía de créditos futuros.
- e) El art. 1868 CC admite prenda que produce intereses, algo que sucede con el crédito.
- f) La Ley 41/2007 modificó el art. 54 LHMyPSD, admitiendo la prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros, pero para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles (RBM). Esta modificación hizo dudar a las entidades financieras si se exigía la inscripción en el RBM de ambos tipos de prenda (con y sin desplazamiento), lo que originó la Resolución de la DGRN de 18.03.08, a consulta de la AEB y la CECA, concluyendo que la prenda con desplazamiento no precisa su inscripción.
- g) Como señala el profesor Díez Picazo (2008, pág. 490), si existe vínculo jurídico existe ya obligación y ésta no puede denominarse futura, de modo que el calificativo de “futuros” solo podrá predicarse del grupo de créditos que no tengan existencia actual, esto es, aquellos créditos con posibilidades de surgir en un futuro que no deriven de un vínculo jurídico existente entre los sujetos en el momento de constitución de la garantía. Aplicando este criterio al ámbito pignoraticio, solo serían futuros los créditos que no trajeran causa de una relación jurídica existente al momento de constitución de la prenda.
- h) La SAP nº 116/2014 Barna (Sección 15ª) de 03.04.14, dimanante del concurso de Spanair, reconoce el privilegio especial de una entidad financiera sobre los derechos de crédito de una cuenta pignorada, inclusive sobre los abonos que se produzcan en cuenta con posterioridad a la fecha de declaración de concurso:

“Por tanto, entendemos que la prenda de créditos futuros se extiende a los nacidos tras la declaración, siendo oponible, en el concurso del deudor pignorante, a los terceros, siempre que el contrato o la relación jurídica del que dimanen se hubiera celebrado o constituido antes de la declaración. Esa es la opción del legislador. El crédito futuro debe estar determinado jurídicamente o ha de ser determinable sin una nueva convención. Y, en tal caso, aunque la garantía esté desprovista de publicidad, es eficaz en el concurso.

...

Por todo lo expuesto debemos estimar el recurso, declarando que todo el saldo positivo de la cuenta corriente nº ... está afecto al crédito con privilegio especial de la demandante, máxime cuando la prenda está sujeta al régimen especial establecido en el RDL 5/2005, de 5 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública, que incorpora al Ordenamiento Jurídico Español la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.”

- i) En la misma línea se ha pronunciado la DGRN el 2.01.13 y 3.01.13:

Hipoteca o prenda con motivo de una obligación futura: prenda sin desplazamiento en garantía del reembolso a los fiadores de las cantidades que éstos pudieran pagar en el futuro en virtud de su fianza. No cabe la hipoteca en garantía de obligaciones totalmente futuras, pero si para un crédito que, si bien por el momento es inexistente, ha de provenir necesariamente de una relación jurídica ya existente entre las partes al tiempo de la constitución de la hipoteca. Es viable la garantía de obligación futura que quede determinada de inicio o sea susceptible de serlo en el futuro sin necesidad de un nuevo consentimiento (142 LH, 143 LH y 1825 CC). También aplicable a la prenda, por analogía del art. 4.1 CC y por aplicación supletoria de la DA.3ª de la LHMyPSD de 1954.

- j) Y la Audiencia Provincial de Valencia (Sección 9ª) Sentencia nº 146/2013 de 8 mayo (JUR\2013\255514):

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

3.2.- Indisponibilidad de los importes pignorados durante el periodo de un año de suspensión de las acciones ejecutivas:

- k) Cuando la LC atribuye a un crédito la condición de especialmente privilegiado en relación con un determinado bien o derecho de los que integran la masa activa, está garantizando al acreedor que el citado bien o derecho, va a ser destinado al pago de su crédito privilegiado. Se somete su ejecución a un plazo de espera de un año cuando se considera el bien o derecho afecto a la actividad empresarial, para que el acreedor con privilegio especial se involucre en la tramitación del concurso, o que por lo menos, no impida la continuación de la actividad del deudor en la fase inicial del concurso.
- l) Cuando el concursado ha solicitado la liquidación o cuando el concurso esté abocado a la misma, no procede la paralización de ejecuciones reales porque los bienes ya no se deben considerar afectos a la actividad empresarial, salvo algunos supuestos de ventas de unidades productivas.
- m) El derecho de retención se establece en el art. 1866 CC, hasta que el acreedor cobre su crédito (en el mismo sentido el art. 569.19 del derecho civil catalán).

4.- Modificación del art. 90.1.6º LC en octubre de 2015

La esperada reforma del art. 90.1.6º LC se ha hecho esperar y extrañaba su ausencia en las recientes modificaciones concursales, pero el Legislador nos ha sorprendido al incorporarla en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

El apartado 4 de la Disposición Final Quinta de esta nueva Ley establece el siguiente redactado para el art. 90.1.6º LC:

“1. Son créditos con privilegio especial:

...

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

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

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

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

c) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3² del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.”

Este nuevo redactado del art. 90.1.6º LC entra en vigor a partir del 22 de octubre de 2015, pues la Disposición Final Decimoctava establece que entrará en vigor a los 20 días de su publicación en el BOE, que se ha producido el día 2 de octubre de 2015.

No hay disposición transitoria que especifique la aplicación de la modificación de la LC, y se podría entender que únicamente debería afectar a los concursos que se declaren tras su entrada en vigor. No obstante, dado que se trata de una aclaración del anterior redactado defectuoso, en línea con lo interpretado por la jurisprudencia y la doctrina, entendemos que cabe defender su aplicación en los concursos en los que no haya transcurrido el plazo de impugnación del listado de acreedores del Informe provisional de la AC ex art. 74 LC.

5.- Conclusiones

Existe un evidente conflicto de intereses entre las entidades financieras (titulares de créditos con privilegio especial en base a garantías prendarias sobre derechos de crédito) y el resto de acreedores, tanto titulares de créditos contra la masa como de créditos concursales.

Antes de la reforma de la LC llevada a cabo por la Ley 38/2011, se solía reconocer el privilegio especial con base en la garantía prendaria sobre derechos de crédito, y en muchas ocasiones (durante el plazo de un año de paralización de las ejecuciones reales) se utilizaba el importe pignorado para atender los créditos contra la masa.

A raíz de la confusión que ha creado la actual redacción del art. 90.1.6º LC, algunos AC y Jueces intentan desposeernos de nuestro privilegio prendario, con motivos que se apartan de la legislación civil que regula el derecho de prenda y con base en una desafortunada redacción de dicho artículo.

² “Los derechos derivados de la resolución de un contrato de concesión de obra o de gestión de servicio público, a que se refieren los primeros apartados de los artículos 271 y 288, así como los derivados de las aportaciones públicas y de la ejecución de garantías establecidos en los artículos 254 y 256, sólo podrán pignorararse en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o el contrato, previa autorización del órgano de contratación, que deberá publicarse en el “Boletín Oficial del Estado” o en los diarios oficiales autonómicos o provinciales.”

Hasta que entre en vigor el nuevo redactado del art. 90.1.6º LC a finales de octubre de 2015, podemos seguir utilizando los argumentos esgrimidos anteriormente para que sean reconocidos correctamente nuestros privilegios especiales (ahora reforzados por la opción elegida por el Legislador) y para intentar que no se aplique el importe que se obtenga de los derechos de crédito pignorados a atender los créditos contra la masa, con el pretexto de la necesidad de su pago para la continuación del procedimiento concursal.

Pese a la reciente jurisprudencia de algunas Audiencias Provinciales y las resoluciones de la DGRN mencionadas, que reconocen la preferencia del acreedor pignorante sin el requisito de la inscripción, antes de la presente reforma del art. 90.1.6º de la LC y con un criterio de prudencia, algunas entidades financieras han optado por instrumentar la garantía sobre créditos futuros mediante la prenda sin desplazamiento, para su inscripción en el registro correspondiente.

A efectos procesales de ejecución bilateral al margen del concurso, la prenda que no cumpla los requisitos de ser una garantía financiera al amparo del RDL 5/2005, debe estar otorgada en documento público, con los requisitos formales y materiales de su normativa específica.

A partir del 22 de octubre de 2015 y a meros efectos concursales, la prenda de créditos no precisa documento público, sino sólo fecha fehaciente (que se puede obtener de otras formas, p.e. presentando el contrato en Hacienda). No obstante, en el caso de prenda de créditos futuros sí que resulta preceptiva su formalización en documento público, y además, si se trata de una prenda sin desplazamiento (de créditos futuros), se debe inscribir en el registro público competente.

8 de Octubre de 2015
MARIMÓN ABOGADOS, S.L.P.

*

*

*

Este documento ofrece al usuario directrices generales y opiniones sobre temas legales de carácter informativo, sin intención de sustituir el asesoramiento específico para cada caso concreto.