

# VNIVERSITAT DE VALÈNCIA

## FACULTAT DE DRET

Departament de Dret Civil



Programa de Doctorado: 050 F Aspectos civiles y fiscales  
de la adquisición y disfrute de bienes inmuebles

## **TESIS DOCTORAL**

### **PRENDA DE CRÉDITOS**

**Presentada por:**

Don Salvador-Eduardo García Parra

**Dirigida por:**

Prof. Dr. Jesús Estruch Estruch

Catedrático de Derecho Civil

Prof.<sup>a</sup> Dr.<sup>a</sup> María Lourdes Ferrando Villalba

Acreditada a Cátedra de Derecho Mercantil

Valencia, 2015



*A mis padres,  
por su ejemplo.  
A Mercedes,  
por los momentos robados.  
A mis hijos, Edu y Quique,  
para que nunca renuncien a la utopía.  
A mi ahijado, José Luis,  
por enseñarme el valor de la vida.*



## SUMARIO

	Pág.
Abreviaturas .....	11
<b>CAPÍTULO 1º</b>	
<b>INTRODUCCIÓN GENERAL Y METODOLOGÍA.....</b>	<b>15</b>
<b>CAPÍTULO 2º</b>	
<b>NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRENDA DE CRÉDITOS .....</b>	<b>21</b>
<b>I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS .....</b>	<b>21</b>
<b>II. DERECHO COMPARADO .....</b>	<b>29</b>
1. Sistema anglosajón del <i>common law</i> .....	30
2. Sistema latino-continental.....	33
3. El <i>tertium genus</i> de los países de tradición germánica.....	37
<b>III. DERECHO ESPAÑOL. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A SU NATURALEZA JURÍDICA .....</b>	<b>38</b>
1. Posturas que aproximan la figura a una suerte de cesión de créditos.....	41
A) <i>Carácter de la cesión de créditos en derecho español. ...</i>	44
a) La cesión de crédito como acto de disposición.....	46
b) La cesión de crédito como negocio abstracto.....	47
c) La cesión de crédito como efecto de otros contratos principales.....	48
d) La cesión de créditos como categoría contractual.....	49
B) <i>Teorías sobre la naturaleza jurídica de la prenda de créditos como cesión en garantía.....</i>	50
a) Teoría de la sucesión constitutiva.....	51

b) Teoría de la cesión de créditos cooptativa.....	53
c) Teoría de la cesión limitada con finalidad de garantía.....	54
2. Posturas que consideran la <i>prenda de créditos</i> como verdadero derecho de prenda .....	60
3. Otros negocios jurídicos con causa de garantía.....	70
A) <i>La cesión de créditos fiduciaria</i> .....	70
a) Concepto.....	70
b) Teorías jurídicas.....	75
B) <i>La cesión condicional. Cesión pro solvendo y cesión pro soluto</i> .....	81
C) <i>Los depósitos en garantía</i> .....	86
D) <i>Mandato irrevocable para el cobro</i> .....	87
<b>IV. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN TORNO A LA PRENDA DE CRÉDITOS .....</b>	<b>89</b>
1. Etapa inicial.....	89
2. Jurisprudencia restrictiva.....	92
3. Jurisprudencia intermedia.....	95
4. Jurisprudencia favorable.....	98
5. Etapa actual.....	102
<b>V. DERECHO POSITIVO ESPAÑOL .....</b>	<b>114</b>
1. Supuestos específicos.....	115
A) <i>La subhipoteca</i> .....	115
B) <i>Extensión de la hipoteca a las indemnizaciones</i> .....	118
C) <i>Derechos incorporados a títulos o documentos cualquiera que sea su modo de representación o anotaciones en cuenta</i> .....	120
D) <i>Pignoración de pólizas de seguros de vida</i> .....	122
2. Supuestos referidos al crédito <i>in genere</i> .....	123
A) <i>La prenda de créditos en la Ley Concursal</i> .....	123
B) <i>Las garantías financieras</i> .....	125
C) <i>Prenda de créditos sin desplazamiento</i> .....	132
D) <i>La prenda de créditos en el derecho catalán</i> .....	133
<b>VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....</b>	<b>134</b>

<b>CAPÍTULO 3º</b>	
<b>CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA DE CRÉDITOS.....</b>	<b>141</b>
<b>I. CUESTIONES DE CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN.....</b>	<b>141</b>
1. Personas físicas.....	142
A) <i>Matrimonio</i> .....	143
B) <i>Menores de edad o incapacitados</i> .....	147
a) Sujetos a patria potestad.....	148
b) Sujetos a tutela.....	163
c) Menores emancipados.....	164
C) <i>Desaparecido y declarado ausente</i> .....	165
2. Representantes voluntarios y representación orgánica de personas jurídicas.....	167
A) <i>Representación voluntaria</i> .....	167
B) <i>Representación orgánica</i> .....	169
a) Sociedades mercantiles.....	169
b) Cooperativas.....	186
c) Sociedades civiles.....	186
d) Fundaciones y asociaciones.....	187
3. La titularidad del crédito dado en prenda.....	189
4. Créditos sujetos al pacto de <i>no cedendo</i> .....	193
<b>II. OBJETO DE LA PRENDA DE CRÉDITOS.....</b>	<b>201</b>
1. Obligaciones asegurables con la prenda de créditos.....	201
A) <i>Regla general</i> .....	202
B) <i>Problemática de la prenda en garantía de obligaciones futuras</i> .....	203
C) <i>Alcance del objeto garantizado. Los pactos de extensión de la garantía</i> .....	209
D) <i>Limitación de responsabilidad a los créditos garantizados</i> .....	212
2. Créditos susceptibles de ser dados en prenda.....	213
A) <i>Requisitos generales para ser objeto de pignoración</i> .....	214
a) Cosa mueble.....	214
b) Que estén en el comercio.....	217
c) Que sea susceptible de posesión.....	221

B) <i>Supuestos prácticos más frecuentes</i> .....	223
a) La llamada prenda irregular.....	224
b) Pignoración de saldos de depósitos bancarios.....	228
c) Pignoración de derechos de crédito frente a la Administración Pública.....	249
d) Pignoración de derechos de crédito nacidos de contratos sinalagmáticos de tracto sucesivo.....	289
C) <i>Prenda global y cláusulas ómnibus. El sobreaseguramiento</i> .....	298
a) Situaciones de sobregarantía.....	300
b) Requisitos de determinación.....	313
c) Duración de la prenda en garantía de créditos futuros.....	317
D) <i>Pluralidad de créditos gravados</i> .....	321
<b>III. CUESTIONES FORMALES EN LA PRENDA DE CRÉDITOS</b> .....	323
1. Generalidades.....	323
2. Perfección y nacimiento de la pignoración entre acreedor y deudor del crédito garantizado.....	327
3. Eficacia de la prenda frente al deudor del crédito dado en garantía. La notificación de la pignoración del crédito.....	329
A) <i>Planteamiento de la cuestión</i> .....	329
B) <i>Derecho comparado</i> .....	331
C) <i>Derecho español</i> .....	332
a) Postura a favor de considerar la notificación requisito de constitución.....	333
b) En contra de considerar la notificación requisito de constitución.....	336
B) <i>Consecuencias de la falta de notificación</i> .....	339
4. Eficacia de la prenda frente a terceros.....	343
A) <i>Cuestiones generales</i> .....	343
B) <i>Posiciones doctrinales</i> .....	347
a) Admisión en el ámbito concursal y extraconcursal del documento privado de fecha fehaciente.....	347
b) Admisibilidad del documento de fecha fehaciente en el ámbito concursal.....	349
c) Posición crítica.....	350
C) <i>Inscripción de las prendas de créditos</i> .....	367



<b>IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.....</b>	<b>382</b>
<b>CAPÍTULO 4º</b>	
<b>CONTENIDO DEL GRAVAMEN PIGNORATICIO. FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES Y EFECTOS FRENTE A TERCEROS.....</b>	<b>401</b>
<b>I. AUSENCIA DE REGULACIÓN EXPRESA.....</b>	<b>401</b>
<b>II. FASE DE CONSERVACIÓN O SEGURIDAD.....</b>	<b>404</b>
1. Facultades de conservación y defensa.....	404
A) <i>Del crédito pignorado.....</i>	404
B) <i>De la garantía.....</i>	410
2. Facultad anticrética del acreedor pignoraticio.....	413
3. La facultad de retención del crédito pignorado.....	416
4. Facultades de disposición.....	418
A) <i>La facultad de cobro venciendo el crédito pignorado antes que el garantizado.....</i>	418
a) Caso de atribución convencional de las facultades de cobro.....	419
b) Ejercicio de la facultad de cobro en caso de ausencia de pactos o insuficiencia de los mismos.....	422
B) <i>Posibilidad de sustitución del crédito pignorado. La subrogación real.....</i>	425
C) <i>Facultad de disposición del crédito pignorado. Posibilidad de pignoraciones posteriores.....</i>	429
5. Excepciones oponibles por el deudor del crédito pignorado.....	437
A) <i>Procedentes del negocio jurídico origen del crédito pignorado.....</i>	439
B) <i>Procedentes del contrato de constitución de la prenda....</i>	441
<b>III. FASE DINÁMICA DE REALIZACIÓN DE LA PRENDA.....</b>	<b>444</b>
1. La preferencia del acreedor garantizado con prenda de créditos.....	444
2. Modos de ejecución de la prenda.....	462
A) <i>Vencimiento del crédito pignorado antes o después del</i>	

<i>garantizado</i> .....	463
B) <i>Modos concretos de realización de la prenda</i> .....	469
3. Breve referencia a los efectos de la prenda en el concurso. Especial consideración a los créditos futuros.....	477
A) <i>Cuestiones generales</i> .....	478
B) <i>Créditos futuros y concurso</i> .....	482
<b>IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES</b> .....	505
<b>CAPÍTULO 5º</b>	
<b>CONCLUSIONES</b> .....	513
<b>I. DE <i>LEGE DATA</i></b> .....	513
<b>II. DE <i>LEGE FERENDA</i></b> .....	525
<b>BIBLIOGRAFÍA</b> .....	533
<b>JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DE LA DGRN</b> .....	547

## ABREVIATURAS

AEAT	Agencia Estatal de la Administración Tributaria
AN	Audiencia Nacional
AP	Audiencia Provincial
BGB	Código civil alemán
BIMJ	Boletín Informativo del Ministerio de Justicia
BOE	Boletín Oficial del Estado
Cap.	Capítulo
CC	Código civil
CCCat	Código civil de Cataluña
CCJC	Cuadernos Civitas de jurisprudencia civil
CCom	Código de comercio
CDUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional
CE	Constitución española
CERC	Centro de Estudios Registrales de Cataluña
CGC	Comisión General de Codificación
CGN	Consejo General del Notariado
Coord.	Coordinador
DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado
Dig.	Digesto
Disp. adic. edic.	Disposición adicional edición
EDJ	Ediciones de Derecho Judicial
ET	Estatuto de los Trabajadores
IPF	Imposición a plazo fijo
IVA	Impuesto sobre el valor añadido
LAU	Ley de Arrendamientos urbanos
LC	Ley Concursal
LCCh	Ley Cambiaria y del Cheque
LCS	Ley del Contrato de seguro
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público

LGDCU	Ley General para la Defensa de consumidores y Usuarios
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LGP	Ley General Presupuestaria
LGT	Ley General Tributaria
<i>lege data</i>	desde el derecho vigente
<i>lege ferenda</i>	desde el derecho a legislar
LH	Ley Hipotecaria
LHMPSD	Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento
LJCA	Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa
LJV	Ley de la Jurisdicción Voluntaria
LMV	Ley del Mercado de Valores
LN	Ley Orgánica del Notariado
LRJAP	Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRPyFP	Ley reguladora de Planes y Fondos de Pensiones
LSC	Ley de Sociedades de Capital
LVPBM	Ley de venta a plazos de bienes muebles
OEA	Organización de Estados Americanos
<i>opus cit.</i>	obra citada
PSD	Prenda sin desplazamiento
pág.	página
<i>prima facie</i>	a primera vista
RBM	Registro de Bienes Muebles
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Real Decreto
RD Ley	Real Decreto Ley
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil
RDC	Revista de derecho Civil
RDCyP	Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal
RDN	Revista de Derecho Notarial
RGD	Revista General del Derecho
RGR	Reglamento General de Recaudación
RH	Reglamento Hipotecario
RJN	Revista Jurídica del Notariado
RM	Registro Mercantil
RN	Reglamento Notarial
RP	Registro de la Propiedad
RRM	Reglamento del Registro Mercantil
sent.	sentencia
ss.	siguientes

## ABREVIATURAS

---

t.	Tomo
Tit.	Título
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
UCC	Código de Comercio Uniforme de Estados Unidos
UNCITRAL	<i>ver</i> CNUDMI
<i>ut infra</i>	referencia página posterior
<i>ut supra</i>	referencia página anterior
VVAA	Varios autores
vol.	volumen
<i>vide</i>	ver
<i>v. gr.</i>	verbi gratia (por ejemplo)



## **CAPÍTULO 1º INTRODUCCIÓN GENERAL Y METODOLOGÍA.**

La seguridad jurídica es un principio básico de nuestro ordenamiento e implica, en general, la previsibilidad de los efectos de los contratos, tanto en cuanto a la confianza en su cumplimiento, como en la determinación de las consecuencias de su incumplimiento.

Trasladado dicho principio al ámbito de las garantías reales, lo que se espera de la construcción normativa de las mismas es, de una parte, unas normas claras de constitución y oponibilidad, y de otra, un procedimiento seguro de ejecución. Sin embargo, la clara distinción procedente de la época codificadora, entre garantías *inmobiliarias* sin desplazamiento posesorio (hipoteca), y garantías *mobiliarias* con desplazamiento posesorio (prenda), queda muy lejos en el tiempo, y superada con creces por el desarrollo económico y social del pasado siglo. Fueron, primero el desarrollo industrial que reveló el carácter antieconómico del desplazamiento posesorio (motivando la aparición de garantías mobiliarias *sin desplazamiento* v.gr. la hipoteca mobiliaria y la prenda sin

desplazamiento); después el acceso masivo de la población occidental a los bienes de consumo, lo que motivó nuevas necesidades de financiación y la utilización de garantías al margen de la hipoteca inmobiliaria (que quedaba reducida, por razón de costes de formalización, a la adquisición de la vivienda); y finalmente la época postindustrial caracterizada por una economía basada en los bienes y valores desmaterializados y la interconexión de las grandes zonas económicas mundiales, los fenómenos socioeconómicos que determinaron la crisis de las grandes categorías de garantías reales tradicionales, tanto de la hipoteca inmobiliaria (baste citar la aparición de figuras como la hipoteca inversa o las garantías hipotecarias ómnibus vulgarmente conocidas como *hipoteca flotante*), como de las garantías mobiliarias (y no sólo por la aparición de figuras como la hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento, sino por desplazarse el objeto gravado de los bienes materiales a derechos y bienes inmateriales, entre ellos los créditos, que ni siquiera están incorporados a títulos materiales ni aparecen en su más moderno sustitutivo de la anotación en cuenta).

Y es en este marco donde se incardina la *pignoración de los derechos de crédito*, ya sea de forma individual, ya sea globalmente en cartera, como *valor económico patrimonial* susceptible de ser gravado en garantía de las más diversas obligaciones, tanto entre particulares, como mecanismo de financiación en la adquisición de bienes de consumo, como a pequeñas y medianas empresas, o globalmente en grandes proyectos de financiación empresarial.

La importancia de esta materia adquiere especial relevancia



tras la profunda crisis económica de los últimos años, que pone de manifiesto las carencias normativas existentes en España sobre sus requisitos, efectos frente a terceros y ejecutabilidad, tanto en el ámbito extraconcursal como en el concursal.

La aparente simplicidad en su constitución y la ligereza con que, en ocasiones, los operadores jurídicos asumen estas garantías, circunstancias que contrastan con la preocupación sobre su ejecutabilidad cuando se produce el incumplimiento de la obligación asegurada, eran algunas de las razones por las que, profesionalmente, se despertó mi interés a la hora de intervenir en la formalización de *pignoraciones de créditos* en sus distintas modalidades. A ello se une la curiosidad por una figura, cuyos antecedentes se remontan al *pignus nominis* romano, de aparente simplicidad y contornos abiertos, circunstancias que abonan el campo a la especulación y discusión jurídicas.

Por otra parte, la *desvalorización* del patrimonio inmobiliario, junto con la grave crisis empresarial de los últimos años, ha provocado la generalización de las garantías constituidas sobre derechos de crédito, como último recurso de refinanciación para evitar el concurso, y ello, tanto en particulares como a nivel empresarial. No son extraños los casos de financiaciones dentro del ámbito familiar, en los que, quienes ayudan al que está en situación de impago, quieren seguridad en la devolución de la cantidad prestada; o las frecuentes refinanciaciones empresariales, desde las más simples a las más complejas derivadas de acuerdos preconsursales de refinanciación, en las que el conjunto de acreedores negocia con la empresa en peligro de insolvencia un

marco de refinanciación que incluye, desde garantías sobre el inmovilizado inmobiliario hasta pignoraciones de los flujos de crédito que genera la actividad empresarial.

En el caso específico español, la carencia de una regulación normativa sistematizada, obliga a estudiar la institución jurídica que tratamos, analizando artículos de carácter general, emparentados en ocasiones sólo tangencialmente con la *pignoración de créditos*, para, apoyándose en el estudio de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo y en las aportaciones doctrinales, que han pasado de un escaso número en los dos primeros tercios del pasado siglo, a multiplicarse exponencialmente desde finales del mismo y lo que llevamos del presente, llegar a una interpretación sistemática de la institución estudiada.

Desde esta perspectiva, muchos de los aspectos que se relacionan con la *pignoración de créditos* serían merecedores, por sí solos, de un estudio propio, desde su naturaleza jurídica hasta sus efectos en el concurso, especialmente en el caso de créditos futuros, pasando por los requisitos de formalización y modalidades de ejecución. Sin embargo, y partiendo del hecho de que, en mayor o menor medida, todas las fases de las *pignoraciones de créditos* tienen reflejo en la actividad notarial, desde su nacimiento a su ejecución, optamos por desarrollar un estudio sistemático de la *pignoración de créditos* entendiendo la figura como negocio jurídico específico, lo que obligaba al examen de todos y cada uno de los aspectos que lo conforman, aun a riesgo de sacrificar en algunos casos la profundidad argumentativa.

Para ello se ha considerado conveniente utilizar una estructura clásica, a nuestro juicio clarificadora, estudiando separadamente las cuestiones relativas a su naturaleza jurídica, a su formalización (distinguiendo en este punto los elementos personales, reales y formales) y a sus efectos. A esta estructura responde la distribución en capítulos de este estudio, cada uno de los cuales recoge en su final las conclusiones parciales de su contenido que ayudan en una argumentación lineal que desarrolla el aspecto siguiente, de tal manera que, supuesta su naturaleza de garantía real, sustentada sobre la argumentación doctrinal y jurisprudencial, y en base a la generalización de preceptos legales concretos, se determinan los requisitos en orden a su constitución (capacidad y legitimación, objeto gravado y formalidades), para terminar con el contenido básico de derechos y deberes, y efectos frente a terceros.

Finalmente, y debido a la ausencia de regulación normativa que ha quedado apuntada, las conclusiones finales no pueden dejar de incluir, junto a la constatación de la situación vigente que solucione las controversias jurídicas que se nos presentan, un elemento volitivo de las bases sobre las que, a nuestro juicio, debería descansar una regulación futura en Derecho español de la *pignoración de créditos*.



## CAPÍTULO 2º NATURALEZA JURÍDICA DE LA PRENDA DE CRÉDITOS

### I. ANTECEDENTES HISTÓRICOS.

La afección en garantía de los créditos al cumplimiento de cualesquiera obligaciones no es una figura novedosa del tráfico jurídico moderno, aunque en los últimos tiempos haya recobrado especial protagonismo por las posibilidades que abre para obtener financiación frente a las formas de garantía que venían predominando en la práctica. Muy al contrario, como ha quedado ya más que estudiado, los orígenes de la *prenda de créditos* se pueden encontrar en el Derecho Romano<sup>1</sup>. En concreto en la etapa

---

<sup>1</sup> Puede verse en esta materia a CAMACHO DE LOS RÍOS, F., “Pignus nominis. Aproximación a un proceso de recepción”, en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito María Reimundo Yanes*, Burgos, 2000, págs. 73 y ss.; FUENTESECA DEGENEFFE, M., “*Pygnus e hypotheca en su evolución histórica*”, Santiago de Compostela, 2013; COING, H., *Derecho Privado Europeo*, München, 1985 (traducción y apostillas PÉREZ MARTÍN, A., Fundación Cultural del Notariado, 1996); ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La prenda de créditos*, CERC, Madrid, 1996, págs. 31 y ss., y “La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual”, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, (Miquel González, J.M., director), Las Rozas, 2013, págs. 25-34; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, t. Segundo, Vol 2, Derecho de cosas*, reimpresión de la decimocuarta edición revisada y puesta al día por Pascual Marín Pérez, Madrid, 1988, págs. 415 y ss.; DE CORES, C., y GRABIELLI, E.,

conocida como *época clásica* y bajo la denominación de *pignus nominis*. Fueron las necesidades del tráfico las que determinaron su nacimiento con posterioridad a la prenda ordinaria, caracterizándose por configurarse como una enajenación parcial de la acción del titular de la obligación que podía ejercitar frente al deudor cedido en caso de que el pignorante incumpliese la obligación garantizada. Lo que caracterizó al antiguo derecho romano fue la utilización, junto con el *pignus*, de la *fiducia cum creditore*, la cual producía un doble efecto: real, por cuanto implicaba la transferencia al acreedor del bien dado en garantía en plena propiedad (por la *mancipatio* o la *in iure cessio*), y obligacional, por cuanto el acreedor quedaba gravado con la obligación de utilizar el bien como tal garantía y a emplearlo en pago de la deuda garantizada caso de no cumplirse ésta o a devolverla caso de su cumplimiento (*remancipatio*). La *fiducia* fue la figura utilizada inicialmente<sup>2</sup> pero presentaba, como fundamental inconveniente, común por otra parte a todo negocio fiduciario, la desproporción entre el medio empleado y el fin perseguido, con la consecuente posibilidad de abuso por parte del fiduciario. Surge así el *pignus*, intentando salvar los inconvenientes de la *fiducia*, como una forma de garantía en que lo transmitido al acreedor no era la propiedad de la cosa sino la posesión<sup>3</sup>. Finalmente surgiría la

---

*El nuevo derecho de las garantías reales*, Madrid, 2008, págs. 47 y ss.

<sup>2</sup> La figura de la *fiducia*, y en concreto de la *fiducia cum creditore*, parece estar recogida ya en una de las Doce Tablas. Vide ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit. La prenda de créditos*, pág. 33, nota 10, que se basa en KASER, M., *Das Romische Privatrecht*, vol. I, Munich, 1971.

<sup>3</sup> Como señala FUENTESECA DEGENEFTE, M., en *opus cit. Pignus e Hypotheca en ...* pág. 30, *La "conventio pignoris" supuso un gran avance que facilitaba el tráfico de créditos, propiciado por el más flexible derecho pretorio. Perseguía la misma finalidad jurídicoeconómica que la "fiducia" y, al igual que ésta, el acreedor podía ejecutar su derecho siempre sobre la cosa misma sobre la que se constituía, incluso si ya estaba en poder de un tercer adquirente. Pero*

*hypotheca* sobre la base de que los bienes del deudor pueden servir de garantía al acreedor mediante una simple convención, sin necesidad de que pasara la posesión al mismo. Lo cierto es que el *pignus* y la *hypotheca* coexistieron en el Derecho Romano sin una diferenciación muy precisa<sup>4</sup>, aunque en sentido estricto se refería con el nombre de *pignus* a la garantía que implicaba traspaso posesorio y de *hypotheca* a la que no implicaba traspaso de la posesión. En todo caso no había diferenciación esencial por la naturaleza del bien sobre el que recaía la garantía pudiendo afectar, tanto una como otra, indistintamente a bienes muebles o inmuebles<sup>5</sup>. Por lo que refiere a los créditos, las obligaciones pudieron ser objeto de la garantía a través del *pignus nominis* que aparece en la época clásica del Derecho Romano como consecuencia de las necesidades del tráfico jurídico. Con todo la aparición del *pignus nomini* va pareja a la evolución del propio concepto de obligación en Roma que hasta finales de la época clásica se concebía como un vínculo que unía a la persona del

---

solamente la “*conventio pignoris*” fue la auténtica forma de constitución de un derecho real de garantía en cosa ajena porque se hacía sin “*mancipatio*”. El acuerdo de las partes consistía en vincular una cosa al cumplimiento de una obligación, bien mediante “*traditio possessionis*” al acreedor (“*res pignori data*”) o por el mero acuerdo (“*res obligata*”). En cambio, en la fiducia, las partes quedaban vinculadas por el negocio jurídico de garantía celebrado, del que el deudor no se liberaba sino pagando la deuda, y el acreedor cumpliendo la “*obligatio ex fiducia*”.

<sup>4</sup> MARCIANO, al que cita CASTÁN TOBEÑAS, J., (*opus cit. Derecho civil español...* pág. 425) decía que *pignus* e *hypotheca* eran nombres diversos de un mismo vínculo: *Inter pignus autem hypothecam tantum nominis sonus differt* (Digesto, párrafo primero, frag. 5º, tít. I, libro XX).

<sup>5</sup> La tradicional distinción del Derecho Romano clásico, que tiene sus orígenes en el Derecho arcaico, es entre *res Mancipi* (fundos, casas, terrenos en suelo itálico, caballos y animales de labor, servidumbres de paso y acueductos) y *res nec Mancipi* (resto de las cosas de uso personal), tal criterio de diferenciación no era sino el de la diferencia de forma de transmisión: las *res Mancipi* precisaban para su transmisión una forma solemne y pública (*mancipatio* o *in iure cessio*) mientras que en las *res nec Mancipi* bastaba una forma simple (*traditio* o traspaso de la posesión). Será en la época de Justiniano cuando esta distinción se sustituye por la de *res mobili* e *immobili*.

deudor con la del acreedor, respondiendo aquel con su propia vida del cumplimiento, concepción que imposibilitaba dar como objeto de derecho una obligación. Será a finales de la época clásica cuando comienza a concebirse la obligación como un vínculo de derecho que une los bienes del deudor con el acreedor, momento a partir del cual la obligación comienza a ser objeto de operaciones jurídicas. La peculiaridad que presenta el *pignus nominis* estriba en que, dado que en Roma sólo era posible transmitir la obligación a través de la novación, a fin de evitar los inconvenientes de la misma, se recurrió a la ficción, en las transmisiones activas, de ceder las acciones útiles del acreedor al cesionario mediante un mandato para hacerlas valer en juicio y quedarse con lo obtenido, con lo cual, el *pignus nominis* implicaba la transmisión de la acción útil en concepto de prenda.

En la legislación histórica española el *pignus* romano aparece con el nombre genérico de *peño* o *pennos*, si bien hasta Las Partidas se regulaba con mucha menor extensión. El Fuero Juzgo de la monarquía visigoda, contenía, al igual que el *pignus* romano un concepto unitario de la prenda (Libro V, tit. 6º, “De los pennos é de las debdas”). Tras la invasión musulmana, y rota la unidad legislativa impuesta por los visigodos, el derecho local se desarrolla en los Fueros Municipales en los que apenas existen referencias a la prenda. Dejando de lado otros cuerpos legislativos medievales como el Fuero viejo de Castilla, hay que esperar a la obra legislativa de Alfonso X el Sabio para encontrar una regulación más extensa de la prenda, tanto en el Fuero Real como en Las Siete Partidas. El primero (del año 1255) le dedica diez leyes en el tít. 19 del Libro III “De los empeños y prendas”, pero



son Las Siete Partidas el texto que recoge con mayor extensión los principios procedentes del Derecho Romano referentes al *pignus* con un nivel jurídico que sobrepasa ampliamente los textos anteriores. En el tema que nos interesa, y respecto al objeto sobre el que puede recaer la prenda, al igual que en el Derecho Romano la ley 2ª (tít. 13, Partida V) recoge que se puede empeñar cualquier cosa, incluidas las futuras y las cosas corporales o incorpóreas y los *derechos de crédito*<sup>6</sup>; igualmente incluye una norma en relación a la forma de constituir la prenda en la ley 31ª que reconoce mejor derecho en juicio al que muestra una carta de escribano público en el que conste la constitución de la prenda frente al que exhiba otro tipo de escritura o aporte testigos<sup>7</sup>.

Paralelamente en Europa, durante la época de la recepción del Derecho Común, se estudia la figura del *pignus nominis* sobre la base de los textos romanos, originándose la discusión doctrinal sobre su verdadera naturaleza jurídica, personal o real, que a través de la Pandectística alemana llegará a la época de la codificación<sup>8</sup>.

---

<sup>6</sup> “Empeñar, se puede toda cosa: quier sea nascida, o por nascer assi como el parto de la fierua e el fruto de los ganados, e de los arboles, e de las heredades, e todas las otras rentas que los omes han, de cualquier natura, que sean, también las que son corporales como las que no lo son. Pero que quier esquilme o desfrute, destas cosas sobredichas: el que las touviere a peños, tenuto es de lo descotar: de aquello que dio sobre aquella cosa empeñada: o de lo dar al Señor de la cosa. Otrosi dezimos, **que todas las deudas, que deuan a un ome que las puede empeñar a otro, con todos los derechos que ha en ellas.** E aquel que las recibe en peños: puede las demandar en juyzio, e fuera de juyzio bien assi como faria aquel a quien las deuen, que gelas empeño.”

<sup>7</sup> De forma similar a lo que estableció el emperador León en la constitución del año 472 (C.J. 8,17, 11,1: “...si autem ius pignoris vel hypothecae ex huiusmodi instrumentis vindicare quis sibi contenderit, eum qui instrumentis publice confectis nititur praeponi, etiamsi posterior dies his contineatur, nisi forte probatae atque integrae opinionis trium vel amplius virorum subscriptiones isdem idiochiris contineantur. tunc enim quasi publice confecta accipiuntur”.

<sup>8</sup> Vide en este punto la exposición histórico doctrinal de ARANDA

La figura de la prenda de créditos se terminó recogiendo en la generalidad de los Códigos civiles europeos, con la aparente excepción como se verá del español. Pero dentro de la regulación codificadora puede distinguirse dos grupos. Uno integrado por los códigos de inspiración latina con el Code francés de 1804 como modelo, al que siguió el CC italiano de 1865, caracterizados por regular la prenda de créditos como una modalidad de la prenda mobiliaria, a la que dedican unas normas muy básicas<sup>9</sup>. Otro grupo, de raíz germánica, encabezado por el BGB alemán de 1896, y en el que se incluye el CC suizo de 1907 y ya posteriormente el CC italiano de 1942, en los que se regula la prenda de créditos como una modalidad de derecho sobre derecho de carácter real, con una regulación minuciosa sobre los requisitos de constitución, validez y eficacia<sup>10</sup>.

Distinto fue el caso español. El proyecto isabelino de CC de 1851 sí contenía referencias a la posibilidad de pignorar créditos. En concreto derivaba este reconocimiento de los arts. 1774 II

---

RODRÍGUEZ, R., en *opus cit. La prenda de créditos*, págs. 30-61. Un estudio comparado del derecho común en Europa en esta materia puede verse en COING, H., *opus cit. Derecho Privado Europeo*, t. I, págs. 405 y ss. (derecho común más antiguo 1500-1800) y t. II, págs. 515 y ss. (siglo XIX).

<sup>9</sup> Dentro de la normativa general de la prenda regularon como especialidades de la recayente sobre créditos, las formalidades para que el acreedor garantizado gozara del privilegio prendario (art. 2075 del Code y 1801 del CC italiano de 1865); y el régimen del cobro por el acreedor pignoraticio de los créditos devengados por el crédito pignorado (art. 2081 del Code y 1806 del Código civil italiano de 1865).

<sup>10</sup> Le dedican una sección donde se regula de forma más prolija la figura. En el caso del BGB como modalidad de la prenda sobre derechos y el CC italiano de 1942 en una sección especial dentro de la normativa de la prenda. Así el BGB le dedica los §§ 1279 a 1290, el Código civil suizo los arts. 899 a 906 y el Código italiano de 1942 los arts. 2800 a 2806. Regulan en general los requisitos de validez y eficacia de la prenda sobre créditos, derechos y obligaciones de las partes, distinciones según el momento de vencimiento de los créditos pignorado o garantizado, etc...

*(Cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que conste en escritura pública, o en una inscripción nominativa, no surtirá efecto contra tercero el derecho de prenda, sino desde que se inscriba en el protocolo o registro matriz) y 1777 (Si la prenda produce frutos o intereses, el acreedor compensará los que percibiere con los que se le deban, o se le imputarán sobre el capital si no se le deben; o en cuanto al exceso de los que le sean debidos).* El anteproyecto de 1882-1888 no recogió las dos normas citadas del proyecto de 1851 sino únicamente la norma de su art. 1.777 en el artículo 8º del Título dedicado a la prenda disponiendo que *Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.* Este texto es el que finalmente recogería el Código civil de 1889 en su art. 1868. La redacción de este artículo ha sido en general interpretado en el sentido de una ausencia de regulación o al menos mención expresa de la prenda de créditos en nuestro Código; aunque ello ha sido objeto de variadas interpretaciones, desde los que consideraron que con el texto definitivo se negaba la posibilidad de que la prenda pudiese recaer sobre créditos de un modo absoluto<sup>11</sup>, aquellos otros que aun compartiendo la idea de que la prenda de créditos no era posible con la dicción del Código construyen la posibilidad de que el crédito pueda ser objeto de garantía recurriendo a otras figuras jurídicas especialmente la cesión de créditos<sup>12</sup>, los que consideraron que la dicción del art.

---

<sup>11</sup> Por todos GIL RODRÍGUEZ, J., “La prenda de derechos de crédito”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, 1996.

<sup>12</sup> Por todos, PANTALEÓN PRIETO, F., en *La prenda de créditos*, Madrid, 1996, pág. 1044 cuando dice *Dejando a un lado la prenda de valores –a la que, en efecto, hay que entender se refiere, junto al art. 1872 in fine el art. 1868-, la prenda de crédito no está contemplada en los artículos 1863 y*

1868 CC venía a amparar la posibilidad de pignorar créditos<sup>13</sup> y los que, aun admitiendo esta posibilidad lo hacía basándose en otros argumentos y consideraban que el art. 1868 CC no se refería al caso que nos ocupa<sup>14</sup>.

---

*siguientes del Código Civil: el art. 1864 termina con las palabras “con tal que sean susceptibles de posesión” que no se encontraban en el artículo 1772 del Proyecto de 1851 (“Solamente pueden darse en prenda los bienes muebles”) y ha desaparecido la referencia a la prenda de crédito titulado en escritura pública o de inscripción nominativa del artículo 1774.2 del citado Proyecto; o ARANDA RODRÍGUEZ, R., en La prenda de créditos, Madrid, 1996, pág. 24; si bien ambos autores desarrollan su teoría de la posibilidad de que el crédito pueda ser objeto de garantía a través de las normas de la cesión de créditos y con efectos frente a terceros.*

<sup>13</sup> Entre otros PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., en *El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*, 2ª Edición, Madrid, 2006 págs. 657-658, recoge como antecedente del mismo el art. 2153 del anteproyecto Belga de Laurent que establecía que *Si se dio en prenda un crédito que produce intereses, el acreedor imputará estos intereses a los que pudieran debersele. Si la deuda en cuya garantía se dio el crédito en prenda no produce intereses, la imputación se hará al capital. Y en la nota al pie 351 (pág. 657) señala que Los antecedentes ponen de manifiesto que nuestros codificadores regularon la llamada prenda de créditos. El art. 1.868 del Código reproduce la misma norma que el artículo 8º del Anteproyecto. En el texto de éste se declaran las fuentes de inspiración: El Proyecto de 1851 y el Anteproyecto belga de Laurent. Estos trabajos legislativos confiesan, a su vez, una fuente común: el artículo 2.081 del código francés. En todos estos textos se supone que recae la prenda sobre créditos. GARCÍA GOYENA (art. 1.777) comenta sobre los artículos extranjeros que cita como concordantes: “todos estos artículos hablan del crédito que produce interés y se da en prenda”. De su comentario se desprende que con esta misma idea se redacta el precepto del Proyecto de 1851. Los textos del Anteproyecto belga y del Código francés parten expresamente del supuesto de que crédito se dé en prenda (...).*

<sup>14</sup> Por todos CRUZ MORENO, M., “La prenda de créditos”, *RCDI*, 618, 1993, pág. 1273, *nota (6)*, que comparte la opinión de PANTALEÓN PRIETO, F., de que el art. 1868 se refiere a la prenda de valores del 1872 *in fine* CC, pero a diferencia de este autor, considera admisible en el ámbito del Código la prenda de créditos interpretando la normativa legal en el sentido de que los créditos sí cumplen los requisitos básicos para poder ser objeto de prenda. En igual sentido, CHULIÁ, F., *Introducción al Derecho Mercantil*, vol. I, Valencia, 2012, pág. 1849, cuando dice que “aunque parece que el CC no quiso regular la prenda de créditos, sino sólo la de cosas y la de títulos valores (ya que sólo en relación con éstos contempla que la prenda produzca intereses), las SSTs de 25 de noviembre de 1886 (con cita de *Las Partidas: Partida 5.ª, Ley 13.1*) y de 28 de diciembre de 1935 ya admitieron la prenda de créditos, y las exigencias del tráfico actual han obligado al TS a admitirla de nuevo, superando las aparentes dificultades derivadas de que el Cc. sólo regula la prenda de “cosas”.

## II. DERECHO COMPARADO.

La evolución más cercana de la prenda de créditos va unida a la de las garantías mobiliarias en general y a la confluencia de los dos grandes sistemas jurídicos existentes, el modelo anglosajón (*common law*) y el modelo latino-continental (*civil law*), cuyas relaciones son cada vez más acusadas en el marco de una economía, y por ende, de un tráfico jurídico, cada vez más internacionalizado en el marco de la llamada *globalización*<sup>15</sup>. Dentro del panorama general de las garantías reales mobiliarias, y en particular de aquellas que recaen sobre los derechos de créditos (prenda incluida)<sup>16</sup>, se puede a grandes rasgos distinguir tres

---

<sup>15</sup> Tradicionalmente se había considerado que las garantías reales no tenían una vocación de circulación en el tráfico jurídico internacional, basándose las mismas en la aplicación del principio *lex rei sitae*. Pero la realidad de un comercio internacional cada vez más interrelacionado que afecta no sólo a las transacciones comerciales sino también a las operaciones financieras, ha determinado la aparición de instrumentos y grupos de trabajo tendentes a amortizar la normativa sobre las garantías reales mobiliarias aplicables en los distintos países. Dentro de ellos destacan los documentos elaborados por el Grupo de Trabajo IV sobre garantías reales de la Comisión de las Naciones Unidas para el derecho mercantil internacional (CNUDMI conocida según las siglas en inglés como UNCITRAL).

<sup>16</sup> GABRIELLI, E., y DE CORES, C., en *opus cit.* *El nuevo derecho de las garantías reales* págs. 22-23 distinguen tres generaciones sucesivas en materia de garantías reales mobiliarias, que a su vez repercuten en la importancia de las garantías que recaen sobre derechos de crédito: *Una primera que podríamos llamar tradicional, la de la prenda posesoria, caracterizada por la necesaria desposesión por parte del deudor mediante la entrega, ya sea al acreedor o a un tercero, de la cosa que constituye objeto de la garantía, elemento éste considerado esencial para la existencia del derecho real de garantía. Una segunda, caracterizada por la experiencia de la ineficacia económica de la prenda posesoria (...) se incorpora el mecanismo de la prenda sin desplazamiento (...). Y una tercera generación que (...) con asiento en ulteriores necesidades expansivas del comercio económico (...) se organiza un sistema en base a la ampliación de la esfera de aplicación de la prenda sin desplazamiento y a la flexibilización de los institutos de garantía, particularmente en el sentido de la admisión del uso de la propiedad en función de garantía, mejorando la situación del acreedor garantizado tanto desde el punto de vista de los institutos de derecho sustancial, como de los instrumentos procesales para la ejecución.* Paralelamente a esta evolución de las garantías

grupos<sup>17</sup>: los países de tradición anglosajona, los de tradición latino-continental y los de tradición germánica.

### 1. Sistema anglosajón del *common law*.

El sistema *anglosajón* comprendería a los países cuyo derecho se basa en el derecho inglés, especialmente EEUU, y que se extiende en general a los países del *common law* ( Estados Unidos, Gran Bretaña, Canadá, Australia, etc...). El paradigma de

---

reales mobiliarias en general, distinguen igualmente tres fases secuenciales respecto de la prenda de créditos (págs. 94-96): Prenda de créditos de la primera generación. *La notificación al deudor de la prestación de la existencia del negocio de garantía sobre el crédito correspondiente, que constituye objeto de éste, adquiere una especial relevancia en éste ámbito como elemento constitutivo de la oponibilidad del derecho de garantía tanto al propio deudor como a terceros. Equivalente funcional de la entrega, la notificación al deudor del crédito dado en prenda, se explica plenamente en el contexto de la primera generación de las garantías reales mobiliarias.* Prenda de créditos de la segunda generación. *La segunda generación coincide cronológicamente con el desarrollo, o mejor, con el apogeo de los títulos valores. Los créditos comerciales (bienes incorporales) se documentan en títulos (elementos corporales) y esa materialización determina que el mecanismo de la prenda posesoria propia de la primera generación, pueda avanzar hacia los créditos mediante la prenda de títulos.* Prenda de créditos de la tercera generación. *La tercera generación de garantías reales mobiliarias en relación con los créditos aparecen recién a mediados del siglo XX, con la desmaterialización de los títulos valores, y es la que tiene importancia decisiva en el estudio de las garantías financieras (...) en el ámbito de la tercera generación, aparece la prenda de créditos sin notificación al deudor cedido. Esta prenda, que normalmente tiene por objeto créditos en masa, no puede ser opuesta al deudor cedido pero sí a los terceros en general (...).*

<sup>17</sup> DE CORES, C., en *opus cit.* *El nuevo derecho de las garantías reales*, págs. 18 y ss., reduce los sistemas a dos, incluyendo dentro del modelo anglosajón, a los derechos germánicos, pues si bien *derecho alemán presenta una influencia innegable y fundamental del derecho latino-romano (...)* a los efectos de nuestro tema, que es el tratamiento de las garantías reales mobiliarias, *el derecho alemán ha presentado una evolución propia que (...) justifica reconocerle personalidad propia e impone colocarlo junto con el derecho del common law.* Distinta es la opinión de WOOD, P., en *World Financial Law*, Londres, 2002, pág. 11 que considera el derecho alemán como un *tertium genus* entre el derecho *napoleónico* y el derecho del *common law*. Considero más adecuada esta última distinción, aunque no comparto el término *napoleónico* que debe sustituirse por el más adecuado de *latino-continental*.

esta regulación sería la normativa de Estados Unidos. Las características generales del régimen jurídico aplicable a las garantías mobiliarias en estos países son las siguientes:

1.- Amplio juego de la autonomía de la voluntad, caracterizando el sistema anglosajón su pragmatismo en atención a la práctica de los negocios.

2.- Rige el principio de equivalencia funcional de los negocios de garantía, de forma que prima la función de garantía que tenga un determinado negocio sobre la forma negocial que las partes hayan querido usar.

3.- Consecuente con lo anterior se utiliza de forma normal la propiedad con función de garantía en base a la autonomía de la voluntad.

4.- Se admite la concepción fraccionada de la propiedad y por tanto la constitución de partes del patrimonio de afectación a determinados fines que tendrán su propio ámbito de responsabilidad.

5.- La garantía real podría quedar fuera del concurso y proporciona al acreedor un amplio poder de disposición.

6.- Se atribuye al acreedor mayor facilidad a la hora de ejecutar la garantía, admitiendo la autotutela privada y las ejecuciones extrajudiciales.

La regulación de los Estados Unidos se concreta en el art. 9 del UCC (Código de Comercio Uniforme)<sup>18</sup> cuya redacción se

---

<sup>18</sup> Vide en esta materia DE CORES, C., y GRABIELLI, E., *opus cit.* *El nuevo derecho de las garantías reales*, págs. 138 a 145 y págs. 147 a 184; GARRIDO, J.M., *Estudio introductorio, Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto oficial*, Madrid, 2002; KOZOLCHYK, B., en “Estado actual de la implementación de la Ley Modelo de garantías mobiliarias de la OEA en América Latina”, *Garantías Reales en escenarios de crisis: presente y*

remonta a 1953 pero que posteriormente ha sido objeto de diversas modificaciones (una de las últimas en el año 2003)<sup>19</sup>. En líneas muy generales, cuando las partes convienen la creación de un derecho real de garantía (*security interest*) se produce el *attachment* de tal derecho real de garantía cuyo efecto es que el mismo es ejecutable forzosamente (*enforceable*) contra el deudor; el *attachment* en general coincide con el perfeccionamiento del título contractual representado por el *security agreement*. Para la definitiva efectividad de la garantía frente a terceros se requiere además la *perfection* que se logra: Bien por el registro (*filing*) que es el medio principal; no se registra el *security agreement* propiamente dicho sino una noticia (*notice filing*) de un documento más simple, el *financing statement* consistente en un documento que contiene información sumaria de que el derecho de garantía puede recaer sobre determinados bienes y dónde obtener más información. Bien por la posesión respecto de bienes tangibles (*pledge*). O bien por el mecanismo del control para bienes

---

*prospectiva*, Madrid, 2012, págs. 61 y ss.; TARABAL BOSCH, J., en “El art. 9 UCC. Cautelas conceptuales para una lectura europea”, *Garantías Reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012, págs. 85 y ss.

<sup>19</sup> Para entender el UCC hay que partir de la base de que no es un código emanado del Estado en el sentido que le damos en el derecho continental, sino que se aproxima más a una *codificación privada* basada en *casos legales*. Vide en este sentido a FERNÁNDEZ ROZAS, J.C., *Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, CGC, Madrid, 2003, págs. 43 y 44: *La elaboración del Uniform Commercial Code se realizó por parte de dos importantes instituciones, el referido American Law Institute y la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, teniendo esta última el cometido de elaborar proyectos de leyes uniformes y de recomendar su adopción por parte de los Estados de la Federación (...) Tras diversos avatares, el Código, que adoptó sucesivas versiones, comenzó a ser aceptado por los Estados de la Unión a partir de 1953 (...) se trata de un texto que se aleja de la técnica codificadora generada en Europa (...) el fundamento de esta codificación privada, que descansa en el *case law*, reside en la propia estructura jurídica norteamericana y obedece a las propias necesidades del comercio privado, que exige que las transacciones descansen en principios jurídicos consolidados y en la necesidad de minimizar el riesgo de aplicar principios diferentes para un mismo caso o figura jurídica.*



intangibles (*control*) tales como cuentas bancarias o activos financieros; en particular se consagra el *control* como método de lograr el perfeccionamiento del derecho real de garantía sobre depósitos bancarios (*deposit accounts*), créditos documentados en forma electrónica o valores mobiliarios (*investment property*), derechos procedentes de cartas de crédito (*letter of credit rights*) y derechos derivados de contratos (*electronic chattel paper*); el *control* es un método privilegiado de perfeccionamiento, de tal forma que quien tiene el *control* tendrá prioridad aunque previamente haya existido perfeccionamiento de un derecho real de garantía por registro (*filing*) que comprenda los bajo control.

## 2. Sistema latino-continental.

Un segundo grupo, basado en la tradición latino-continental que abarcaría desde Francia, Italia o España a otros países de Hispanoamérica. Dentro de este grupo destacaremos por paradigmática la reforma de las garantías mobiliarias operada en Francia en el año 2006<sup>20</sup>. En el Derecho francés o italiano no cabía el negocio fiduciario al no admitirse el negocio abstracto por lo que, de forma similar a lo que acontece en nuestro derecho, solía considerarse por los tribunales como un negocio simulado relativamente; a fin de obviar el requisito de la notificación al deudor y la prohibición del pacto comisorio, se acudía en la práctica al expediente de formalizar una cesión condicional

---

<sup>20</sup> Esta modificación no sólo afecta a las garantías reales mobiliarias, sino que tiene un ámbito más amplio modificando también las garantías personales (fianzas, garantías a primer requerimiento, *lettres de patronage*) y garantías inmobiliarias (la llamada hipoteca recargable y la hipoteca invertida entre otras novedades).

(ordinariamente *pro solvendo*) en el que se transmitía el crédito sometiendo el negocio a la condición resolutoria del cumplimiento de la obligación que se trataba de garantizar. Sin embargo las necesidades del tráfico jurídico han ido imponiendo el realismo y admitiendo, siquiera fuera en normas sectoriales, la posibilidad de ciertos contratos de cesión en garantía, regulando, a través de leyes especiales distintos tipos de prendas sobre determinadas categorías de bienes incorporales<sup>21</sup>, intentando evitar las garantías reales que impliquen *desposesión* y aplicando figuras tales como la *garantía rotativa o pacto rotatorio*.

La actualización y reforma de las garantías mobiliarias, dentro del sistema *latino-continental*, tiene un claro ejemplo en la reforma francesa de 2006. Esta reforma supone un intento de adaptar el modelo continental a los anglosajones y germánicos, sin renunciar por completo a las tradiciones jurídicas propias.

Sintéticamente cabe destacar de la reforma francesa<sup>22</sup> lo

---

<sup>21</sup> Así en Francia la Ley *Dalloz* de 1981 sobre cesión de créditos profesionales admitió la cesión fiduciaria. En Italia el decreto legislativo de 21 de mayo de 2004, incorporó la directiva 2002/47/CE de 6 de junio de 2002 en materia de contratos de garantía financiera, respecto de los cuales equipara cesión de crédito, transferencia de propiedad en función de garantía y prenda, a los efectos de concurso, y prevé (respecto cesión de crédito o transferencia de la propiedad con función de garantía), que los contratos de garantía financiera que prevén la transferencia de la propiedad con función de garantía, incluyendo los contratos de *pronti contro termine*, tienen efecto de conformidad con los términos en ellos establecidos, independientemente de su calificación, y que a los mismos no les es aplicable el artículo 2744 del Código civil italiano que se refiere a la prohibición del pacto comisorio (*vide* GABRIELLI, E., *opus cit. El nuevo derecho de las garantías reales*, pág. 440 y “Forma y realidad en el Derecho italiano de las garantías reales” en *Garantías Reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012, págs. 146 y ss.).

<sup>22</sup> Para un examen de la reforma francesa de 2006 puede acudir a ARANA DE LA FUENTE, I., “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”, *INDRET*, Barcelona, Abril 2/201; PICOD, Y., “La reciente reforma

siguiente:

1.- El Código civil francés regula ahora el *nantissement* o prenda sobre bienes muebles incorporales como una modalidad de garantía mobiliaria distinta del *gage* o prenda sobre bienes muebles corporales. El “nantissement” (art. 2355 CC ) se define como “*la afcción, en garantía de una obligación, de un bien mueble incorporal o de un conjunto de bienes muebles incorporales, presentes o futuros*”. La prenda sobre bienes incorporales, que puede ser convencional o legal, puede recaer sobre créditos o sobre otros *bienes incorporales*. La de *créditos* se regula en los arts. 2356 a 2366 del *Code* francés.

2.- La prenda de créditos puede garantizar todo tipo de créditos, presentes o futuros, particulares o profesionales. Puede tratarse de un crédito aislado o un conjunto de créditos, siempre que cada uno de ellos esté perfectamente identificado. Si se trata de un crédito futuro, debe ser determinable sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes, por lo que deberán hacerse constar sus circunstancias esenciales, adquiriendo el acreedor prendario un derecho sobre el crédito futuro desde el momento mismo de su nacimiento. Se regula la pignoración del saldo de una cuenta, en cuyo caso el importe del crédito pignorado quedará determinado en el momento de ejecutar la garantía.

3.- Por lo que refiere a su constitución, la prenda de créditos es válida si se recoge en documento escrito, en el que deben constar tanto el crédito garantizado como el pignorado. La forma escrita, en documento público o privado, es el único requisito formal

---

de las garantías mobiliarias en Derecho Francés” en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias* (dir. Miquel González), Madrid, 2013; o DE CORES, C. y GRABIELLI, E., en *opus cit.* *El nuevo derecho de las garantías reales*, págs.. 279 y ss., entre otros.

necesario para la eficacia inter partes de la prenda y también frente a terceros, no exigiéndose que sea una fecha cierta. Respecto del deudor del crédito pignorado para que la prenda le sea oponible, es necesario que consienta o le haya sido notificada de cualquier modo; caso contrario, el deudor podrá liberarse mediante el pago hecho al constituyente de la prenda; y si media consentimiento o notificación, sólo el acreedor pignoraticio está legitimado para recibir válidamente, a su vencimiento, el pago del crédito pignorado y sus intereses.

4.- Se permiten mecanismos de realización de valor rápidos y sencillos, distinguiendo según el crédito pignorado venza antes que el garantizado (se prevé el pago al acreedor garantizado que debe depositar lo cobrado en un establecimiento habilitado al efecto satisfaciéndose por compensación caso de impago del crédito garantizado y con la obligación de devolver la cantidad caso de cumplimiento o el sobrante en caso contrario); o sea el crédito garantizado el que venza antes que el pignorado (en cuyo caso si se produce incumplimiento, el acreedor pignoraticio puede optar entre la atribución del crédito pignorado, y los derechos accesorios a éste, en pago de la deuda, atribución que puede ser *judicial* o *en los términos previstos en el contrato* es decir, cuando las partes hayan estipulado un pacto comisorio, o como segunda opción esperar a que el crédito pignorado venza, para recibir el pago directamente del deudor y compensar su importe con el crédito garantizado).

5.- Finalmente, y como otras forma de garantía, da entrada con carácter general a la cesión de la propiedad en garantía definiéndose la *fiducia*, que deberá ser expresa, (art. 2011 Code) como la operación por la cual una o varias personas denominadas constituyentes o fiduciantes, transfieren bienes muebles o

inmuebles, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, de derechos o de garantías, presentes o futuros, que constituirán el patrimonio fiduciario, a una o varias personas (fiduciarios) quienes, manteniéndolos separados de su propio patrimonio, actúan para lograr un determinado fin en beneficio de una o varias personas. La *Ordonnance* de 30 de enero de 2009, completó la regulación general con una regulación específica de la fiducia en *garantía*, dentro de la cual el art. 2018-2 *Code* (modificado en 2008) contemplaba la cesión de un crédito dentro de la fiducia en garantía, de forma que ésta transmite la titularidad del crédito al fiduciario-cesionario a cambio de que éste lo restituya al fiduciante-cedente una vez cumplida la deuda garantizada.

### 3. El *tertium genus* de los países de tradición germánica.

Y finalmente, un grupo intermedio, basado en la tradición germánica (Alemania<sup>23</sup>, Suiza o Austria) y que comprendería los países que, no obstante pertenecer a la órbita del sistema del *civil law*, presentan matices que facilitan su acercamiento a la órbita del ámbito anglosajón. En estos regímenes la admisión de los negocios abstractos permite un campo más amplio a la autonomía de la voluntad en materia de garantías. En este sentido, el empleo de la fiducia con fines de garantía resulta más fácil de admitir en un sistema que admita la transferencia abstracta (como ocurre en el derecho alemán), que en uno de corte causalista. La figura de la

---

<sup>23</sup> Sobre el esquema regulatorio de la prenda de créditos en el BGB alemán *vide* WESTERMANN, H., WESTERMAN, H.P., GURSKY, K., EICKMAN, D., *Derechos reales* VII, 7ª edición, 1998 (traducción Cañizares Laso, A., Miquel González, J.M., Rodríguez Tapia, J.M. y Rodríguez Rosado, B., 2005, Fundación cultural del Notariado, 2007).

cesión fiduciaria o de seguridad, aplicada a los créditos, permitió por vía de elaboración jurisprudencial y doctrinal, eludir el esquema estricto de la regulación de la prenda de créditos en los códigos, obviando de esta forma el requisito de la notificación al deudor del crédito dado en garantía, de forma que la cesión fiduciaria está reconocida como garantía mobiliaria independiente<sup>24</sup>. Tanto en Alemania como en Suiza el derecho consuetudinario ha consagrado la transferencia fiduciaria de la propiedad en garantía, llegando la práctica comercial y bancaria a admitir que dicha garantía se extienda de forma flotante a las mercaderías que sustituyen a las originariamente entregadas o incluso a los créditos o sumas de dinero ingresadas en el patrimonio del deudor como contrapartida de las mercaderías vendidas, cubriendo al propio tiempo todos los créditos que el deudor tiene con el acreedor garantizado. Es de destacar que en la transferencia fiduciaria de propiedad con fines de garantía el Tribunal Supremo Federal Alemán consagra el principio de conversión entendiendo que el derecho del propietario fiduciario se resuelve en caso de concurso del deudor en una preferencia para el cobro similar a las garantías prendaria o hipotecaria<sup>25</sup>.

### **III. DERECHO ESPAÑOL. POSICIONES DOCTRINALES EN TORNO A SU NATURALEZA JURÍDICA.**

---

<sup>24</sup> Vide entre otros SERICK, *Garantías mobiliarias en Derecho alemán* (traducción CARRASCO, A., Madrid, 1990).

<sup>25</sup> SERICK *opus cit.* *Garantías mobiliarias en Derecho alemán*, se refiere a este principio de conversión hablando de *un derecho transferido ilimitadamente pero con finalidad de garantía, que debe ser imputado al patrimonio del dador de la garantía, y por tanto confiere al adquirente sólo una legitimación de naturaleza similar a la que deriva de la prenda.*

Tal y como hemos anticipado anteriormente (*ut supra* Cap. 2º I.), la falta de una regulación expresa de la prenda de créditos en el Código civil español provocó dudas en la doctrina no sólo sobre su configuración jurídica sino sobre su misma admisibilidad, toda vez que del silencio del Código civil parecía deducirse una posición contraria a tal figura. Esta discusión doctrinal generó numerosas posiciones teóricas que, ya avanzamos, en ocasiones no tienen gran repercusión práctica, por cuanto sus divergencias son más aparentes que reales. Los puntos de partida son distintos, intentando explicar sobre todo cuál es el origen del derecho que tiene el acreedor garantizado, qué facultades tiene éste o mejor, cuál es el contenido de su derecho y qué efectos produce respecto del deudor “*pignorante*”, del deudor del crédito dado en garantía y respecto de terceros; y es precisamente en este último aspecto (extensión del derecho del acreedor pignoraticio y efectos respecto de terceros) donde la divergencia permite separar quienes lo consideran un mero derecho personal o quienes le atribuyen carácter o alcance real. Básicamente las posiciones doctrinales<sup>26</sup> pueden sintetizarse en tres tesis:

Las dos primeras parten de considerar que la llamada prenda de créditos no es tal sino una suerte de *cesión de créditos con causa de garantía*. Si bien hay que distinguir una *primera tesis* contraria a la posibilidad de que el crédito pudiera ser objeto de

---

<sup>26</sup> Una exposición detallada de las distintas posiciones doctrinales se puede encontrar en CRUZ MORENO, M., “La prenda de créditos”, *RCDI*, 618 (1993), págs. 1279 y ss.; y ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La prenda de créditos*, *CERC*, 1996, págs. 71 y ss. Las distintas posturas adoptadas por los autores españoles son en parte reflejo de las distintas posiciones adoptadas por el pandectismo alemán del siglo XIX y aparecen ya pergeñadas en CAPO BONNAFOUS, E., “Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos”, *RCDI* (1931), págs. 285 y ss.

garantía real, considerando que la *prenda* de créditos no cabía en nuestro derecho como tal garantía real, siendo una mera *cesión* con efectos no oponibles a terceros. Y una *segunda tesis* sustentada por aquellos que si bien configuran la *prenda de crédito* como una cesión con causa de garantía, entienden que participa de la oponibilidad a terceros y de la preferencia en el concurso propias de las garantías reales (con lo que en la práctica se asimila en cuanto a los efectos a la prenda como tal, difiriendo con la tercera tesis en cuestiones conceptuales de dogmática jurídica y en algunos aspectos sobre formalidades de constitución).

Y finalmente la *tercera tesis* que, por el contrario, considera la prenda de crédito como *una modalidad especial de prenda*<sup>27</sup>.

Por lo demás cabría hablar de un grupo de figuras cercanas, que más que explicar la naturaleza jurídica de la prenda de créditos, intenta en la práctica recurrir a otros negocios jurídicos con causa de garantía, obviando así los inconvenientes que puedan atribuirse a la figura objeto de estudio<sup>28</sup>. Vamos a exponer a

---

<sup>27</sup> ALEMANY EGUIDAZU, J., en “La prenda de créditos financieros diferenciales” *RDBB* núm. 91/Julio-Septiembre 2003, simplifica las posturas de la doctrina española en dos tesis básicas: a) la teoría de la prenda de créditos como cesión de créditos con causa de garantía (*cesio pignoris causa*), sin otorgar un derecho real al cesionario; y b) la teoría de la prenda de créditos como modalidad de prenda, con derecho real del acreedor pignoraticio. *Vide* igualmente AVILES GARCÍA, J., en “Concurrencia, oponibilidad y compensación el aprenda de créditos” *RDBB* núm. 96/Octubre-Diciembre 2004 págs. 217 y ss.

<sup>28</sup> En derecho comparado se han buscado alternativas a la prenda de créditos; así en el derecho alemán y suizo la cesión fiduciaria o cesión de seguridad a la que se le otorgan privilegios respecto a la cesión ordinaria, y en Francia e Italia la cesión de créditos condicionada resolutoriamente al cumplimiento de la obligación principal. Se recurre igualmente a figuras indirectas como la cesión de créditos *pro solvendo* en el momento en que se



continuación las distintas posiciones mantenidas a lo largo del tiempo por la doctrina español no sin advertir previamente que las modificaciones legislativas habidas en el presente siglo, modalizan, si no modifican, algunas de las manifestaciones realizadas por los distintos autores, como tendremos ocasión de examinar al tratar del derecho positivo español.<sup>29</sup>

1. Posturas que aproximan la figura a una suerte de *cesión de créditos*.

Fundamentalmente estas posturas parten de considerar que en la llamada prenda de créditos no nos encontramos ante la constitución de un derecho sobre el derecho de crédito entendiéndose que no cabe en general la constitución de un derecho sobre otro ni es admisible que un derecho real recaiga sobre otro de carácter personal.

Viene a rechazarse la posibilidad de los llamados *derechos sobre derechos*, afirmándose que los casos que parece contemplar nuestro Código civil (art. 475 CC respecto del usufructo de un crédito, art. 469 CC sobre usufructo de un derecho, art. 1874 CC,

---

constituye la obligación o antes del vencimiento de la deuda para cuyo pago se cede el crédito y el mandato irrevocable para el cobro en nombre del acreedor. *Vide* entre otros ALEMANY EGUIDAZU, J, *opus cit.* “La prenda de créditos financieros ...” *RDBB* pág. 72-73; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2ª Edición, 2008, t. II págs.. 262-265, 3ª Edición, 2015, t. II págs. 258-260.

<sup>29</sup> Nos referimos fundamentalmente a la Ley 22/2003 de 9 de julio, Concursal, Real Decreto-ley 5/2005 de 11 marzo de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública y la Ley 41/2007 de 7 de diciembre de reforma del mercado hipotecario que da nueva redacción al art 54 de la ley de Hipoteca mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión.

108 Ley Hipotecaria hipoteca sobre derechos reales enajenables, etc...) no implican realmente la existencia de derechos sobre derechos sino expresiones lingüísticas figuradas que encubren un fenómeno jurídico complejo<sup>30</sup>.

En este sentido, afirmaba DE CASTRO, F., *“La frase derechos sobre derechos es una denominación poco afortunada (...) en nuestro código, el usufructo de créditos toma la forma técnica de la constitución de un tipo de cotitularidad; a diferencia del usufructo real no se crea un nuevo derecho (derecho derivado) sino que los sujetos aparecen con atribuciones o titularidad limitada por la relación usufructuaria entre ellos existente (...) No hay necesidad de crear un derecho secundario sobre este derecho; pero en cambio, el mismo derecho de crédito se encuentra en una cierta relación de subordinación o dependencia respecto a la relación usufructuaria ya que esta determina la titularidad del crédito. El deudor no puede pagar más que al que está legitimado para el cobro por la relación usufructuaria.*

*La prenda de crédito no está reconocida, en general, por nuestro Derecho, seguramente para evitar las dificultades técnicas que produce, y regula sólo la prenda de valores (arts. 1864 y 1868 Cc, 320-324 C de C) por ser sus títulos susceptibles de posesión. La prenda de un simple crédito, en otros casos, podrá tener eficacia en el Derecho español, mediante el mecanismo de la cesión, comunicada al deudor (art 1527) que conste en instrumento público (art.1865 creando una legitimación útil en garantía, en*

---

<sup>30</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. I, vol.2, pág.41, Madrid, 1987.

*favor del acreedor prendario”*<sup>31</sup>.

Además se viene a considerar que el derecho de crédito como tal no reúne cualidades para ser objeto de prenda, negándole por su incorporeidad el ser susceptible de posesión (recordemos que el art. 1864 Cc preceptúa que “*Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptible de posesión*”). Afirman autores como GIL RODRIGUEZ<sup>32</sup> que el art. 1864 no sólo limita la garantía prendaria a las cosas muebles, sino que exige cumulativamente que sean susceptibles de posesión; posibilidad que entienden como posesión propia y efectiva a la que se supedita el surgimiento (arts. 1862 y 1863 CC) y efectividad del derecho de prenda. En este sentido, afirma ARANDA RODRIGUEZ que la posesión en la prenda supone aprehensión material de la cosa de manera continuada por el acreedor pignoraticio. Tal posesión cumple las funciones de legitimación y protección interdictal y tal forma de posesión no cabría en un derecho de crédito<sup>33</sup>. La posesión, así entendida, juega para ARANDA en el derecho de prenda las siguientes funciones:

---

<sup>31</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *Derecho civil de España*, t. I, págs. 666 y ss., reimpresión de la obra original, Cizur Menor, 2008. Igual rechazo a la tesis general sobre derechos sobre derechos cabe encontrar en BELTRAN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J., (“El usufructo sobre usufructo en la legislación española (Teoría negativa), *RDP*, XXI, 1941), VALLET DE GOYTISOLO, J.B., (*Hipoteca del derecho arrendaticio*, Madrid, 1951) o LACRUZ BERDEJO, J.L., (*Elementos de Derecho Civil I*, Barcelona, 1984), entre otros.

<sup>32</sup> GIL RODRÍGUEZ, J., “La Prenda de derechos de crédito” en *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, (Coord. Ubaldo Nieto y Muñoz Cervera) t. II vol.1 págs. 350 y ss., Madrid, 1996. En similar sentido BARBA DE LA VEGA, J.D., “Garantías reales en operaciones de apertura de crédito bancario” (Comentario a la STS de 27 de diciembre de 1985), *CCJC*, nº 10, 1986, págs. 3363 y ss.

<sup>33</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.*, pág. 85.

1.- *Es requisito constitutivo de la prenda*, entendiéndose que en la regulación que de la prenda hace el Código civil, ésta se configura como un contrato real para cuya perfección y eficacia se requiere la entrega de la cosa al acreedor o aun tercero sin que baste el mero consentimiento. Así lo deduce además del art. 1862 que establece que la promesa de prenda e hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes.

2.- *Cumple una función de garantía*, por cuanto es una forma de evitar la libre disponibilidad o la destrucción de la prenda por parte del pignorante. Se trata de una posesión natural en nombre del pignorante (art 432 CC); en tal sentido los derechos y obligaciones del acreedor pignoraticio quedan condicionados por la obligación de conservar la cosa en el estado en que se encuentre y realizar los gastos necesarios para ello (arts. 1867 y 1868 CC), la prohibición de usar y disponer de ella (arts. 1870 y 1859 CC ), el derecho de retención que se reconoce hasta el cumplimiento de la obligación (art.1866 CC)...

3.- *Es condición para el surgimiento y subsistencia* de la condición de crédito privilegiado en casos de ejecución.

4.- Y finalmente, la posesión es *una forma de publicidad* que cumpliría respecto de la prenda la función de la inscripción en las hipotecas; la posesión de la cosa mueble en manos del acreedor pignoraticio crea una forma de apariencia que implicaría una función de legitimación respecto del acreedor pignoraticio.

#### A) *Carácter de la cesión de créditos en derecho español.*

Sobre esta base y con diversos matices este primer grupo de teorías consideran que en la llamada *prenda de créditos* lo que

hay es una cesión limitada de facultades del derecho de crédito que origina una titularidad concurrente respecto del crédito dado en garantía, sin que pueda existir una transmisión completa del crédito por cuanto la causa de garantía impide la transmisión plena del mismo <sup>34</sup>. Pero ha de plantearse como cuestión previa cuál es la naturaleza de la cesión de créditos en nuestro derecho.

La naturaleza jurídica de la cesión de créditos ha dado lugar a distintas posturas doctrinales y jurisprudenciales. En un primer término se puede partir de considerar a la cesión de créditos como el negocio jurídico celebrado por el acreedor cedente con otra persona, cesionario, con la finalidad de producir la transmisión de la titularidad del crédito de uno a otro. Ocurre sin embargo que nuestro Código civil incluyó la regulación de la cesión de créditos en los arts. 1526 y ss. bajo el epígrafe “de la transmisión de créditos y demás derechos incorporales” y dentro del Tit. IV dedicado a la compraventa, lo cual merece ya de entrada una doble crítica: de un lado, porque como señalaba CASTÁN<sup>35</sup>, hablar de derechos incorporales es una redundancia, pues todos los derechos lo son y la expresión transmisión de derechos en sentido genérico es un concepto demasiado amplio en el que cabrían no sólo la cesión de créditos sino la de derechos reales o derechos hereditarios que son entre sí figuras profundamente heterogéneas; y de otro porque, al regular la cesión de créditos como una parte dentro del título dedicado a la compraventa, parece dar a entender que la cesión de créditos es siempre una venta de créditos cuando ello no

---

<sup>34</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.*, págs. 121 y ss.

<sup>35</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. 3, págs. 338 y ss., Madrid, 1988.

tiene porqué ser así.

Partiendo de la base de que la cesión de créditos supone una transmisión de crédito, esto es, una enajenación, realizada por actos inter vivos, la naturaleza jurídica de tal cesión ha sido explicada por la doctrina de diversas maneras:

a) La cesión de crédito como acto de disposición.

Por paralelismo con lo que nuestro Derecho determina en materia de transmisión del dominio y derechos reales, donde rige el sistema del título y modo (art. 609 Cc), esto es, un previo acuerdo causal que determine la transmisión y un momento traslativo, algunos autores llegaron a pensar en la cesión de créditos como el ejemplo paralelo en materia de transmisión de créditos que la *traditio* cumple en sede de propiedad y derechos reales.

Desde este punto de vista algunos trataron de ver en la cesión de créditos un contrato unitario y autónomo de cesión de créditos sobre la idea apuntada de que tal cesión venía a cumplir respecto de los contratos obligatorios que tienen los créditos como objeto la misma función que cumple la *traditio* respecto de los contratos obligatorios que tienen por objeto cosas corporales<sup>36</sup>.

Esta idea sin embargo encuentra oposición en la mayoría de los autores<sup>37</sup> españoles argumentando que de igual manera que

---

<sup>36</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., GARCÍA CANTERO, G., *Derecho civil*, t. III, pág. 38.

<sup>37</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión (...)”, *opus cit.*, pág. 1037; ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La prenda (...)*, *opus cit.*, pág. 118.

no existe la tradición como negocio especial y autónomo para la transmisión de los derechos reales tampoco existe tal tipo de contratos para la transmisión de créditos o derechos de obligaciones, afirmándose que en nuestro Código acuerdo y traslación se encuentran en el negocio de cesión indisolublemente unidos<sup>38</sup>.

b) La cesión de crédito como negocio abstracto.

Algún autor<sup>39</sup> ha tratado de sostener para el derecho español la posibilidad de conceptuar la cesión como negocio dispositivo abstracto basándose como argumentos base en el art. 1277 CC que permite la inexistencia de causa, el principio de la autonomía de la voluntad consagrado *in genere* en el art. 1255 CC o en el art. 1091 CC, que al hablar de “cualquier otra causa justa” parece dar a entender que el reconocimiento de una deuda no debida podría estar en una causa que no tendría que ser civil.

La mayoría de nuestra doctrina, sin embargo, afirma sin ambages que el sistema de transmisiones patrimoniales inter vivos en el ordenamiento jurídico español, tanto se trate de derechos reales como de derechos de crédito, está regido por el dogma de la causalidad<sup>40</sup>.

---

<sup>38</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos (...), opus cit.*, pág. 971.

<sup>39</sup> Vide NUÑEZ LAGOS, R., *El enriquecimiento sin causa*, Madrid-Reus, 1934.

<sup>40</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, Madrid, reimpresión 1991, quien tras rechazar la conceptualización de los negocios abstractos en nuestro derecho civil señala que los pronunciamientos jurisprudenciales que aparecen admitir la abstracción en nuestro derecho obedecen a la confusión entre los negocios abstractos, definidos y tipificados en

Puede que la cesión no recoja de manera explícita la causa, pero ello a lo que conducirá es a presumir con arreglo al art. 1277 CC que existe y es lícita, y una vez conocida la causa producirá todos sus efectos sobre el negocio de cesión, de manera que una cesión gratuita deberá cumplir los requisitos de los arts. 632 y 633 y estará sometida a los límites de la oficiosidad del art. 636, y una cesión por causa de venta estaría por ejemplo sometida a las prohibiciones del art. 1459 CC<sup>41</sup>.

c) La cesión de crédito como efecto de otros contratos principales.

La diversidad en cuanto a las posibles causas de la cesión ha hecho que se sostenga que la cesión de créditos no es un tipo particular de negocio jurídico, sino un marco o acuerdo genérico dirigido a producir la transmisión del derecho de crédito, que no sería sino la consecuencia de una serie de contratos que buscan como efecto esa transmisión.

En este sentido, se argumenta que el derecho de crédito en

---

el Derecho alemán y la llamada abstracción procesal de los sistemas latinos (págs. 296 y ss.); ROCA SASTRE, R.M. y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. II págs. 104 y ss.; PANTALEÓN PRIETO, F., “La cesión (...)”, *opus cit.*, pág. 1037; ARANDA RODRÍGUEZ, R., en *La prenda (...) opus cit.* pág. 114 resume los contraargumentos contrarios a la admisibilidad del negocio y por ende, la cesión abstractos: Lo que establece el art. 1277 CC es una abstracción procesal que provoca la inversión de la carga de la prueba hacia el deudor; la causa es un tema abstraído de la voluntad de las partes luego no puede argumentarse a favor de su admisibilidad la autonomía de la voluntad consagrada como principio general en el art. 1255 CC; el 1091 CC referido a la causa de la atribución patrimonial lo que regula es el problema de la prueba del error; finalmente el art. 1261.3º CC recoge como elemento esencial del contrato la causa, sin la cual no existe, lo que refuerza el art. 1275 CC que establece la nulidad radical del contrato sin causa o con causa ilícita.

<sup>41</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *opus cit.*, pág. 971.



cuanto bien patrimonial puede transmitirse por cualquier negocio típico o atípico admitido por nuestro ordenamiento jurídico. Lo que hace nuestro Código civil en los artículos 1526 y ss. es, según los mantenedores de esta tesis, en atención a la especialidad del objeto de la figura que nos ocupa, recoger las características especiales a observar en el negocio jurídico que busque como efecto la transmisión del crédito.

d) La cesión de créditos como categoría contractual.

La construcción anterior tiene el inconveniente de dar una visión fragmentada de la cesión de créditos que no resulta conveniente desde el punto de vista didáctico, ni desde el metodológico que aconsejan una construcción de carácter unitario.

Ocurre sin embargo que, como indica PANTALEÓN PRIETO<sup>42</sup>, la única forma posible de configurar la cesión de créditos como un tipo contractual unitario y autónomo en el seno de un ordenamiento causalista como el nuestro es acudir a la categoría de los negocios o contratos que DE CASTRO<sup>43</sup> denomina con causa plural, variable, fungible o genérica. Desde esta perspectiva, la causa del contrato de cesión consistiría en un elemento constante (la función de transferencia del derecho de

---

<sup>42</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión de créditos” en *opus cit.*, pág. 1038.

<sup>43</sup> DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, pág. 291, Madrid, reimpresión 1991: “Hay negocios que, para tipificarlos legalmente, no se ha tenido en cuenta la naturaleza de su causa, sino ante todo su estructura (...) Así ha ocurrido con algunos negocios concebidos originariamente como gratuitos (mandato, mutuo, depósito, fianza) al permitirse que puedan ser onerosos sin por ello cambiar su nombre ni su tipo...”.

crédito), pero insuficiente por sí solo, y que debe ser integrado por un elemento variable cual es la específica función o finalidad a la que en cada caso la transmisión del crédito responda<sup>44</sup>.

En definitiva la cesión de créditos puede contemplarse desde la doble perspectiva de acto y efecto. Señala ARANDA RODRÍGUEZ<sup>45</sup> que la cesión no puede ser sólo un efecto, por cuanto, la transmisión del derecho de crédito es únicamente el efecto esencial y principal de la cesión, pero que existen otra serie de efectos como la transmisión de derechos accesorios (art. 1528) o la posible responsabilidad del cedente frente al cesionario (arts. 1529 y 1530). Los artículos del Código civil hacen referencia a los efectos jurídicos que la cesión de créditos produce entre partes (arts. 1528 a 1530), frente a terceros (art.1526) y frente al deudor (art. 1527); pero esta previsión de efectos jurídicos *ex voluntate* presupone que deriven de un acto jurídico. En definitiva sostiene esta autora que la cesión de créditos es una categoría de contratos con diferentes causas pero unidas por un elemento común: el derecho de crédito, pero sin llegar a admitir la teoría de la cesión del contrato con causa variable, sino que en la cesión, la causa y el objeto se superponen y provocan una serie de especialidades sobre los contratos típicos.

#### B) *Teorías sobre la naturaleza jurídica de la prenda de*

---

<sup>44</sup> No obstante, el mismo autor, afirma su convencimiento de que entre una y otra posición no hay consecuencia práctica alguna y que si trata de la cesión de créditos como contrato unitario y autónomo es más por una razón de comodidad expositiva que por convencimiento. PANTALEÓN PRIETO, F., "Cesión de créditos" en *opus cit.*, pág. 1038.

<sup>45</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.*, pág. 120-121.

*créditos como cesión en garantía.*

Sobre esta base las principales teorías que han intentado explicar la naturaleza de la *prenda de créditos* como una suerte de cesión en garantía serían las siguientes:

a) Teoría de la sucesión constitutiva.

A través de esta teoría se intenta explicar el derecho que tiene el acreedor garantizado como el resultado del “desgaje” de las facultades del derecho de crédito dado en garantía, por lo que ambos derechos, el nuevo y el principal del que procede tendrían la misma naturaleza (ambos serían derechos de crédito) e idéntico objeto, si bien respecto al contenido, sería más restringido el del derecho nuevo que el del principal o base del que deriva.

Esta teoría se basa en el autor alemán BEKKER<sup>46</sup>, quien, al aproximarse al concepto de derechos sobre derechos, lo explica como una forma de sucesión constitutiva que produce la aparición de un derecho filial sobre el mismo objeto del derecho matriz o madre; es pues una forma de transmisión del derecho, de adquisición derivativo-constitutiva y no traslativa.

Este autor alemán, sin embargo, sólo considera posible la prenda de créditos en los supuestos de crédito consistente en una

---

<sup>46</sup> BEKKER, *System das heutigen Pandekten* I Weimar 1889. Vide la exposición de esta teoría en CAPO BONNAFOUS, E., “Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos”, *RCDI*, 1931, págs. 283 y ss., CRUZ MORENO, M., “La prenda de créditos”, *RCDI*, 618, 1993, págs. 1279 y ss. y ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La prenda de créditos*, Madrid, 1996 págs. 79 y ss.; autores de los que tomamos la cita.

cantidad de dinero, y en cualquier caso entiende que la *prenda de créditos* no es propiamente derecho real de prenda ni cesión, aproximándose a la primera por su finalidad y por no perder el *pignorante* la titularidad del derecho, y a la segunda por cuanto en su origen existe un contrato de cesión.

En nuestra doctrina cabe citar en este sentido a LACRUZ BERDEJO, quien en sede general y al tratar de los objetos sobre los que pueda recaer un derecho subjetivo, recoge la posibilidad de que lo sea no sólo una cosa o prestación, sino también un derecho que a su vez recaiga sobre cosas o prestaciones; serían los llamados *derechos sobre derechos* “*cuya posibilidad conceptual ha discutido la doctrina en los casos típicos del usufructo y prenda de créditos (cfr. Arts. 507 y 1.868 Cc; también art. 107 Lh para la hipoteca de derechos), negándola, (...) se trata, no de un derecho sobre otro, sino de desmembramiento; de transmisiones limitadas de un derecho en virtud de sucesión constitutiva (...)*”; para LACRUZ BERDEJO la prenda de un derecho de obligación no es un derecho real, siendo su efecto una distribución de competencias y facultades entre el titular del derecho de prenda sobre el crédito y el acreedor de éste “*pero sin los caracteres de intermediación a la cosa, preferencia y oponibilidad erga omnes propios del derecho real*”<sup>47</sup>.

Por su parte, PANTALEÓN PRIETO<sup>48</sup>, partiendo de la

---

<sup>47</sup> LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNÁNDEZ, F., *Elementos de Derecho Civil* t. I, vol. 3º, pág. 94.

<sup>48</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión de créditos”, *ADC*, 1988, pág. 1043; en su argumentación cita a LARENZ para quien “*la mejor forma de comprender los derechos sobre derechos es ver en ellos desdoblamientos del derecho básico, independizados y transmitidos al titular, de tal modo que las facultades que este derecho confiere están distribuidas en determinada forma*”

tesis dominante en materia de derechos sobre derechos, entiende que “*se producirá un desgajamiento y transmisión al cesionario de determinadas facultades integrantes del crédito cedido cuyo contenido quedará distribuido entre cedente y cesionario (...) No tendrá lugar una sucesión ordinaria en el crédito, sino una, así llamada, sucesión constitutiva*”. Sobre la base del no reconocimiento expreso de la prenda de créditos en nuestro CC, entiende que su régimen debe extraerse, por analogía, de las normas relativas a la cesión de créditos y a la prenda, si bien afirmando que “*respecto del crédito pignorado, se crea una especial cotitularidad entre el acreedor pignoraticio y el del crédito dado en prenda*”.

b) *Teoría de la cesión de créditos cooptativa.*

Esta teoría considera la *prenda de créditos* como una cesión cooptativa, produciéndose a favor del acreedor pignoraticio un derecho de igual carácter y contenido del que tiene el pignorante, pero limitado en su duración y cuyo ejercicio se verifica una vez vencida la deuda pignorada. El pignorante conserva su derecho formándose una solidaridad de acreedores frente al deudor cedido.

El origen de esta construcción cabe encontrarlo en el autor

---

*entre el titular del derecho básico y el del derecho fundado en aquel. De ello resulta que los derechos sobre derechos poseen en cada caso la misma estructura que el derecho en que se fundan: tienen carácter análogo al crédito cuando el derecho privado es de crédito y son semejantes a los derechos reales cuando el derecho gravado tiene carácter real*”.

alemán HELLWIG<sup>49</sup>. Su consecuencia es considerar que se está produciendo una transmisión del crédito pero sin extinguir las facultades del acreedor pignorante.

c) *Teoría de la cesión limitada con finalidad de garantía.*

Parte, de forma similar a las teorías antes recogidas, de negar el carácter real de la prenda de créditos, entendiéndose que, cuando se pretende constituir una *prenda* sobre un crédito, lo que se está haciendo en realidad es ceder el crédito con fines de garantía. Dentro de la doctrina alemana se defendió por DERNBURG<sup>50</sup>. Este autor parte de negar el carácter real de la prenda de créditos y en general de la teoría de derechos sobre derechos, entendiendo la prenda de créditos, al igual que usufructo de créditos, como una cesión de créditos limitada, dado que el acreedor pignoraticio no puede tener más derecho del que tiene su deudor y que no es otro que pedir el cumplimiento de la obligación al deudor cedido. En realidad tiene en común con la idea de la cesión cooptativa la afirmación de que las facultades del acreedor pignorante no desaparecen pues sus derechos continúan existiendo aun limitados por los del acreedor pignoraticio.

En general, aunque el alcance de las teorías expuestas no

---

<sup>49</sup> HELLWIG, *Die Verpfändung und Pfändung von Forderungen nach gemeinen Recht*, Leipzig, 1883. Vide la exposición de esta teoría en ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La prenda de créditos*, Madrid, 1996, págs. 49 y ss.; autora de la que tomamos la cita.

<sup>50</sup> DERNBURG, *Pandekten I*, Berlín, 1900. Vide la exposición de esta teoría en CAPO BONNAFOUS, E., “Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos”, *RCDI*, 1931, págs.. 288 y ss., y ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La prenda de créditos*, Madrid, 1996, págs. 71 y ss.; autores de los que tomamos la cita.

es igual, estas posiciones vienen a considerar la llamada *prenda de créditos* como una cesión limitada del derecho de crédito que origina una suerte de titularidad concurrente (si bien para las teorías de la cesión limitada y cesión cooptativa se produce un supuesto de cotitularidad sobre el derecho de crédito, en la teoría de la sucesión constitutiva se crea un derecho nuevo en favor del acreedor pignoraticio-cesionario sobre el mismo objeto que el del derecho del cedente-pignorante), y en cualquier caso con una finalidad de garantía.

Dentro de la doctrina española señala ARANDA RODRÍGUEZ<sup>51</sup> que la prenda de créditos es una cesión limitada del derecho de crédito porque el fin perseguido por las partes es asegurar al acreedor pignoraticio-cesionario el cumplimiento de la obligación del deudor afectando especialmente el derecho de crédito que éste ostenta frente a un tercero. El cedente no transmite la titularidad del derecho al acreedor pignoraticio-cesionario sino únicamente una serie de facultades que le permiten actuar sobre el tercero-deudor; en definitiva dice la autora citada es una cesión de ciertas facultades del derecho de crédito porque los derechos de crédito no son un todo único, sino que como todo derecho subjetivo está compuesto por una serie de facultades que se pueden desmembrar. Puntualiza<sup>52</sup> que no se trata de una transmisión del crédito ni total ni parcial, porque ello lo impide la causa de garantía que preside la cesión; el pignorante-cedente sigue conservando su titularidad íntegra, aunque sus facultades estén limitadas por las que ha transmitido al acreedor pignoraticio-cesionario. De ahí que

---

<sup>51</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.*, pág.123 y ss.

<sup>52</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.*, pág.121.

se hable de cotitularidad de ciertas facultades o de facultades compartidas en vez de cotitularidad sin más.

En definitiva, todas estas teorías pueden resumirse en la idea de que para todas ellas en la llamada *prenda de créditos* lo que hay es una cesión de créditos particularizada por su causa de garantía. Ello no obstante, el alcance dado al derecho del acreedor garantizado por los que defienden la no asimilación de la *prenda de créditos* con la *prenda ordinaria* es dispar sobre todo atendiendo a los requisitos en cuanto a su constitución y efectos.

Así, en un extremo, autores como GIL RODRÍGUEZ<sup>53</sup>, defienden que la *prenda de créditos* es una figura no reconocida por nuestro Código civil por lo que no puede ir más allá que la de constituir una garantía convencional y atípica. En consecuencia:

1.- Se debe abordar el régimen jurídico de la *prenda de créditos* teniendo en cuenta en primer término las estipulaciones concretas que las partes hayan podido convenir y que en casos extremos pueden llegar a configurar la garantía bajo el esquema de una transmisión fiduciaria o solutoria.

2.- En cuanto al mecanismo de constitución debe perfilarse sobre el esquema de la cesión del crédito en el que el efecto traslativo se genera en virtud del contrato, por lo que en la llamada *prenda de créditos* (que para el autor no es tal *prenda*) quedará constituida también *solo consensu*; de esta manera cualquier otra actuación no tendrá otro sentido que ser cumplimiento de obligaciones contractuales de los interesados. Así

---

<sup>53</sup> GIL RODRÍGUEZ, J., “La Prenda de derechos de crédito” en *opus cit.*; BARBA DE LA VEGA, *opus cit.* “Comentario...”



por ejemplo la notificación de la prenda al deudor no tendría otro sentido que evitar el riesgo de que el deudor por desconocer la pignoración se libere por el pago al acreedor pignorante (arts. 1164 y 1527 CC) y la formalización de la *prenda de créditos* en instrumento público no tendría otro objeto aparte de la norma general del art. 1279 CC que la que la convención de garantía pudiera oponerse a terceros (arts. 1526 párrafo 1º y 1865 CC).

3.- Finalmente, en cuanto a la posible preferencia del acreedor *pignoraticio*, GIL RODRÍGUEZ partiendo de los principios de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC) y de la *par conditio creditorum*, y de la idea expuesta de que la garantía en estudio no puede ir más allá de constituir una garantía convencional y atípica, consideró que la *pignoración* de un simple crédito aun constando en documento público no llenaba las exigencias del privilegio especial *pignoraticio* sino a lo más la preferencia general del quirografario (punto éste que hoy no es mantenible dado el reconocimiento que luego veremos del privilegio de la prenda de créditos en el art. 90.2 de la Ley Concursal).

Por otra parte, ARANDA RODRÍGUEZ<sup>54</sup>, entiende que la *prenda de créditos* en el Derecho español se configura como una cesión de créditos con causa de garantía o cesión limitada, si bien se separa de la postura anterior en orden a sus efectos:

1.- Si bien el Código civil español no regula expresamente la prenda de créditos, ello no es obstáculo para admitir la figura en

---

<sup>54</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.* y en “La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual”, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, (dir. Miquel González, J.M.), Las Rozas, 2013.

el Derecho civil común español, no como una prenda ordinaria, sino como una cesión limitada del crédito que origina una titularidad concurrente. Su régimen jurídico se construiría en base a los arts. 1526 y ss. del Código civil modalizado por determinados preceptos de la prenda ordinaria dada la finalidad de garantía de la cesión.

2.- Dado que no es una verdadera prenda por la no susceptibilidad de posesión de los derechos de crédito no incorporados a un título material, la notificación al deudor cedido no es requisito constitutivo de la prenda, sino requisito de eficacia por la que el cedido queda vinculado con el cesionario sin perder completamente la vinculación con el cedente. Al contrario, entre la aplicación del art. 1526 o del 1865 CC, la autora se inclina por éste último como requisito de oponibilidad respecto de acreedores del pignorante y sucesivos cesionarios.

3.- El derecho del acreedor-cesionario no es un mero derecho personal. Es realmente un derecho personal con efectos reales siguiendo la idea de CANARIS<sup>55</sup> de que el derecho obligatorio real es una figura intermedia entre los derechos puramente personales y los derechos propiamente reales pues comparte características de uno y otro. No lo consideran un derecho real propio porque falta la nota esencial de la inmediatividad, pero se entiende que el derecho del acreedor pignoraticio-cesionario es un derecho distinto del crédito cuya titularidad ostenta el cedente, es un derecho personal con eficacia real que tiene una fuerza mayor que el derecho del deudor-cedente porque no es un mero derecho personal, sino una carga que limita

---

<sup>55</sup> Vide la argumentación y cita de este autor alemán en ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.*, págs. 122 y ss.

el poder de aquel<sup>56</sup>. Por tanto, en caso de concurso del pignorante el acreedor-cesionario goza de los derechos de abstención y de ejecución separada que tienen un acreedor pignoraticio ordinario, pues su situación jurídica es semejante; y en caso de embargo del crédito pignorado por un tercero tendrá una tercería de mejor derecho permitiéndole si la fecha de su título es anterior a la fecha del embargo cobrar con preferencia.

Finalmente es destacable la posición de PANTALEÓN PRIETO<sup>57</sup>. No admite la prenda de créditos como extensión de la prenda ordinaria porque no está contemplada en el articulado del Código civil y además porque los derechos de crédito no son susceptibles de posesión; tampoco admite la posibilidad de prenda atípica por especialidad del objeto sobre el recae:

1.- Así pues, partiendo del no reconocimiento expreso de la prenda de créditos en nuestro CC, considera que su régimen debe extraerse, por analogía, de las normas relativas a la cesión de créditos y a la prenda, pero sobre la base de que *“respecto del crédito pignorado, se crea una especial cotitularidad entre el acreedor pignoraticio y el del crédito dado en prenda”*. Con prevalencia, en todo caso, de los preceptos relativos a la cesión de créditos.

2.- No considera la notificación requisito constitutivo de eficacia argumentando que si en base al art. 1527 CC la notificación en la cesión, no es requisito constitutivo de eficacia, ni *inter partes* ni *inter tertios*, la notificación al deudor de la

---

<sup>56</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.*, págs. 124 y ss.

<sup>57</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión de créditos”, *ADC*, 1988; “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal” en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998.

pignoración del crédito existente contra él no es requisito de eficacia de la prenda, ni inter partes ni frente a terceros, deudor incluido, sin perjuicio de la liberación del deudor si paga al acreedor aparente por aplicación del propio precepto indicado. De igual manera, en el dilema por aplicar el art. 1526 CC, en sede de cesión, o el art. 1865 CC, en sede de prenda, se inclina por el art. 1526, de manera que bastaría un documento privado con fecha cierta para que la prenda de crédito sea oponible al deudor y resto de acreedores.

3.- Y entiende que el acreedor *pignoraticio* tiene una posición privilegiada y así dispone: de preferencia para el cobro, en caso de embargo de otro acreedor puede hacer valer esta preferencia a través de la tercería de dominio y en caso de concurso del deudor tiene a su favor el derecho de separación, la *separatio ex iure domini*.

2. Posturas que consideran la “*prenda de créditos*” como verdadero derecho de prenda.

Frente a las posiciones anteriores, otro sector doctrinal ha venido reivindicando la posibilidad de la prenda de crédito como propio derecho de garantía de carácter real. Los argumentos generales utilizados son los siguientes:

1.- Argumentos de tipo histórico, por cuanto la prenda de créditos fue admitida en el Derecho Romano, se recogió también esta figura en Las Partidas, y la admitía nuestra tradición jurídica hasta el proyecto de Código isabelino,

2.- Aunque el Código civil no recoja expresamente la posibilidad, artículos como el 1868 parecen admitirla

implícitamente cuando habla de que la cosa pignorada produzca intereses, precepto que sólo tendría sentido si la cosa pignorada fuese un derecho de crédito.

3.- Que el régimen jurídico de la prenda sólo exige la indisponibilidad de los bienes dados en prenda y su realización en garantía del acreedor, requisitos que son admisibles en la prenda de créditos mediante mecanismos equivalentes.

Vimos que el requisito de la posesión en la prenda y la imposibilidad de aprehensión material de los derechos de crédito era uno de los argumentos esgrimidos por los autores que negaban la posibilidad de la prenda de créditos en nuestro derecho.

Se ha querido defender la posibilidad de la posesión respecto de los derechos de crédito acudiendo al concepto de *cuasi-posesión* que vendría a recoger nuestro Código civil tal y como se reguló en la época del Derecho común, y equiparando tal concepto con la *cuasi-tradición* de las cosas incorpóreas referida en el art. 1464 CC (*Respecto de los bienes incorpóreas, regirá lo dispuesto en el párrafo segundo del art. 1462 CC...*) en relación con el 1462 CC párrafo segundo (*Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario*). Pero además los arts. 430, 431, 432 y 438 CC hablan expresamente de posesión de derechos (430: *Posesión natural es la tenencia de una cosa o el disfrute de un derecho por una persona. Posesión civil es esa misma tenencia o disfrute unidos a la intención de haber la cosa o derecho como suyos*; 431: *La posesión se ejerce en las cosas o en los derechos*

*por la misma persona que los tiene o disfruta, o por otra en su nombre; 432: La posesión en los bienes y derechos puede tenerse en uno de dos conceptos: o en el de dueño, o en el de tenedor de la cosa o derecho para conservarlos o disfrutarlos, perteneciendo el dominio a otra persona; 438: La posesión se adquiere por la ocupación material de la cosa o derecho poseído, o por el hecho de quedar estos sujetos a la acción de nuestra voluntad, o por los actos propios y formalidades legales establecidas para adquirir tal derecho).* Aunque lo cierto es que la interpretación de estos precepto dista con mucho de ser unánimemente favorable a la posesión sobre derechos<sup>58</sup>.

Desde otra perspectiva, lo que se defiende no es tanto la posesión sobre el derecho sino la interpretación de que con el requisito del desplazamiento posesorio lo que pretende el CC es atribuir al acreedor pignoraticio el poder en que el derecho consiste con la posibilidad de conservar la garantía y en su caso proceder a su ejecución, de forma que en el caso de la prenda de crédito produciría los efectos de la posesión, la notificación al deudor y la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito objeto de la prenda<sup>59</sup>.

---

<sup>58</sup> En contra ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.* *La prenda ...* págs. 85 y ss.; a favor CORTIÑAS RODRIGUEZ ARANGO, C., “La prenda y otras formas de garantía“, en VVAA, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. II, Volumen 3º Reales, tema 9, CGN, Madrid, 2003, pág. 74.

<sup>59</sup> Sentencias del TS de 26 de septiembre de 2002 (LA LEY 7810/2002) y 3 de febrero de 2009 (LA LEY 1901/2009) “*La prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignoraticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de la prenda sobre un derecho de crédito se producen los mismos efectos de la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda.*”

En definitiva que en la prenda de créditos no se persigue la finalidad propia de la cesión de créditos consistente en la transmisión de la titularidad del mismo sino simplemente constituir un derecho real de garantía sujeto a la normativa del Código civil de los artículos 1863 y ss. y no a los preceptos reguladores de la cesión de créditos de los artículos 1526 y ss.

Partiendo de todas o algunas de estas premisas, la doctrina intenta configurar la *prenda de créditos* de diversas maneras. Así, a fin de soslayar alguno de los inconvenientes apuntados por los teorizantes de la idea de la cesión de créditos, se llegó a afirmar que el objeto de la *prenda de créditos* no es el derecho de crédito mismo sino el objeto de dicho crédito y dado que éste no está todavía en el patrimonio del pignorante, lo que se constituye es un derecho eventual de prenda que se hará pleno cuando el pignorante devenga en propietario por realización del crédito u otro modo. A fin de asegurar la posición del acreedor pignoraticio se le concedería un *ius exigendi* del crédito, pero no por ser pactada dentro de un negocio de cesión, sino como efecto normal del negocio jurídico de prenda.

Otros autores han defendido la posibilidad de la prenda de créditos en derecho español como tipo de derecho sobre derecho. En este sentido se manifestaron a principios del pasado siglo ROSENDE HONRUBIA<sup>60</sup> y CAPO BONAFIOUS<sup>61</sup>. Este último consideraba que la existencia de derechos sobre derechos, en

---

<sup>60</sup> ROSENDE HONRUBIA, M, “La prenda de créditos”, *RCDI*, núm. 32, agosto de 1927, págs. 562 y ss.

<sup>61</sup> CAPO BONNAFOUS, E., *opus cit.*, pág. 286.

sentido técnico, y de derechos reales sobre derechos y, por tanto, sobre créditos parecía un hecho indiscutible no sólo en la realidad, sino en el pensamiento teórico.

Se argumenta que los derechos que tienen un contenido patrimonial representan un valor efectivo, lo cual, unido a la transmisibilidad reconocida de los mismos, sobre la base del valor que tal derecho subjetivo tenga en el patrimonio del titular adquiere el llamado valor de cambio, esto es, la posibilidad de obtener, mediante su enajenación su correspondiente valor económico mediante un negocio jurídico a título oneroso; si a este argumento se añade la posibilidad de enajenar tal derecho subjetivo a título gratuito, no ven razón para que su titular pueda constituir sobre él una relación de derecho real.

Más recientemente CRUZ MORENO<sup>62</sup> admite la prenda de créditos como tal derecho de prenda partiendo de la admisión de la tesis de los derechos sobre derechos. Opina esta autora que el derecho comparado presenta numerosos ejemplos de derechos sobre derechos, regulándose en concreto la prenda de créditos con lo que queda patente la posibilidad teórica de esta figura. En los artículos 469 y 507 de nuestro Código civil se regulan expresamente los supuestos de usufructo de derechos y de créditos respectivamente, lo cual demuestra que no sólo los derechos sobre derechos son posible teóricamente sino que tal posibilidad viene reconocida en nuestro Derecho positivo.

---

<sup>62</sup> CRUZ MORENO, M, “La prenda de créditos”, *RCDI*, núm. 618, 1993, págs. 1271 y ss.



Partiendo de esta posibilidad se destaca que los derechos de crédito con contenido patrimonial tienen un valor intrínseco y de cambio, que puede considerarse objetivamente a fin de poder traficar con ellos de manera que no habría mayor dificultad teórica en admitir la transmisión de un derecho de crédito que en admitir la constitución de un derecho de carácter limitado sobre él.

Los caracteres definatorios de la naturaleza jurídica de la prenda de créditos como tal serían para CRUZ MORENO los siguientes:

1.- El derecho de prenda tiende a la obtención de un valor sobre el que satisfacer el crédito garantizado. Por tanto el primer requisito que ha de cumplir el objeto pignorado es el de tener un valor patrimonial y el de que sea realizable mediante enajenación; como el derecho de prenda tiende a la obtención de un valor, en principio, pueden ser objeto de la misma todos los bienes que lo tengan, tanto si son cosas corporales como si son derechos. Además de tener un valor patrimonial y ser enajenable ha de ser susceptible de sujeción real, es decir, que permita crear una situación que garantice al acreedor pignoraticio la efectividad de su derecho,

2.- Recae sobre el crédito, considerado como cosa. El derecho de crédito puede ser concebido, abstractamente, como un bien que además de tener un valor en el patrimonio del titular tiene un valor en cambio permitiendo su cosificación.

3.- Es un verdadero derecho de prenda. La prenda de créditos es un verdadero derecho de prenda que debe recibir, en lo posible, la aplicación de la normativa prevista para ésta. El especial objeto de la prenda de créditos determinaría especialidades en orden a su constitución y ejecución de la garantía, pero tendría la

misma esencia que la prenda sobre cosas corporales pues hay un derecho de ejecución del bien pignorado, en caso de incumplimiento del crédito garantizado, oponible a terceros y un derecho de cobro preferente con lo obtenido.

Desde un punto de vista eminentemente práctico se ha defendido también la prenda de créditos como un derecho de prenda con especialidades por razón de su objeto<sup>63</sup>. En tal sentido CARRASCO, CORDERO y MARÍN<sup>64</sup> vienen a defender la posibilidad bajo las siguientes premisas:

1.- La prenda de créditos es una necesidad del sistema financiero y una forma de proveer crédito a las empresas usada asiduamente en la contratación de garantías, careciendo de sentido acudir a consideraciones históricas relativas a la evolución del Código civil para quitar legitimidad a este tipo de garantía o limitarse con admitir su validez obligacional pero negándole eficacia frente a terceros.

2.- Si no se admite esta garantía como tal prenda de créditos, el mercado acudirá a otros expedientes como cesiones fiduciarias ocultas sin que ello reporte ventajas para el deudor o

---

<sup>63</sup> Tras exponer las diversas posturas AVILÉS GARCÍA, J., señala que la prenda de crédito vendrá a ser un derecho sobre una situación jurídica que ostenta el pignorante derivada precisamente de la titularidad del derecho de crédito, esto, es una prenda que será especial por las singularidades de su objeto, *opus cit.* “Concurrencia...” *RDBB*, pág. 221; MALO CONCEPCIÓN, J.V., “Prenda de participaciones en fondos de inversión mobiliaria”, en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998, pág. 228 señala que *entendemos admisible dicha modalidad establecida sobre créditos que sean transmisibles (art. 1.858 CC) “aunque los simples créditos nos sean bienes poseíbles”, en tanto se cumplan unos especiales requisitos de constitución (...) y que reflejan grandes singularidades en relación con la prenda normal de cosas.*

<sup>64</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, págs. 242 y ss., Pamplona 2008.

terceros acreedores.

3.- Nada se gana recalificando la prenda de créditos como cesión de crédito en garantía pues así sólo se expresa el efecto al que se llega pero no el tipo contractual que lo produce toda vez que la cesión de créditos no es un tipo contractual autónomo.

4.- No se puede remitir al régimen general de la cesión de crédito para deducir que la prenda, como forma de cesión, no está sujeta a las exigencias formales del contrato de prenda o que no tiene límites en cuanto a la posibilidad de configurar el bien que se pignora; pues por la misma razón, habría que sostener que la hipoteca, como forma de cesión parcial del dominio, no debería tener más barreras formales o sustanciales que cualquier otra forma de transmisión de la propiedad de inmuebles. Se produciría la paradoja de que con la remisión a las normas de la cesión de créditos se produciría un régimen más permisivo para la *prenda de créditos* que para la prenda manual y precisamente cuando la ausencia de toda mención de este tipo de prenda en el CC bien podría servir de fundamento a la opinión que negara la posibilidad de pignorar créditos (como vimos hacía GIL RODRÍGUEZ).

Por su parte, GARCÍA VICENTE<sup>65</sup>, tras afirmar que *la reconstrucción del régimen de la prenda debe inspirarse en el sentido práctico (despreocupado de consideraciones dogmáticas) con que los juristas romanos resolvieron el régimen del pignus nominis*, señala una serie de premisas sobre las que elaborar un régimen para la prenda de créditos:

1.- No pueden trasladarse sin más las reglas de la prenda

---

<sup>65</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., *La prenda de créditos*, Cizur menor, 2006, págs. 46 y ss.

ordinaria (arts. 1863 a 1873 CC) puesto que en ésta la constitución del derecho de prenda depende legalmente del desplazamiento posesorio cuyo fin es asegurar la indisponibilidad del objeto pignorado por el pignorante. Ello sin embargo no sería un obstáculo insalvable por cuanto en la prenda de créditos la indisponibilidad del crédito puede lograrse a través de otros mecanismos tales como la atribución individual o conjunta de algunas de las facultades del deudor-pignorante al acreedor-pignoraticio.

2.- La prenda de créditos se articulará a través de una cesión de créditos, de modo que en su disciplina se combinarán las reglas de la prenda (como título, en tanto que se pacta una garantía que supone la sujeción del crédito pignorado y además con una prelación frente a otros acreedores) y las reglas de la cesión de créditos (como efecto). La cesión no se entiende como un tipo contractual autónomo, sino que expresa el efecto que se produce sobre el crédito cedido pero no el título que lo justifica que será la prenda.

3.- No es posible por aplicación del principio de especialidad acudir a la normativa especial que regula la pignoración de derechos o de posiciones complejas, incorporadas o no a títulos.

4.- El régimen jurídico se establecerá a través de la autonomía de la voluntad de las partes respetando los límites imperativos de la libertad contractual respecto de las garantías y los límites propios a la circulación de los derechos de crédito. Entre los primeros cita GARCÍA VICENTE la vigencia de la prohibición del pacto comisorio que debe examinarse desde una perspectiva práctica y que tal vez sirviera para resolver los problemas del

sobreaseguramiento; entre los segundos, la posibilidad de garantizar un conjunto de créditos, presentes o futuros (prendas globales) que tiene una respuesta en la determinación de la prestación (art. 1273 CC), en la prohibición general del arbitrio o discreción unilateral (art. 1526 CC) y la regla, de procedencia constitucional, que obliga a conservar un ámbito mínimo a la autonomía de los particulares.

En nuestra doctrina también se han manifestado, con diversos argumentos, a favor de la posibilidad de prenda de créditos, entre otros DE EIZAGUIRRE<sup>66</sup>, MANZANARES SECADES<sup>67</sup>, PÉREZ DE MADRID CARRERAS<sup>68</sup>, MORALEJOS IMBERNÓN<sup>69</sup> y ALEMANY EGUIDAZU<sup>70</sup>.

---

<sup>66</sup> DE EIZAGUIRRE, J. M<sup>a</sup>, “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos valores”, *RDBB*, número 25, 1987, pág. 201: “nuestra prevalente doctrina civil, salvando la diferencia que muestra el Código en esta materia, reconoce validez a la prenda sobre derechos y más en concreto sobre derechos de crédito. Se entiende en tal sentido, conforme a las pautas ofrecidas por el Derecho comparado, que el mecanismo característico de la prenda consistente en la entrega de la cosa objeto de la garantía al acreedor (apoderamiento material TS 25 de noviembre de 1886) puede ser sustituido de forma congruente con la esencia de la institución, creando una situación de indisponibilidad por parte del pignorante sobre el derecho de crédito objeto de garantía.”

<sup>67</sup> MANZANARES SECADES, A., “Prenda de créditos como prenda especial”, *ADC*, 1988.

<sup>68</sup> PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: “Notas críticas sobre la prenda de imposiciones a plazo fijo”, *RJN*, Abril-Junio 2004

<sup>69</sup> MORALEJOS IMBERNÓN, N., “Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía”, en VVAA, BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de Contratos*, t. IV cap. IV, Valencia, 2009.

<sup>70</sup> ALEMANY EGUIDAZU, J., *opus cit.* “La prenda de créditos financieros ...” *RDBB* pág. 72 “Amén de que el nomen iuris de “prenda de créditos” goza del respaldo de las fuentes históricas y del derecho Comparado, la cesión de créditos no es un tipo contractual autónomo sino que la cesión es un negocio jurídico que pretende la transmisión de la titularidad del derecho de crédito, pero, no siendo esto causa en sentido jurídico y descartado el negocio abstracto en un sistema causal, la cesión responderá a una concreta función

### 3. Otros negocios jurídicos con causa de garantía.

Como ya adelantamos, más que ante teorías sobre la naturaleza jurídica de la “*prenda de créditos*”, nos encontramos en estos casos con el expediente de recurrir intencionadamente a otras figuras jurídicas con la intención de eludir los posibles inconvenientes de la “*prenda de créditos*”.

#### A) *La cesión de créditos fiduciaria.*

##### a) Concepto.

En la cesión fiduciaria, la garantía del acreedor consiste en la adquisición de la propiedad de un bien o la titularidad de un derecho o crédito, con la obligación de retransmitírselo al deudor cuando éste cumpla la deuda, o dicho de otra forma, el acreedor ve garantizada su deuda con el bien o derecho que el deudor le transmite en propiedad.

Tal cesión o venta en garantía carece de regulación en el derecho común del Código civil y en la generalidad de los derechos civiles o especiales, con la excepción de Navarra, donde la Ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra dispone que *Por la fiducia de garantía se transmite al acreedor la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros. Cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir del fiduciario la retransmisión de la propiedad o del derecho*

---

*objetiva que llevará a la subsunción en un tipo negocial. Este tipo es la prenda (...)*”.

*cedido; el fiduciario, en su caso, deberá restituir y responder con arreglo a lo establecido para el acreedor pignoraticio en la ley cuatrocientos setenta. No obstante, si así se hubiere pactado, podrá el acreedor, en caso de mora del deudor, adquirir irrevocablemente la propiedad de la cosa o la titularidad del derecho, y quedará extinguida la obligación garantizada.* La única norma expresa en nuestro derecho la encontramos en el marco de las llamadas garantías financieras reguladas por el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo<sup>71</sup>, cuando señala que las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho de crédito dado en garantía o mediante la pignoración de dicho bien o derecho y añade que un acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad es aquel por el que el garante transmite la plena propiedad de un bien o derecho objeto de una garantía financiera a un beneficiario a los efectos de garantizar o dar otro tipo de cobertura a las obligaciones financieras principales<sup>72</sup>. Estas garantías en cualquier caso tienen su ámbito específico, como luego veremos, y no establecen a nuestro entender un régimen susceptible de generalización<sup>73</sup>.

---

<sup>71</sup> El Anteproyecto de Código de Comercio elaborado por la CGC (publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid 2013), en su art. 578-13 apartado 1 señala que *Por los acuerdos de garantía financiera las partes convienen la prestación de una garantía o el otorgamiento de cualquier tipo de cobertura a una obligación financiera principal, bien mediante la transmisión de la propiedad o plena titularidad del bien o derecho de crédito dado en garantía o mediante la pignoración de dicho bien o derecho. Los primeros se denominarán “acuerdos de garantía financiera con cambio de titularidad” y los segundos, “acuerdos de garantía pignoratícia”. Y en su apartado 2 incluye dentro del primer grupo las operaciones dobles o simultáneas y las operaciones con pacto de recompra.*

<sup>72</sup> La redacción transcrita procede de la modificación de la norma por Ley 7/2011, de 11 de abril. La redacción originaria hacía referencia únicamente a la transmisión de la propiedad de un bien; la modificación añade la de un derecho de crédito.

<sup>73</sup> Aunque como señalan DÍAZ RUIZ, E., y RUIZ BACHS, S., en

Fuera de esta norma, y a falta de disposición expresa en el ámbito de derecho común, se ha admitido, dentro de ciertos límites, la validez de tal pacto argumentando que se trata de un negocio formalizado al amparo del principio de libertad de contratación recogido en el art. 1255 CC, si bien su eficacia, incluso su validez, pueden cuestionarse por la exigencia de causa para la validez de los

---

“Reformas urgentes para el impulso de la productividad: importantes reformas y algunas lagunas”, *La Ley*, núm. 6240/2005, la cesión en garantía de la propiedad en el ámbito de los valores negociables e instrumentos financieros ya se había reconocido de manera implícita en la antigua redacción de las disp. adics. 10ª y 12ª de la Ley 37/1998 de reforma de la LMV de 16 de noviembre. Las operaciones dobles y las operaciones con pacto de recompra se utilizan, desde un punto de vista financiero (que no jurídico), como préstamos con garantías de valores. El primer comprador es la entidad que financia (adquiere los valores a un precio que suele, por lo general, ser menor a su precio de mercado, para servir adecuadamente de garantía) al primer vendedor (que recibe dinero a cambio de valores). El primer vendedor paga al primer comprador por los valores en la segunda compraventa un importe igual al dinero recibido más los intereses que se hayan devengado. Financieramente hablando, son económicamente equivalentes a préstamos con garantías de valores y, de hecho, el principal problema que presentaban, en general, era su posible calificación como tales préstamos. Este problema lleva superado desde la Ley 37/1998, al haberse reconocido los efectos jurídicos básicos de estos dos tipos de operaciones como verdaderas compraventas. Luego se admitieron las cesiones en garantía relacionadas con los acuerdos marcos de compensación contractual por la Ley 44/2002, de 22 de noviembre, de medidas de reforma del sistema financiero. La novedad es que en el RDL se reconoce la transmisión de la propiedad del bien en garantía, del garante al beneficiario. En este sentido, cabe recordar que la cesión de la propiedad en garantía por el garante al beneficiario se realiza, por lo general, y salvo en las operaciones dobles o con pacto de recompra, sin contraprestación alguna. Esta modalidad de garantía financiera, que no deja de ser la tradicional fiducia en garantía o cum creditore de nuestro ordenamiento, es bastante común en el tráfico de valores negociables e instrumentos financieros. Hasta ahora, el análisis general de esta figura negaba la cesión plena de la propiedad del garante al beneficiario, reconociendo, a este segundo, la existencia únicamente de un derecho real de garantía atípico o de una mera titularidad fiduciaria (que no era una verdadera titularidad sino aparente). Esto permitía resolver algunas cuestiones de justicia material en los supuestos en que el beneficiario disponía de las garantías sin consentimiento del garante, o se iniciaba un procedimiento de concurso respecto del beneficiario, el beneficiario se negaba a cumplir con la transmisión del bien con posterioridad al cumplimiento por el garante de sus obligaciones contractuales o, simplemente, abusaba de su condición de propietario aparente del bien dado en garantía. La nueva Directiva 2002/47/CE niega esa posibilidad al obligar a los Estados Miembros a garantizar que el acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad se aplique con arreglo a los términos que establezca.



negocios jurídicos ex art. 1262 CC o por la prohibición genérica del *pacto comisorio* ex art. 1859 CC.

Una cuestión a este respecto que no debe pasar inadvertida, dada la naturaleza del negocio fiduciario, es la posibilidad de una utilización abusiva de esta figura, no sólo entre particulares o prestamistas profesionales, sino también por las entidades de crédito, riesgo que señala VEIGA COPO<sup>74</sup>. Es cierta la posibilidad de que se exijan garantías desproporcionadas o excesivas con la cuantía del capital prestado al acreditado, más los intereses correspondientes. Tratándose de particulares o “prestamistas” sin control la posibilidad de dicho peligro es evidente. Igualmente cabe pensar en relación con las entidades bancarias, si bien, en este caso, y tratándose de consumidores, cabe acudir al texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre dentro del elenco de cláusulas abusivas sobre garantías en su art. 88 1. *La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido*; y por otra parte, dentro de las obligaciones de información previa que impone la Ley 16/2011, de 24 de junio, de contratos de crédito al consumo, está la de las garantías exigidas.

Presenta en la práctica dos modalidades básicas: *la fiducia cum amico*, aquella que se contrae en provecho del fiduciante, y *la fiducia cum creditore*, que se contrae en beneficio del fiduciario como medio para garantizar la devolución de una cantidad que el

---

<sup>74</sup> VEIGA COPO, A., “Prenda de créditos y negocio fiduciario –venta en garantía”, en *RDBB* núm. 89/ Enero-Marzo 2003, págs.103-104.

fiduciante debe a éste. Por tanto nota esencial de estos negocios es la confianza que el fiduciante tenga en el fiduciario.

En el tráfico se ha recurrido normalmente a la figura del negocio fiduciario formalizando una cesión fiduciaria del crédito con finalidad de garantía bajo la modalidad de la *fiducia cum creditore*. Bajo la apariencia formal de un negocio de transmisión se encubre realmente un contrato de garantía, de forma que deudor y acreedor declaran que aquél transmite a éste un bien o derecho por un precio que en realidad no existe sino que corresponde al capital que el acreedor presta al deudor (ya se trate de un crédito o préstamo ya de cualquier obligación asegurable o cantidad debida). Tratándose de inmuebles la operación suele formalizarse en un doble documento, la escritura pública que formaliza la transmisión de bien y un documento, normalmente privado, en el que se recoge la finalidad de garantía pactándose que, una vez satisfecha la deuda, el acreedor deberá restituir el bien. Tal expediente queda sin embargo mediatizado por la prohibición genérica del *pacto comisorio*, de ahí que la DGRN tenga declarado, entre otras, en la Rs. de 30 junio de 1987<sup>75</sup>, que no es inscribible la escritura pública de compraventa de inmuebles en el Registro de la Propiedad si de la misma se exterioriza que la verdadera finalidad de las partes es servir de garantía a una obligación contraída por el transmitente a favor del adquirente, pues ello supone una transgresión de la

---

<sup>75</sup> Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987 (LA LEY 3574/1987) que dice textualmente que *No puede el registrador inscribir la titularidad creada como un derecho real de garantía, pues ni la naturaleza ni la extensión de este posible derecho real de garantía aparecen expresadas en la escritura con la precisión y claridad que exige el principio de especialidad, ni puede el registrador reflejar un derecho cuya naturaleza y extensión está en oposición con la denominación que se le da en la escritura.*

prohibición del pacto comisorio.

Por lo demás, la utilización del expediente transmisivo del dominio a través del efecto traslativo propio de la compraventa para garantizar el cumplimiento de una obligación se puede articular de variadas formas y no sólo a través de una simple venta, puede acudir a la venta sujeta a condición, suspensiva o resolutoria, al pacto de retro, opción de compra, leasing o cesiones de créditos fiduciarias.

b) Teorías jurídicas.

Si bien pueden encontrarse antecedentes en el derecho romano, la construcción moderna y científica del negocio fiduciario se debe al jurista alemán REGELBERGER<sup>76</sup>. Se vienen considerando como tales aquellos negocios jurídicos caracterizados por la desproporción entre el medio jurídico empleado y el fin práctico que las partes pretenden conseguir.

a') Teoría del *doble efecto*.

Para configurar jurídicamente los negocios fiduciarios se recurrió en un primer momento, y por influjo de la doctrina alemana e italiana, a la teoría del "*doble efecto*". Según esta teoría

---

<sup>76</sup> Se suele afirmar que el concepto de negocio fiduciario es una creación doctrinal del Pandectismo alemán surgido en la Alemania del s. XIX. Tal y como hoy se concibe es obra de Regelsberger quien, partiendo de la categoría de negocios ocultos de que habla Kohler, los cuales se caracterizan por encubrir una finalidad de garantía mediante una aparente transmisión. La construcción de Regelsberger que aparece en su obra "Zwei Beiträge zur Lehre von der Cession" en 1880 pasará a nuestra doctrina y jurisprudencia.

el negocio fiduciario es un negocio complejo en el que confluyen dos negocios jurídicos contrapuestos e independientes: de un lado, un negocio jurídico real positivo eficaz *erga omnes* por el que se transmite la propiedad o el derecho de crédito en nuestro caso, y un negocio jurídico obligacional negativo, de validez *inter partes*, por el que el cesionario fiduciario a retransmitir la propiedad o derecho de crédito al cedente una vez cumplida la obligación primigenia de éste<sup>77</sup>.

Consecuencias de esta conceptualización de la cesión fiduciaria del crédito eran:

1.- el fiduciario ostenta la titularidad del bien o derecho de crédito transmitido frente a todos, incluido el fiduciante,

2.- si se incumple el pacto de fiducia respondería el fiduciario de daños y perjuicios frente al fiduciante, pero éste no podrá reclamar la restitución del bien o crédito cedido de su patrimonio o de un tercero,

3.- en caso de concurso del fiduciario, el bien o crédito transmitido ingresaría en la masa del mismo, no pudiendo el fiduciante pedir su separación diciendo que es dueño.

b') Teoría del desdoblamiento entre *propiedad formal* y *propiedad material*.

Para evitar los inconvenientes prácticos de la teoría del *doble efecto*, se acudió al expediente de distinguir entre una

---

<sup>77</sup> La teoría del doble efecto fue la admitida originariamente por nuestro TS desde las sentencias de 25 de mayo de 1944 y 28 de enero de 1946; posteriormente esta doctrina es abandonada por el alto tribunal a partir de la década de los ochenta del pasado siglo.

titularidad material que corresponde al fiduciante y una titularidad formal que correspondería al fiduciario y que le legitimaría frente a todos menos frente al fiduciante<sup>78</sup>.

Se considera con ello al fiduciante como propietario del bien frente a todos excepto en la relación interna con el fiduciario, con lo que se trata de paliar las consecuencias negativas que generaba la teoría del doble de efecto. De esta forma, si el bien o derecho es embargado por acreedores del fiduciario el fiduciante podría ejercitar con éxito la tercería de dominio y si el fiduciario es declarado en concurso el fiduciante conservaría el *ius separationis*; y por lo que refiere a los acreedores del fiduciante en caso de concurso de éste, el fiduciario no gozaría de un derecho de separación.

c') Teoría de la *titularidad fiduciaria*.

El desdoblamiento de la propiedad que preconizaba la teoría anterior fue criticada por cuanto la doble titularidad no parece tener cabida en nuestro derecho. Por ello se prefirió atribuir al acreedor/fiduciario lo que DE CASTRO denominó como “*la titularidad fiduciaria*”. Viene a aproximarse así el negocio

---

<sup>78</sup> Se aproxima a esta idea la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1982 (ROJ STS 82/1982 ID CENDOJ 28079110011982100082) que establece como doctrina que en el contrato fiduciario la causa *fiduciae* no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento del débito a que la relación obligatoria responde y es justamente en la causa del contrato fiduciario donde hay que alojar la limitada eficacia real de la venta en garantía que, no pudiendo oponerse al fiduciante por no haberse operado una verdadera transmisión del dominio interpartes se revela de cara a los otros acreedores del fiduciario a la manera de un crédito privilegiado que gozará de preferencias para hacer efectiva sobre la finca aquella parte del capital del mutuo que restaba por devolver.

fiduciario al negocio simulado relativamente, esto es, la transmisión del crédito es simulada con una causa falsa pero ocultaría un negocio realmente querido por las partes que sería un negocio de garantía. Consecuencia de ello es que el fiduciante podría reclamar el crédito mientras está en el patrimonio del fiduciario alegando su cualidad de verdadero titular, pero no podría actuar contra terceros adquirentes que fueran de buena fe y a título oneroso, pudiendo únicamente reclamar en tal caso una indemnización de daños y perjuicios al fiduciario.

En la práctica, la doctrina y jurisprudencia españolas han acabado defendido la teoría de la “*titularidad formal*”, que considera al negocio fiduciario como un negocio único con una causa propia y peculiar consistente en el afianzamiento del débito. Se considera así que la causa del negocio fiduciario es proporcionar al crédito concedido una seguridad específica de garantía<sup>79</sup>.

Pero lo cierto es que en último término tanto nuestra doctrina<sup>80</sup> como nuestra jurisprudencia resuelven el negocio fiduciario acudiendo a la figura de la apariencia: se niega la transmisión efectiva de la titularidad del derecho salvo en lo afectante a terceros, reconduciendo la relación jurídica creada entre fiduciante y fiduciario al negocio jurídico de garantía que está latente en la transmisión fiduciaria o bien recurriendo al mandato.

---

<sup>79</sup> Sentencias del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1988 (ROJ STS 1622/1988 ID CENDOJ 28079110011988100129) y 28 de octubre de 1988 (ROJ STS 7536/1988 ID CENDOJ 28079110011988100630).

<sup>80</sup> Por todos DE CASTRO Y BRAVO, F., *El negocio jurídico*, reimpresión, Madrid, 1991, págs. 405 y ss.; DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil*, Vol. II, págs. 85 y ss., Madrid, 1984.

En esta línea, FUENTESECA<sup>81</sup> considera que en realidad estamos ante un negocio simulado, pudiendo configurarse el negocio disimulado en la venta en garantía de dos formas: o bien mantener que se hizo un mandato cuyo objeto es un negocio de garantía, ya que la causa del negocio es una causa de garantía semejante a la que existe en la prenda o hipoteca, o bien, otra posibilidad, es prescindir de la idea del mandato y considerar la existencia de una garantía atípica. En el caso del mandato defiende la existencia de un mandato con un fin especial, de forma que quien recibe, como mandatario, la cosa confiada para un fin cumple una misión transitoria de confianza como tal mandatario que no le convierte en verdadero dueño; se trataría desde esta óptica de un negocio de garantía articulado como un mandato que consiste obligación de devolver la cosa si se satisface la deuda por el mandante-fiduciante o en caso de impago del débito, está facultado el mandante-fiduciario para vender.

En definitiva, en Derecho español, las cesiones de créditos fiduciarias en garantía no presentan gran virtualidad práctica, por cuanto la resolución de los eventuales conflictos se hace acudiendo al propio negocio de garantía disimulado (en nuestro caso una prenda). Por todos cabe citar en este sentido a ALBALADEJO<sup>82</sup>: *“no cabe en nuestro derecho el negocio fiduciario en concepto de tal porque lo que se declara en el negocio externo (querer la transmisión real) no responde a la voluntad verdadera, que es sólo la que recoge el negocio interno (querer garantizar, por ejemplo)*

---

<sup>81</sup> FUENTESECA DEGENEFFE, C., *El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997, págs.. 209 y ss.

<sup>82</sup> ALBALADEJO GARCÍA, M., “El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente” *Act. Civ.* número 36, 1993.

*(...) los negocios fiduciarios son iguales que los simulados relativamente, porque simplemente son uno de ellos, negocios en los que uno simulado encubre otro disimulado*”<sup>83</sup>.

Y ello porque en un sistema causalista como el español, las cesiones fiduciarias en garantía no solucionan en la práctica los inconvenientes que puedan presentar las distintas formas jurídicas que permiten articular la garantía sobre un crédito.

Por el contrario, en el derecho alemán, por aplicación del dogma de la abstracción, es perfectamente posible formalizar la cesión plena de un crédito con finalidad de garantía<sup>84</sup>. Admitidas por el derecho alemán las transmisiones patrimoniales abstractas, es posible configurar las cesiones fiduciarias de crédito con finalidad de garantía como diferentes de una propia prenda de créditos, adquiriendo en las cesiones fiduciarias el acreedor cesionario la plena titularidad del crédito cedido aun conservando frente al cedente las obligaciones propias que impone la finalidad de garantía que se persigue<sup>85</sup>.

---

<sup>83</sup> En igual sentido ALEMANY EGUIDAZU, J., *opus cit.* “La prenda de créditos financieros ...” *RDBB*, pág. 73 que señala que *la cesión fiduciaria podría acogerse a la teoría de la titularidad fiduciaria (contrato simulado de compraventa que esconde el pacto disimulado de garantía) dándose prácticamente por superadas las teorías del doble efecto y la de la propiedad formal.*

<sup>84</sup> VEIGA COPO, A., *Tratado de la Prenda*, Pamplona, 2011 pág. 442: “En el derecho alemán (...) debido a ciertas inflexibilidades que han provocado las prendas de créditos, éstas se han visto sustituidas progresivamente por cesiones fiduciarias de créditos con finalidad de garantía. Si para la cesión de un crédito dispone el § 398 BGB que mediante un contrato puede ser transmitido un crédito por el acreedor-cedente a un tercero-cesionario, bastando la simple cesión, todo lo contrario sucede con la prenda ya que el § 1280 en aras del principio de publicidad, declara ineficaz la prenda no notificada”.

<sup>85</sup> Sobre esta materia puede verse también BADOSA COLL, F., “Examen de tres esquemas fiduciarios en el Derecho Español (La venta en



B) *La cesión condicional. Cesión pro solvendo y cesión pro soluto.*

La cesión condicional implica la transmisión de un crédito sometida a la condición del incumplimiento de otros créditos en garantía de cuyo cumplimiento se formaliza la primera. De hecho la finalidad de garantía que queda patente en el establecimiento de la condición es lo que llevó a determinados autores a considerar que en la llamada *prenda de crédito* lo que existe realmente es una cesión del crédito que se da en garantía sujeto a la condición del incumplimiento del crédito base.

Esta construcción, sin embargo, no está exenta de inconvenientes<sup>86</sup>. Por de pronto la cesión condicionada implica que el acreedor *pignoraticio* tenga poderes más extensos que en la garantía prendaria ya que por el cumplimiento de la condición devendría titular del crédito, pudiendo incluso enajenar anticipadamente su derecho condicional. Por otra parte, el

---

garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, Madrid, 2003, págs. 222 y ss.; específicamente tratando de la *fiducia cum creditore*, PARA MARTÍN, A., “En torno a la fiducia cum creditore” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. I, Madrid, 2003, págs. 723 y ss.; y CUENCA GARCÍA, A. “La venta en garantía en el ámbito bancario”, en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Cizur Menor, 2002, págs. 655 y ss., señalando ésta última que *En el contexto de la atipicidad que caracteriza la contratación bancaria, el uso de la venta en garantía para asegurar operaciones bancarias activas podría enmarcarse en el fenómeno de utilización decreciente de las garantías tradicionales reguladas en nuestro ordenamiento, en beneficio de otras figuras (...) cada vez son más frecuentes en el tráfico mercantil nuevas “garantías reales mobiliarias” como son la garantía o prenda sobre créditos (...).*

<sup>86</sup> Vide ALEMANY EGUIDAZU, J., *opus cit.* “La prenda de créditos financieros ...”, *RDBB*, pág. 73, para quien en Derecho español, la cesión condicionada no puede zafarse de las críticas desde el concepto de lo que representa la condición propia y la superficialidad de esta construcción.

momento de la transmisión del crédito al patrimonio del acreedor garantizado podría ocurrir en dos momentos distintos según se configure la condición como suspensiva o resolutoria: si fuere suspensiva el negocio surtiría efectos desde el momento en que se cumpliera la condición no pudiendo con anterioridad desplegar de forma inmediata la función de garantía que se pretende; si por el contrario fuere resolutoria parece un contrasentido que el acreedor garantizado adquiera el crédito dado en garantía antes de que se produzca la insatisfacción de su crédito.

Cuestión distinta es diferenciar los casos en que la cesión de crédito tenga una función de garantía (ya se configure como cesión pura sometida a condición o cesión *pro solvendo* en función de garantía), de aquellos en que la cesión de créditos lo sea con finalidad solutoria o *solvendi causa*. En tal caso, el cedente, que a su vez es deudor del cesionario y además acreedor de un tercero, trata de satisfacer su propia deuda mediante la cesión consentida a su propio acreedor.

Tal y como reconoce la doctrina, esta cesión puede revestir dos formas: la cesión *pro soluto* y la cesión *pro solvendo*<sup>87</sup>. En la cesión *pro soluto* el cesionario se da por pagado de la deuda que mantiene con el cedente recibiendo en pago de la misma el crédito cedido. De esta forma se opera la extinción de la deuda pagada y

---

<sup>87</sup> Recogemos aquí la puntualización que hace PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión de créditos” *opus cit.* pág. 1054: “Con alguna frecuencia se habla de cesiones *pro soluto* y cesiones *pro solvendo* en un sentido completamente distinto al aquí empleado: para contraponer aquellas cesiones en las que el riesgo de la insolvencia del deudor cedido queda a cargo del cesionario (*pro soluto*) de aquellas en las que queda a cargo del cedente (*pro solvendo*), con independencia de la función específica a la que cada concreta cesión responda, es decir, aunque no se trate de cesiones con específica función de pago”.

ello con independencia de la posterior efectividad del crédito cedido. La inexistencia o falta de legitimidad del crédito cedido en pago lo que determinaría es una responsabilidad del cedente que continuaría siendo deudor por la cifra inicial y además se le generaría la obligación de resarcir al cesionario de los gastos realizados en la gestión de cobro del crédito cedido y una eventual indemnización de daños y perjuicios caso de proceder de mala fe<sup>88</sup>.

En la cesión *pro solvendo* la deuda que se pretende extinguir sólo queda extinguida cuando el crédito cedido haya sido realizado por el cesionario. En principio pues no es una cesión en garantía del crédito base. Esto es, a diferencia de la *prenda de créditos*, y con independencia de que se considere ésta como verdadero derecho real o cesión limitada en garantía o cooptativa, en la cesión que ahora examinamos, hay una auténtica y plena transmisión del crédito.

Tal transmisión se produce ya se configure como cesión *pro soluto*, en la que la transmisión del crédito es simultánea a la extinción de la obligación originaria, o como cesión *pro solvendo*, en la que la transmisión no implica la extinción simultánea de la obligación originaria sino que ésta sólo se produce en el momento en que el crédito cedido sea realizado por el acreedor-cesionario.

Ocurre sin embargo que, en la modalidad de cesión *pro solvendo*, la línea entre la función *solutoria* y la función *garante* se difumina cuando se cede un crédito en pago en el momento del

---

<sup>88</sup> DÍEZ-PICAZO, L., *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, t. II Las relaciones obligatorias, Cizur Menor, 2008, pág. 973.

nacimiento o antes del vencimiento de la deuda para cuyo pago se cede el crédito. Aquí es, donde en la práctica, pueden aparecer las semejanzas entre la cesión condicionada al impago del crédito garantizado y la cesión *pro soluto*, ya que ésta última, y por acuerdo de las partes, puede quedar subordinada en el cobro a que el cedente no cumpla una obligación preexistente.

Sin perjuicio de que las partes pudieran establecer una cesión *pro solvendo* caracterizada por esta condición, no parece acertado reconducir el régimen de la *prenda de créditos* a una relación de estas características. Ciertamente como señala CRUZ MORENO<sup>89</sup>, las características de la *prenda de créditos* no se explican con una cesión plena sometida a condición suspensiva. Así, no se comprendería el derecho del acreedor garantizado a cobrar el crédito cedido cuando éste venciera antes de que se hubiere satisfecho el garantizado, pues no estaría cumplida la condición, y una vez cumplida ésta, esto es, incumplido el crédito garantizado, no se limitan adecuadamente los derechos del acreedor garantizado sobre el objeto recibido en pago, pues podría hacerse titular del mismo sin obligación de devolver lo que excediese de lo necesario para atender a la satisfacción del crédito garantizado.

En este último sentido se ha discutido si, en el caso de que la suma obtenida con la realización del crédito cedido excede de la cuantía de la obligación originaria, el cesionario debe restituir el exceso al cedente por falta de título para retenerlo. Opina

---

<sup>89</sup> CRUZ MORENO, M<sup>a</sup>., “La prenda de crédito”, *opus cit.*, pág. 1283.

PANTALEÓN<sup>90</sup> que tal afirmación carece de sentido por cuanto en esta materia no juega la prohibición de los pactos comisorios ni se admite con carácter general la rescisión por lesión, sin perjuicio de que las partes hubieran pactado expresamente que sólo una parte del crédito se cede *pro solvendo* mientras que el resto se cede con fines de mera cobranza<sup>91</sup>.

No opinan igual CARRASCO, CORDERO y MARÍN<sup>92</sup>, para quienes si bien en una cesión de esta clase debe entenderse asumido por aplicación del art. 1170 III CC (“*Entretanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso*”) que el acreedor no puede proceder contra el deudor cedente antes de haberse hecho exclusión del crédito cedido, una cesión hecha bajo las condiciones examinadas debe someterse al régimen de constitución de la prenda y la realización del crédito debe atenerse igualmente a los modos de ejecución de la prenda de créditos; para estos autores, en la práctica la cuestión debe entenderse en el sentido de que una cesión *pro solvendo* anticipada está sometida al art. 1865 Cc y el acreedor debe restituir el sobrante que resulte después de pagarse por imputación o compensación del crédito cobrado, proponiendo además que una cesión de esta clase se sujete a la presunción de perjuicio concursal en el caso del art. 71.3.2 de la Ley Concursal.

---

<sup>90</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión de créditos”, *opus cit.*, pág. 1055.

<sup>91</sup> En iguales términos se pronuncia DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos del ...*, *opus cit.*, pág. 974.

<sup>92</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, t. II, pág. 237, Pamplona, 2008.

C) *Los depósitos en garantía.*

En principio, en la práctica mercantil, se entiende por *depósito en garantía*, el dinero apartado de un negocio, que por pacto entre acreedor y deudor, se entrega a un tercero con instrucciones de restitución en función de que ocurran unas u otras contingencias previstas en el contrato<sup>93</sup>. Se trata de un contrato atípico del que no existe regulación legal especial, que se reconduce genéricamente a un depósito pecuniario en función de garantía y que en la práctica presenta modalidades que van desde la prenda irregular a la fianza personal.

La forma más común suele ser el depósito bilateral (llamado *Escrow*), con el que se trata de retener en garantía de posibles contingencias una determinada cantidad de dinero que se deposita en un tercero, debiéndose ser entregada a uno u otro contratante en función del cumplimiento o incumplimiento de determinadas condiciones, circunstancia que puede quedar sujeto bien al juicio de un tercero que actúa de árbitro, bien al simple transcurso del plazo pactado sin que medie reclamación, bien al hecho de que se produzca una decisión judicial o laudo arbitral.

Entienden CARRASCO, CORDERO y MARÍN<sup>94</sup> que esta

---

<sup>93</sup> CORTIÑAS RODRIGUEZ-ARANGO, C., “La prenda y otras formas de garantía” en *Instituciones de Derecho Privado* t. II volumen 3º tema 9, VVAA., Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

<sup>94</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *opus cit.*, págs. 292 y ss. Puede verse también DÍAZ BRITO, F.J. “Prenda irregular con intervención de tercero: ¿garantía real?” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2003, págs. 3685 y ss.

forma de garantía no está definida en nuestro derecho, pudiéndose afirmar:

1.- Que estamos ante un pago retenido en concepto de garantía, en el que el depositario opera como un *adiectus solutionis causa* del art. 1162 del Código civil.

2.- Que, si bien en algunos contratos de *escrow* se pacta la constitución de una prenda a favor de un contratante sobre el crédito de restitución o de mandato que tiene el otro contra el depositario, en muchas ocasiones tal prenda no se constituye, no existiendo garantía alguna. El depositario es responsable de un depósito irregular siendo los contratantes acreedores condicionales del depositario que normalmente es una entidad financiera.

Cabe concluir que en estos tipos de depósitos no hay garantía real alguna, ya que la garantía para cada parte es que el crédito contra el depositario (crédito que a su vez es negociable e incluso servir de prenda) sólo nace si se realiza la contingencia que es presupuesto de este derecho y que por definición tendrá lugar cuando el derecho de la otra parte esté satisfecho o no haya cuestiones pendientes entre los contratantes-depositantes.

D) *Mandato irrevocable para el cobro.*

Es posible que en lugar de constituir una prenda de créditos, las partes acudan al expediente de conceder al acreedor al que se garantiza su crédito un mandato irrevocable para el cobro del crédito del que a su vez es titular el deudor, de forma que el acreedor pueda actuar para tal cobro en su propio nombre. Tal pacto es normal que bien de forma expresa o implícita esté presente

en la pignoración de créditos, pero es discutible la calificación jurídica que merece en el caso de que la afección del crédito del deudor en garantía del crédito principal se verifica únicamente a través de una autorización irrevocable para el cobro por el acreedor garantizado.

Una convención de este tenor, en la que únicamente se contemple un mandato irrevocable para el cobro, presente graves inconvenientes. De una parte el mandato se extingue por el concurso del mandante según declara el art. 1732.3º CC (*El mandato se acaba: (...) 3.º Por muerte, declaración de prodigalidad o por concurso o insolvencia del mandante o del mandatario*) lo que impediría que la “garantía” desplegara su eficacia después de la declaración del concurso. De otra parte es cuestión discutida en nuestra doctrina sobre el pacto de irrevocabilidad tiene efectos reales o meramente obligacionales, y en cualquier caso la irrevocabilidad en cuanto tal no privaría al mandante del poder de disposición sobre el crédito objeto del mandato.

No es frecuente en nuestro tráfico jurídico encontrar un acuerdo de esta naturaleza como garantía autónoma sino que tales mandatos irrevocables de cobro son pactos superpuestos o que forman parte del propio contrato constitutivo de la garantía prendaria. De encontrarnos con un mandato autónomo de estas características se impondría una tarea interpretativa de la voluntad de las partes de forma que, aun no utilizándose la denominación de prenda, pudiera producir sus efectos como garantía siempre que tal acuerdo estuviere adornado de los requisitos objetivos y formales



mínimos que permiten tratar la garantía sobre un crédito como propia prenda de créditos.

#### **IV. JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA EN TORNO A LA PRENDA DE CRÉDITOS.**

La jurisprudencia española<sup>95</sup> sobre la figura objeto de estudio fue prácticamente inexistente hasta la generalización, en la práctica jurídica, del uso del crédito como objeto de garantía, sobre todo a partir de la década de los 80 del pasado siglo, y fundamentalmente centrada en sus inicios en la pignoración de las imposiciones a plazo fijo.

##### 1. Etapa inicial.

En los momentos inmediatamente anterior y posterior al Código civil, en el siglo XIX y principios del XX, son escasos los pronunciamientos sobre esta cuestión, pudiéndose citar la sentencia de 25 de noviembre de 1886 y la sentencia de 25 de diciembre de 1935.

La primera de las sentencias reseñadas (25-11-1886)<sup>96</sup>, se

---

<sup>95</sup> Examen de la jurisprudencia sobre esta materia podemos encontrar en ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La prenda de créditos opus cit.* págs. 64 a 67, de la misma autora “La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual”, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, (Miquel González, J.M., director), Las Rozas, 2013, págs. 42 a 48; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “Notas críticas sobre la prenda de imposiciones a plazo fijo”, *RJN*, Abril-Junio 2004, págs. 168 a 170. MORALEJOS IMBERNON, N. *opus cit.*, “Los contratos constitutivos ...” pág. 4526.

<sup>96</sup> ROJ STS 74/1886 (CENDOJ)

refiere a un contrato anterior a la publicación del Código civil, en concreto formalizado mediante escritura de 31 de diciembre de 1875 y en el que en garantía de determinadas cantidades adeudadas se ofrecía *“el derecho que tenía aquel a la indemnización de daños y perjuicios que le ocasionó el Ayuntamiento de Madrid con la rescisión indebida de arriendo del teatro del Príncipe”*. Tanto el juez que conoció en primer lugar como la Audiencia rechazaron la demanda de tercería y el derecho de preferencia del acreedor garantizado considerando que la tal cesión en garantía no constituía peño ni prenda porque faltaba el requisito del apoderamiento de la cosa. Por el contrario el TS, aplicando el derecho anterior al Código civil, sí reconoce la demanda de tercería y la preferencia del acreedor garantizado por cuanto *“la ley 1ª, título 13 de la Partida 5ª, que define el peño, añade que toda cosa, sea mueble o raíz, que sea empeñada a otro, puede ser dicho peño, magüer non fuese entregado de ella aquel a quien la empeñasen (...) porque la ley 2ª del mismo título y Partida en que la sentencia de apoya, lejos de exigir el apoderamiento de la prenda, autoriza el empeño de las cosas corporales e incorporales, así como las nacidas y por nacer; objetos inconciliables con el apoderamiento material, pero susceptibles de la tradición simbólica; y por último, porque esa misma establece que todas las debidas que deban a un orne las puede empeñar a otro, con todos los derechos que han en ellas; sanción aplicable al caso de autos toda vez que, en virtud de lo pactado en la escritura de 31 de Diciembre de 1865, X se desprendió de cuantos derechos tenía declarados contar el Ayuntamiento, y los transfirió íntegra, legal y cumplidamente a su acreedor el tercerista Y , único que puede disponer de los fondos constituidos del crédito transferido.”* El interés de esta sentencia es

sobre todo simbólico, pues pone de manifiesto el contraste entre la admisibilidad de la prenda de créditos y cosas incorporales en nuestro derecho histórico y el silencio que sobre la prenda de créditos mantuvo nuestro Código civil.

Por su parte, la sentencia de 28 de diciembre de 1935 versa sobre un endoso de ciertas certificaciones de obras en garantía de un préstamo concedido por un banco incluyéndose en el contrato las siguientes cláusulas<sup>97</sup> : *El prestatario ha tramitado por endoso al Banco de Crédito Industrial la certificación de obras que se relaciona en el antecedente primero de este contrato, la cual ha sido presentada en la Aviación Militar para la aprobación y toma de razón de la cesión, con lo que se entiende plenamente cedida al Banco de Crédito Industrial la propiedad del crédito que representa dicha certificación que ha de practicarse conforme a la cláusula tercera de este contrato.* Esta cláusula dice: *"señalado el día del pago de la certificación de obras referida, la hará efectiva el Banco de Crédito Industrial, el cual practicará una liquidación del anticipo, de los intereses y comisiones que se hayan devengado conforme a la condición primera, de los impuestos que hayan tenido que satisfacer como consecuencia de este pago y de cualquier otro gasto que se origine, entregando el resto de lo percibido como consecuencia de la certificación al prestatario.* Posteriormente el contratista entra en suspensión de pagos y los síndicos incluyen las certificaciones en el activo. El banco cesionario considera que no deben estar en el activo del suspenso dados los términos de la cesión. El TS entendió que existía una

---

<sup>97</sup> ROJ STS 924/1935 (CENDOJ)

cesión en seguridad del crédito a liquidar afectas al pago del crédito.

## 2. Jurisprudencia restrictiva.

Más modernamente nuestro Tribunal Supremo mantuvo una primera posición restrictiva basada en una interpretación rigorista del derecho de prenda, que venía a rechazar la admisibilidad de la prenda de créditos como tal garantía pignoratícia o negar, a los contratos así nominados por las partes, su eficacia real. Representativas de esta postura son las sentencias del TS de 27 de diciembre de 1985, 18 de julio de 1989, o 28 de noviembre de 1989.

En la primera de las sentencias citadas<sup>98</sup> el supuesto de hecho es el siguiente: un particular X pignora, en garantía de determinadas operaciones bancarias (un contrato de apertura de cuenta corriente de crédito) que tiene con la entidad bancaria Y, unas imposiciones a plazo fijo instrumentadas en libretas de ahorro; con posterioridad a la pignoración, Z embarga en juicio ejecutivo, las imposiciones por deudas vencidas e impagadas que X tenía contraídas con Z; el Banco Y interpone una tercería de mejor derecho alegando el derecho de prenda que tiene sobre las imposiciones. El Tribunal Supremo no admite la prenda de créditos argumentando básicamente lo siguiente:

*1.- De una parte que la libreta que documenta la imposición a plazo fijo no constituye un título-valor sino un título de mera legitimación, por lo que carece de susceptibilidad para ser objeto de*

---

<sup>98</sup> LA LEY 10641-JF/0000.

pignoración en nuestro derecho<sup>99</sup> (*“Ciertamente la modalidad más utilizada de garantía real en las operaciones de apertura de crédito bancario es la prenda de valores o efectos cotizables en Bolsa, y en este sentido si la restringida mención que los arts. 320 a 324 CCom. hacen de las operaciones con pignoración de «efectos o valores públicos», en la práctica mercantil se extiende a todo tipo de títulos o valores industriales y privados pero si son susceptibles de cotización bursátil, es claro que de tal característica están desprovistas las libretas que documentan imposiciones a plazo fijo, y aunque tampoco existe prohibición de que los títulos a la orden se den en prenda, será menester que se trate propiamente de títulos valores y que se realice su endoso en garantía (...)El depósito de dinero o imposición a plazo fijo, cuya naturaleza jurídica se cuestiona, pues se le aproximó al mutuo (S 13 Dic. 1960) y hasta se le calificó de contrato sui géneris, aunque no es negocio formal suele documentarse utilizando una libreta nominativa con menciones harto expresivas y tiene el significado de un título impropio o «de legitimación», que faculta a su titular para exigir en su día la suma de dinero correspondiente, pero en modo alguno puede ser conceptuado de título valor),*

2.- De otra parte, y como consecuencia de lo anterior se niega al Banco Y, garantizado con las pignoraciones de las imposiciones a plazo, la preferencia del artículo 1922.2º del Código civil (*no cabe desconocer que el art. 1922.2 CC hace referencia a un privilegio mobiliario fundado en la existencia de prenda propiamente dicha «que se halla en poder del acreedor, sobre la*

---

<sup>99</sup> Esta cuestión, junto con otros posibles ejemplos prácticos de créditos pignoraables, la estudiaremos más adelante al tratar de los elementos objetivos de la prenda de créditos [*ut infra* Cap. 3º II 2. B) b)].

*cosa empeñada y hasta donde alcance la garantía», y en manera alguna a la denominada prenda irregular mediante entrega de dinero sin especificación, tanto más que en las imposiciones a plazo fijo no concurran, como dicho queda, los elementos que convienen al contrato de prenda).*

La sentencia de TS de 18 de julio de 1989<sup>100</sup> versó sobre un supuesto de hecho similar al anterior y con idénticos argumentos consideró que *el depósito de dinero o imposición de plazo fijo no puede ser conceptuado de título valor y consecuentemente no cabe hablar de contrato típico de prenda, ya que los derechos que entrañan no reúnen los requisitos para calificarlos como tal y poder subsumirlos en la específica normativa del C.C.; el depósito de dinero o imposición a plazo fijo legitima a un titular para exigir en su día la correspondiente suma de dinero y nada más y como consecuencia de ello no se le reconoce al acreedor garantizado el derecho de preferencia del art. 1922 CC.*

Por su parte, la sentencia del TS de 28 de noviembre de 1989<sup>101</sup>, aparte de cuestiones sobre legitimidad y alcance de la representación legal del titular de la patria potestad (en el caso se trataba de una madre que pignoraba imposiciones a plazo fijo titularidad de sus hijos menores de edad)<sup>102</sup>, basándose en la sentencia antes citada de 27 de diciembre de 1985 viene a considerar la garantía de las imposiciones a plazo fijo como un

---

<sup>100</sup> LA LEY 124714-NS/0000.

<sup>101</sup> LA LEY 1508-JF/0000.

<sup>102</sup> Las cuestiones de capacidad se estudiarán más adelante al tratar sobre la constitución de la prenda.

contrato atípico pero sin que dé origen a una prenda propiamente dicha, y en consecuencia sin alcance real alguno (*el pacto vinculando una imposición a plazo fijo, como garantía de la apertura de un crédito, no constituye un derecho de prenda propiamente dicho, y que en su consecuencia no goza de la preferencia que señala el art. 1922.2 CC; se trata pues de un contrato atípico por las razones que allí se enumeran, pero de ninguna forma nulo o anulable como pretende el recurrente, ya que está amparado por el art. 1255 CC*).

### 3. Jurisprudencia intermedia.

En otras ocasiones, el TS ha venido a admitir la prenda de créditos pero le ha negado alguno de sus efectos de eficacia real. Cabe citar, entre otras, las sentencias de 19 de septiembre de 1987<sup>103</sup> o la de 14 de noviembre de 1995. En la de septiembre de 1987<sup>104</sup> se contempló nuevamente el supuesto de la pignoración de imposiciones a plazo fijo, en este caso X constituye una imposición a plazo fijo en la entidad bancaria Y, constituyendo posteriormente una prenda de crédito sobre las mismas a favor de la entidad bancaria Z, la cual, en su cualidad de acreedor pignoraticio solicita al vencimiento de las imposiciones a plazo fijo el capital y los intereses por impago del crédito garantizado; ocurre sin embargo que la entidad Y niega la devolución considerando compensados

---

<sup>103</sup> Pueden verse comentarios a esta sentencia en SÁNCHEZ GUILARTE, J., “Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo; compensación, derecho de prenda. Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1987”, *RDBB*, 1988; y en MANZANARES SECADES, A., “Prenda de dinero y prenda de créditos (comentario a la sentencia del tribunal supremo de 19 de septiembre de 1987)”, *ADC*, 1988.

<sup>104</sup> LA LEY 12566-JF/0000.

los importes de las imposiciones con otras deudas que X tenía con Y. El TS en este caso no niega la posibilidad de la prenda de créditos, incluso su carácter real, pero en la práctica limita la existencia y eficacia de la prenda a la existencia del derecho de crédito pignorado en el momento de la ejecución, reconociendo la posibilidad de la compensación (art 1198 CC) y la posibilidad de oponer la oportuna excepción de compensación al banco depositario Y al no haber consentido la cesión en garantía (dice que *no puede olvidarse que si, a tenor del art. 1198 CC, la cesión de un crédito a tercero no impide al deudor, que no la consintió, oponer al cesionario la compensación de las deudas anteriores a ella que tuviera con el cedente, es indudable que lo mismo debe ocurrir cuando el presunto deudor no consiente la constitución de un derecho real de prenda sobre el crédito que lleva potencialmente la virtualidad de su enajenación, pues si en aquel supuesto que implica la transmisión de la titularidad plena del crédito se produce el señalado efecto limitativo, con igual razón se debe producir en la hipótesis de constitución de un derecho real limitativo del dominio*). Esta sentencia tiene el interés en cualquier caso de ser uno de los primeros pronunciamientos del alto tribunal que reconocen la posibilidad de la prenda de créditos. Similar es la otra sentencia citada de 14 de noviembre de 1995<sup>105</sup>, en este caso en garantía de una cuenta corriente de crédito se cedieron (usando la expresión *cessio pro solvendo*) diversos créditos a favor del cedente como consecuencia de un contrato de obras a cargo de una entidad pública estipulándose además que las certificaciones de obras que fueren expedidas para el pago de dichos créditos se entendían pignoras a favor del Banco y notificándose

---

<sup>105</sup> LA LEY 17/1996.



notarialmente la expresada *cessio pro solvendo*; el TS, como en el caso anterior, no duda sobre la validez de la garantía prendaria, sin embargo ante el embargo de los créditos dados en garantía por parte de otro acreedor del pignorante, desestima la tercería interpuesta por el acreedor pignoraticio por considerar que el crédito del tercerista no era líquido, vencido y exigible, con lo cual en la práctica equivale a negarle eficacia real por cuanto la fecha de oponibilidad de la prenda frente a terceros no sería la de la constitución de la garantía sino cuando se liquidara el crédito.

En algún otro pronunciamiento el Tribunal Supremo no se llegó a manifestar explícitamente por la cuestión objeto de estudio pero viene a admitir la prenda como garantía real de forma implícita. Así en sentencia de 22 de septiembre de 1992<sup>106</sup> se trató sobre una reclamación de cantidad contra una comunidad de propietarios y la posibilidad de compensación de deudas; ésta se negaba por estar el crédito con el que se quería compensar la deuda pignorada a favor de una entidad bancaria en garantía de las obligaciones derivadas de una póliza de crédito; si bien se desestimó el recurso por falta de prueba y no se pronuncia directamente sobre la naturaleza jurídica de la prenda de créditos, parece admitirla implícitamente al reconocer su concurrencia en el caso contemplado. La sentencia de 31 de mayo de 1993<sup>107</sup> resolvió sobre la extensión de la garantía a los intereses; una entidad bancaria X concierta con las empresas Y e Y' un contrato de crédito en cuenta corriente que se garantiza con sendos derechos reales de prenda respecto de determinadas letras de cambio y respecto de

---

<sup>106</sup> LA LEY 95-5/1993.

<sup>107</sup> LA LEY 2611/1993.

ciertos derechos de cobro que ambas sociedades acreditadas tenían contra empresa Z; el Tribunal Supremo tampoco entra directamente a examinar la naturaleza de la *prenda de créditos* como garantía, pero de la exposición de sus fundamentos de derecho da por supuesto que la garantía es una prenda con carácter real.

#### 4. Jurisprudencia favorable.

Las sentencias que representan un cambio definitivo en la dirección de la doctrina inicial del Tribunal Supremo son las de 19 de abril y 7 de octubre de 1997<sup>108</sup>. Ambas plantean un supuesto de hecho semejante: La entidad bancaria X concierta con Y un préstamo (caso de la sentencia de octubre de 1997) y un afianzamiento genérico en garantía de operaciones mercantiles (caso de la sentencia de abril del mismo año), y en garantía de las mismas Y constituye prenda sobre una imposición a plazo fijo con pacto de compensación a favor de la entidad bancaria X; posteriormente Y entra en quiebra y el banco garantizado compensa los saldos de las imposiciones con los deudores que frente a él presenta el pignorante, ante ello la sindicatura de la quiebra pretende que se reintegren a la masa la suma compensada y sus intereses. Frente a esta pretensión el Tribunal Supremo admite la eficacia real de la prenda frente a los restantes acreedores del pignorante con el consiguiente derecho de separación. Con estas dos sentencias nuestro Tribunal Supremo viene a reconocer la prenda de créditos como figura admisible en el derecho español con el carácter de garantía real. La doctrina jurisprudencial de dichas sentencias gira sobre los siguientes puntos:

---

<sup>108</sup> LA LEY 8280/1997 y 10309/1997.

1.- Admisión de la prenda de créditos. La garantía prendaria no se limitaría a cosas materiales sino que puede incluir los derechos y por ende los créditos. Dice la sentencia de abril de 1997 que “*Dicho derecho (de prenda) no puede circunscribirse a las cosas materiales por una interpretación literal del art. 1864 Cc, que estaría en contradicción con el art. 1868 Cc el cual admite la prenda que produce intereses, lo que obviamente sucede con el crédito (...)*”. En este sentido el alto tribunal considera que en la pignoración de las imposiciones a plazo fijo lo que se pignora es el crédito a la restitución que tiene el deudor<sup>109</sup>.

2.- Como requisitos de constitución considera necesaria la notificación al deudor como mecanismo de desposesión (“*La pignoración del mismo obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio de la titularidad efectuado*”) y reconoce el documento público para que tenga efectos contra terceros (“*la aludida compensación deriva su eficacia de una prenda constituida con mucha anterioridad por instrumento público (art. 1865)*”<sup>110</sup>).

3.- Reconocimiento del carácter real de la prenda de créditos y por consiguiente en caso de trabarse embargo sobre el crédito dado en garantía con posterioridad a la constitución de la prenda prevalecería ésta pudiéndose ejercitar la tercería de mejor derecho; en caso de quiebra del deudor, el acreedor pignoraticio tendría una *separatio ex iure creditii*, por lo que se trataría de un crédito privilegiado; y en su caso, habiéndose pactado el juego de la compensación, ésta sería la forma de ejecución de la garantía sin

---

<sup>109</sup> Volveremos sobre esta cuestión al tratar sobre el objeto de la prenda de créditos.

<sup>110</sup> Estos aspectos serán examinados al tratar de la constitución de la prenda de créditos y su forma.

que ello a la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859 Cc) por cuanto el acreedor “*que goza de la pignoración no va a obtener ni más ni menos de lo que la imposición represente, límite de su derecho pignorado*”.

Las sentencias posteriores a las citadas van siguiendo en general la línea jurisprudencial favorable a la figura como derecho de prenda con determinadas especialidades en cuanto al objeto, si bien, y dada la inexistencia de una regulación legal específica intenta interpretar los problemas prácticos que plantea: necesidad o no de notificación, posesión-desposesión, efectos frente a terceros, privilegios que otorga, etc...

Entre otras, cabe citar las siguientes:

1.- Sentencia del TS de 13 de noviembre de 1999<sup>111</sup>, que análogamente a las dos últimas sentencias citadas contempla la pignoración de una imposición a plazo fijo en garantía esta vez de un aval solidario que garantizaba una operación de lease-back; ante el impago de las cuotas del mismo el avalista solidario tuvo que cumplir su obligación como tal; en el ínterin se embarga la imposición a plazo fijo por otro crédito impagado, ante lo cual la entidad bancaria garantizada con la pignoración opone la compensación y la tercería de mejor derecho considerando preferente su crédito pignorado al embargo; el Tribunal Supremo viene a dar la razón a éste último [*la prenda de créditos es figura admitida por la más reciente jurisprudencia de esta Sala (SS 19 Abr. y 7 Oct. 1997)* ].

---

<sup>111</sup> LA LEY 3092/2000.

2.- Sentencia del TS de 25 de junio de 2001<sup>112</sup>, versa sobre un supuesto semejante a los anteriores y cita expresamente la doctrina contraria a la prenda de créditos de la sentencia de 27 de diciembre de 1985 para darla por superada y reproduce la doctrina sentada por las sentencias examinadas de 19 de abril y 7 de octubre de 1997 admitiendo la prenda de créditos.

3.- Sentencia del TS de 26 de septiembre de 2002<sup>113</sup>, en garantía de unos préstamos se constituyen sendos derechos de prenda sobre los créditos que puedan nacer de un contrato de seguro por la que se aseguraba el riesgo de pérdida por insolvencia de clientes; literalmente dice que *la prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignoraticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre el derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda.* Esta sentencia recoge la idea de la necesidad de la desposesión equivalente a la de la prenda manual, sustituida en el caso de prenda de créditos por la notificación.

4.- Sentencia del TS de 11 de diciembre de 2002<sup>114</sup>, contempla el conflicto de preferencia entre unos acreedores por créditos salariales y una entidad bancaria titular de un crédito

---

<sup>112</sup> LA LEY 5746/2001.

<sup>113</sup> LA LEY 7810/2002.

<sup>114</sup> ROJ STS 8303/2002 (ID CENDOJ 28079110012002101418)

garantizado con prenda sobre un pagaré de propia financiación y que trae causa de una imposición a plazo fijo. El TS sin perjuicio de reconocer la prenda de créditos como derecho de prenda, considera en el caso que contempla que la prenda no podía articularse a través del pagaré, de manera que tal y como señala, en caso de incumplimiento, lo que se ejecuta no es el pagaré en sí, sino la póliza de crédito.

5.- Sentencia del TS de 14 de diciembre de 2002<sup>115</sup>, en el caso lo que se pignora, en garantía de los créditos debidos a una entidad bancaria, son los derechos que las empresas deudoras tienen al precio aplazado derivado de un contrato de suministro de energía eléctrica. Vuelve a considerar la notificación como sustitutiva de la transmisión de la posesión, y por tanto decisiva para causar efectos contra terceros.

#### 5. Etapa actual.

Tras la Ley Concursal de 9 de julio de 2003, siendo ya evidente la admisibilidad de la *prenda de créditos*, la jurisprudencia ha ido contemplando distintos aspectos de su régimen jurídico, que lejos de aclararse definitivamente, se complica con la entrada en el escenario de las *garantías financieras* y su régimen específico y la *prenda sin desplazamiento de créditos*; a ello se añade que la situación de crisis económica generalizada dispara los concursos de acreedores con los consiguientes problemas de preferencias entre créditos, cobrando especial relevancia la problemática del alcance la *prenda de créditos futuros* en el concurso. Sin perjuicio de

---

<sup>115</sup> ROJ STS 8409/2002 (ID CENDOJ 28079110012002101370)

examinar la jurisprudencia fundamental a lo largo de este estudio, podemos ahora citar a mero título ejemplificativo los siguientes pronunciamientos:

1.- Sentencia del TS de 10 de marzo de 2004<sup>116</sup>, que vuelve sobre el tema de la pignoración de una imposición a plazo fijo en garantía de una operación de crédito. Nuevamente el conflicto se plantea cuando el pignorante se encuentra en situación de insolvencia y otros acreedores pretenden cobrarse con el crédito dado en garantía. Esta sentencia se apoya ya en la Ley Concursal de 9 de julio de 2003. Dice literalmente que “(...) *si bien el dinero como tal no puede constituir por sus características el objeto de un derecho real de prenda, otra cosa es cuando es objeto de un contrato celebrado con un tercero, que otorga un derecho a la restitución de la suma entregada. Ese crédito tiene obviamente un valor, que no hay ninguna necesidad física y jurídica de que quede inmovilizado, lo que además sería anómalo e incongruente en una sociedad económica como la actual, en la que los créditos juegan un papel esencial en el tráfico económico (...) la jurisprudencia de esta Sala lo reconozca, permitiendo que el crédito a la restitución sea objeto de un derecho real de prenda (...) Legislativamente ha de señalarse que la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 ha reconocido también la aptitud de los créditos para ser objeto de un derecho real de prenda, con el consiguiente privilegio especial de acreedor pignoraticio sobre dicho crédito (art.91.1.6º).*” La sentencia reconoce expresamente la preferencia del art. 1922.2 CC y el mecanismo de la compensación como modo de ejecución en

---

<sup>116</sup> LA LEY 12458/2004

estos casos.

2.- Sentencia del TS de 2 de diciembre de 2005<sup>117</sup>, en este caso lo que se pignora no es una imposición a plazo fijo sino una cantidad determinada del saldo de una cuenta bancaria. Viene a considerarlo una prenda irregular, admite la limitación de la garantía al máximo pactado y la extensión a los intereses producidos por la suma dada en garantía.

3.- Sentencia del TS de 30 de noviembre de 2006<sup>118</sup>, se plantea la posibilidad de prenda sobre créditos futuros y la preferencia entre el crédito garantizado con prenda y un crédito privilegiado a favor de la Hacienda Pública. El TS considera que el crédito pignorado existía al tiempo de formalizarse la póliza mercantil (contrato garantizado) pues el derecho de crédito nace con la perfección del contrato fuente generadora de derechos y obligaciones para las partes y su existencia es independiente de su exigibilidad y vencimiento; tras afirmar de nuevo que *la prenda sobre derechos, y en particular sobre derechos de créditos, está doctrinal y jurisprudencialmente admitida (...)* y hoy expresamente reconocida en el artículo 90.1-6º de la Ley 22/2003 de 9 de Julio, Concursal, señala que se caracteriza porque *el desplazamiento de la posesión se sustituye por la notificación de la constitución de la garantía al deudor para que se abstenga de pagar al acreedor titular del crédito pignorado*; recoge además de la doctrina respecto de la falta de constancia tabular del derecho de prenda, que la circunstancia de que el derecho real no haya accedido a un

---

<sup>117</sup> LA LEY 235010/2005.

<sup>118</sup> LA LEY 145029/2006.



registro público, al no ser inscribible por razón del objeto sobre el que recae, y no dependiendo la existencia, validez y eficacia del derecho real de la inscripción registral, no limita la excepción del art. 71 de la Ley General Tributaria (de 1963) respecto del privilegio del que constan los créditos tributarios, pues la razón de su posposición frente a los garantizados con derecho real se encuentran en que éstos carecen de privilegio singular y no pueden ser equiparados a una hipoteca legal tácita, en tanto que éstos sí presentan un carácter singularmente privilegiado que se proyecta sobre los bienes pignorados. La sentencia TS de 20 de junio de 2007<sup>119</sup>, de forma análoga a la anterior y habiéndose alegado por otro acreedor del pignorante su mejor derecho alegando que el crédito garantizado no era existente y líquido (sobre la base de tratarse de una póliza de crédito donde no existe entrega de dinero y para determinar el saldo líquido se precisa del cierre de la cuenta de crédito), confirma la sentencia de la Audiencia que recogió la doctrina de la sala en el sentido citado de que la prioridad o preferencia se determina no en función de la fecha de nacimiento o vencimiento del crédito garantizado con prenda, sino de la fecha de constitución de ésta. El crédito dado en prenda en este caso era el derecho a las devoluciones del IVA por parte de la Hacienda Pública a favor del pignorante, presuponiendo el TS la posibilidad de constituir prenda sobre el mismo. A diferencia de estos pronunciamientos de la sala de lo civil, la jurisprudencia contencioso administrativa no se ha mostrado proclive a admitir la eficacia de la pignoración de los créditos por devoluciones tributarias frente a la Administración (*vide* sentencias TS de 11 de

---

<sup>119</sup> LA LEY 51919/2007.

julio y 21 de septiembre de 2011 y el examen de esta cuestión *ut infra* Cap. 3º II. 2 B) c)).

4.- Sentencia del TS de 11 de marzo de 2008<sup>120</sup>, para garantizar unos préstamos concedidos por una entidad bancaria para la realización de unas operaciones inmobiliarias, se constituye, entre otras garantías, una pignoración de un crédito contra el Ayuntamiento por el justiprecio que correspondía al deudor por la expropiación de una finca y que se notificó notarialmente a dicho Ayuntamiento. Con posterioridad la corporación municipal paga directamente a su acreedor y no a la entidad bancaria garantizada. El supremo reitera la doctrina de la Sala a favor de las prendas de derechos, si bien en el caso y dado el tenor del contrato de garantía el Supremo lo califica de cesión de crédito pro solvendo y aplica el art. 1527 CC entendiendo que el deudor que teniendo conocimiento de la cesión satisface a su primitivo a acreedor y no al nuevo no queda liberado y además que el deudor cedido no es parte del contrato de cesión y para la validez del negocio no debe concurrir prestando su consentimiento.

5.- Sentencia del TS de 3 de febrero de 2009<sup>121</sup>, dejando de lado la particularidad del caso (lo pignorado era una Deuda Pública Especial contemplada en la Disposición Adicional Decimotercera de la Ley 18/1991 de 6 de junio y que de acuerdo con dicha norma venía representada mediante anotaciones en cuenta, de carácter nominativo y no transmisible, salvo por título mortis causa), el Tribunal Supremo viene a reiterar lo que viene

---

<sup>120</sup> LA LEY 96466/2008.

<sup>121</sup> LA LEY 1901/2009.

siendo la doctrina de la sala:

a.- Naturaleza de la prenda de crédito: (...) *prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignaticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo.*

b.- Notificación y desposesión: *En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda. Es verdaderamente una prenda de derecho el crédito frente al Estado.*

c.- Transmisión del crédito y facultad de cobro: *El acreedor pignoraticio podrá ejercitar en su día y percibir directamente el crédito objeto de la prenda que, si es de dinero, cumplirá con él la obligación garantizada. Hasta este momento no hay transmisión del crédito: éste se produce si se incumple la obligación garantizada. (...) El artículo 1858 del Código Civil exige la transmisibilidad no en el momento de constituirse la prenda, sino en el momento en que ésta deba ejecutarse, lo que se producirá sólo en el caso en que venza y se incumpla la obligación principal garantizada; contempla la posibilidad de realizar el valor de la cosa, una vez incumplida la obligación principal, para con el precio obtenido satisfacer al acreedor, que si se trata de prenda del derecho de crédito y éste es dinerario, cobrarse directamente, sin que ello signifique un pacto comisorio proscrito por el artículo 1859. De la misma forma que pese a la intransmisibilidad de aquella anotación de deuda especial del Estado, cabe el derecho real de prenda que sólo se ejecutará*

*cuando se produzca su vencimiento y sólo si incumple la obligación garantizada, también cabe el embargo practicado por la Agencia Tributaria que sólo se podrá ejecutar a su vencimiento.*

*d.- No necesidad de inscripción en general: El concepto del derecho de prenda implica la posesión de la cosa pignorada por el acreedor pignoraticio; en la prenda del derecho de crédito no cabe tal posesión, sino que se sustituye por la notificación al deudor y no se exige una inscripción constitutiva.*

6.- Por su parte la sentencia del TS de 21 de julio de 2009<sup>122</sup>, versó sobre el siguiente supuesto: en garantía de un préstamo concedido por la entidad bancaria X, la mercantil prestataria Y, aparte otras garantías, cedió en garantía unas rentas arrendaticias de las que era titular; el banco cesionario, que estaba autorizado para el ejercicio de las acciones pertinentes para la reclamación de las rentas, dejó, con su inacción, prescribir las mismas (transcurriendo los cinco años *ex art. 1966 2º CC*); se consideró que la *cesión pro solvendo* produjo los efectos de pago por aplicación analógica del art. 1170 2º CC (*La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado*), argumentando que al haberse producido una cesión, el cesionario debía haber reclamado los créditos en su momento, habiéndose éstos perjudicado por su inacción. El interés de esta sentencia radica en que no contempla la constitución de un gravamen pignoraticio sobre las rentas, sino un supuesto de cesión *pro solvendo* en el cual, a diferencia del acreedor pignoraticio que

---

<sup>122</sup> LA LEY 125221/2009.

no es titular del crédito pignorado, el cesionario es *auténtico titular del crédito cedido* por lo que el carácter *pro solvendo* de la cesión *no autorizaba al cesionario (...) para perjudicar o no perseguir los créditos de los que, repetimos, era titular y mucho menos dejarlos prescribir por el transcurso de cinco años.*

7.- Las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio y 21 de septiembre de 2011<sup>123</sup>, contemplan un supuesto de hecho muy recurrente en la práctica, cual es la pignoración de los créditos frente a la Administración Tributaria por devoluciones de IVA y sienta doctrina jurisprudencial contencioso administrativa recogiendo los argumentos de la Hacienda Pública negativos a reconocer efectos a las prendas de créditos de devolución de IVA. Argumentan básicamente que el crédito concedido por el acreedor garantizado (la entidad bancaria recurrente) al deudor pignorante (sujeto pasivo tributario), en cuya garantía se pactó -entre ambas partes- la pignoración de las devoluciones derivadas del IVA que pudiera percibir la prestataria, es un pacto entre particulares que no puede afectar a la relación jurídico tributaria existente entre deudor pignorante/sujeto pasivo y la Administración Tributaria, de forma que frente a ésta es el deudor y no la entidad acreedora garantizada, el titular del derecho a la devolución y dicha devolución habrá de hacerse al deudor/sujeto pasivo del IVA, que fue quien soportó en sus operaciones mercantiles cuotas de IVA superiores a las devengadas [para un examen más detallado de la cuestión *vide ut infra* CAP 3º II. 2 B) c)].

---

<sup>123</sup> LA LEY 111684/2011 y LA LEY 183912/2011.

8.- La sentencia del TS de 6 de noviembre de 2013<sup>124</sup>, incide de nuevo en la distinción entre *cesión de crédito* y *pignoración*. El caso una entidad deportiva X había suscrito con una determinada administración pública un convenio en virtud del cual, a cambio de actividades publicitarias y deportivas, la administración pública debía satisfacer determinadas cantidades; la entidad deportiva X suscribió con la entidad financiera Y una póliza de crédito a interés variable en la cual y como garantía de la misma se pactó que como *garantía específica de las obligaciones asumidas (...) la acreditada* (entidad deportiva X) *cede irrevocablemente a favor de* la entidad bancaria Y, *el derecho de crédito consistente en los pagos que en virtud del contrato/convenio de colaboración (...) tiene concertados a su favor*; se cursaba orden irrevocable a la administración obligada al pago para que éste se realizase directamente mediante ingreso en una cuenta de depósito y se preveía que el importe de la subvención se destinaría hasta donde alcance a la amortización del crédito garantizado. La sentencia considera que la *eficacia traslativa de la cesión de créditos opera no sólo cuando ha sido realizada pro soluto sino también cuando lo es pro solvendo*; argumenta que en los supuesto de factoring con recurso o impropio, la distribución del riesgo de insolvencia no tiene por qué decidir el efecto traslativo, de manera que también en esa clase de factoring el cesionario adquiere plenamente el crédito cedido (aunque la propia sentencia reconoce que en otras ocasiones negó que la cesión *pro solvendo* produjera efectos traslativos del crédito a favor del cesionario. Y añade que *en esta cuestión adquiere gran relevancia la distinción entre pignoración de créditos y cesión pro solvendo*.

---

<sup>124</sup> LA LEY 199095/2013

*En el primer caso, el acreedor pignoraticio goza, en el procedimiento concursal, de la consideración de un acreedor con privilegio especial, con un derecho real de garantía, mientras que en el caso de la cesión, el cesionario tiene derecho a impedir que el crédito cedido forme parte de la masa activa y, en su caso, a reclamar su separación.*

9.- La sentencia del TS de 31 de marzo de 2014<sup>125</sup> plantea un problema de interpretación de una cláusula por las que se pignoran diversas obligaciones que puedan contraerse en el futuro. En el caso concreto X tenía suscrito con la entidad financiera Y un contrato de depósito a plazo fijo que pignoró para que la entidad bancaria descontara con cargo al depósito dos pagarés firmados por la entidad mercantil de la que el Sr X era administrador único, y que se especificaban en la propia póliza, en la cual, además, se añadía que “*deseando garantizar mediante la constitución de prenda los créditos que a favor del Banco resulten como consecuencia de las expresadas operaciones, así como los que resulten a favor del Banco como consecuencia de operaciones de préstamo, crédito, descuento de efectos, y otros documentos, avales, fianzas, descubiertos en cuenta y, en general de las operaciones de cualquier índole o naturaleza, que realice en el futuro el acreditado con el Banco en cualquiera de sus oficinas o sucursales, las partes contratantes, según intervienen, establecen los siguientes pactos...*”. La entidad bancaria no llegó a ejecutar la garantía para cobrarse aquellos dos pagarés descontados, porque fueron satisfechos a su vencimiento, pero ejecutó la garantía para cobrar otros pagarés, de los que era firmante la entidad mercantil de

---

<sup>125</sup> LA LEY 40092/2014.

la cual el Sr X era administrador, y que le habían sido entregados en descuento por terceros. Tanto el juzgado de instancia como la Audiencia consideraron estos otros pagarés descontados por terceros amparados por la garantía. Por el contrario el TS entiende que la sentencia de instancia contraviene la regla contenida en el párrafo primero del art. 1281 CC (*si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al sentido literal de sus cláusulas*), pues de los términos del contrato, claramente se infiere que las obligaciones de pago contenidas en los pagarés a los que se ha aplicado la garantía no estaban cubiertos por la prenda, y concluye que *los términos de la cláusula contractual limitan los créditos garantizados a los que resulten a favor del banco como consecuencia de las diversas operaciones (préstamo, crédito descuento...) que en el futuro realizara el acreditado con el banco, por lo que quedaban excluidos los créditos que el banco pudiera tener frente al acreditado que tuvieran un origen distinto, esto es, que provinieran de operaciones realizadas por terceros con el banco.*

10.- En la sentencia del TS de 18 de junio de 2014<sup>126</sup>, se reconoce que, en el supuesto de que el *fiador real* sea un tercero respecto de la obligación principal garantizada, en el caso de concurso del deudor principal, el acreedor que ha recibido del fiador una *garantía real (prenda)*, en caso de incumplimiento de la obligación principal por parte del deudor, y aun hallándose éste en concurso, puede ejecutarla en los términos convenidos, hasta donde alcance la garantía. Se admite además la cláusula de ejecución pactada por la que, dada la naturaleza líquida de los derechos de

---

<sup>126</sup> LA LEY 89591/2014.



crédito derivados de cuentas bancarias objeto de la prenda, la entidad financiera, en el supuesto de incumplimiento de la obligación garantizada, podía resarcirse automáticamente con cargo al saldo pignorado sin necesidad de proceder a reclamación previa alguna, judicial o extrajudicial, autorizando la pignorante para que, sin su intervención, se pueda proceder a la aplicación total o parcial del saldo, sin limitación de fecha, utilizando cualquier medio legal, así como para efectuar cualquier otra operación precisa a los fines indicados.

11.- Finalmente, en las sentencias de 17 de febrero de 2015<sup>127</sup> y de 24 de junio de 2015<sup>128</sup>, el alto tribunal se plantea la posible rescisión, en el ámbito concursal, de las prendas de créditos constituidas, en la primera de ellas considera que *una garantía prendaria de gran parte (30%) del saldo de una cuenta a nombre de la acreditada en la que se le ha abonado el importe de la operación, supone una sobregarantía, y, en definitiva, un acto perjudicial para la masa; y en la segunda, se trata de la pignoración de parte de los créditos disponibles, como consecuencia de las futuras ventas, los cuales debían servir, en primer lugar, para satisfacer las obligaciones de pago de cada una de las liquidaciones del préstamo. En esta segunda sentencia el Tribunal Supremo se apoya en la primera señalando que En la STS 41/2015, de 17 de febrero, declaramos la procedencia de la rescisión de la prenda de gran parte (30 %) del saldo de una cuenta en la que se abonó el importe de la operación financiera concertada con el Banco, en garantía de todos los intereses que*

---

<sup>127</sup> LA LEY 14134/2015

<sup>128</sup> LA LEY 89130/2015

*devengaba la propia operación, impidiéndose al acreditado (el concursado) la disponibilidad de este importante porcentaje del principal de la operación. La prenda, señalábamos, configurada de este modo, era contraria al art. 1258 CC, pues las partes se obligan no solo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que "según su naturaleza" sean conformes a la buena fe. Es contrario a la naturaleza de la operación de crédito, que gran parte de su importe sirva para garantizar los intereses de la propia operación, alterando esencialmente el esquema de distribución de riesgos previsto en esta clase de operaciones. Cuestión distinta es que parte o toda la operación de que se trate, pueda estar asegurada con otras garantías, sean personales o reales de cualquier clase.*

*Los créditos futuros disponibles representados por el importe obtenido de las proyectadas ventas son un activo de la masa, que en méritos de la pignoración ha sido sustraído al resto de los acreedores que tenían o podían tener créditos vencidos, líquidos y exigibles, y, por tanto, las pignoraciones en la medida que suponen un trato de favor y altera, en beneficio del Banco, la par conditio creditorum , sí debemos declarar su rescisión y con ella todos los cargos o adeudos efectuados a favor del Banco (...).*

## **V. DERECHO POSITIVO ESPAÑOL.**

Como ya apuntamos anteriormente, a diferencia de la tendencia expansiva del objeto pignorable en el ámbito del Derecho romano, de nuestro propio Derecho histórico y del antecedente del art. 1774 del proyecto isabelino de código civil que incluía en el mismo una referencia a la prenda de créditos, nuestro Código civil

guardó silencio sobre esta figura, lo que motivó el inicial rechazo a su posibilidad por parte de un sector cualificado de la doctrina.

Ello no obstante nuestro ordenamiento sí recoge referencias a posibles prendas de derechos y prendas de créditos en un conjunto de normas dispersas que, cada vez con mayor intensidad, revelan la atención del legislador al hecho de que en el tráfico jurídico el crédito o ciertos derechos pueden ser y de hecho son objeto de garantía<sup>129</sup>. El elenco es diverso, en unos casos suponen una regulación de supuestos específicos, otros, los más recientes, ya son normativa referida al *crédito* en general. Podemos citar los siguientes:

#### 1. Supuestos específicos.

##### A) *La subhipoteca*<sup>130</sup>.

---

<sup>129</sup> Como señala MALO CONCEPCIÓN, J.V., *opus cit.* “Prenda de participaciones en fondos ..., pág. 198, *Las formas tradicionales de garantía mobiliaria, recayentes sobre objetos como los valores, efectos e comercio mercaderías, tuvieron en su momento suficiente peso específico para que el legislador incorporara sus regulaciones jurídicas a disposiciones como el Código de Comercio o el Código Civil (...) la normativa cambiaria y del mercado de valores ha vuelto a incidir sobre ellas (...) Paralelamente van proliferando negocios jurídicos con finalidad de garantía que tienen por objeto dinero, saldos de cuentas corrientes y derechos. En esta faceta adquieren gran trascendencia las prendas sobre derechos de crédito atitulados, constituidas sobre derechos no incorporados a títulos valores (...) son cada vez más abundantes las pignoraciones de derechos de crédito que no tienen como soporte un título-valor (prendas de libretas de ahorro o imposiciones a plazo fijo en Entidades de crédito, sobre certificaciones de obra, sobre derechos de crédito contra la Hacienda Pública, de derechos derivados de pólizas de seguro o contratos de alquiler y otros).*

<sup>130</sup> Una exposición de las distintas teorías sobre su naturaleza jurídica puede verse en ROCA SASTRE, R.M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. VII, págs. 441 y ss., Barcelona, 1998, 8ª edición; CHICO Y ORTIZ, J.M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, págs. 1365 y ss.; y en GOMEZ FERRER SAPIÑA, R., “La Hipoteca” en *Instituciones de Derecho*

Contemplada en el art. 107 4º LH (“*Podrán también hipotecarse: (...) 4º.El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho*”) y en lo relativo a su cancelación en el art. 175.4ª RH (“*4.ª La inscripción de subhipoteca, constituida sin los requisitos del artículo 149 de la Ley, podrá cancelarse en virtud de la escritura en que conste la resolución del derecho del subhipotecante. En el caso de que se hubieren cumplido dichos requisitos será necesario, además, el consentimiento del subhipotecario o la consignación de la cantidad asegurada por la subhipoteca, si fuere igual o inferior a la garantizada por la hipoteca*”); no es este el lugar para un examen detallado de la misma, toda vez que su naturaleza y alcance ha preocupado a la doctrina, especialmente en cuanto a la determinación del objeto de la garantía. La opinión de los autores depende de que se parta de la admisibilidad en el derecho romano de la subhipoteca, entendiendo que en ella existía una especie de subrogación del acreedor subhipotecario en el ejercicio de la hipoteca del deudor subhipotecante, o de la opinión contraria de las legislaciones modernas que no admiten la figura en cuanto tal considerando que el derecho real de hipoteca es inseparable del crédito garantizado sin que pueda ser susceptible de negociación aislada por lo que únicamente cabría hablar de una *pignoración del crédito hipotecario* que lleva como accesoría la hipoteca que lo garantiza.

En la primera dirección cabe citar a ROCA SASTRE<sup>131</sup>

---

*Privado*, t. II, volumen 3º, tema 10, págs. 401 y ss., VVAA, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

<sup>131</sup> ROCA SASTRE, R.M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. VII, págs. 445 y ss., Barcelona, 1998, 8ª edición

que sigue en este punto al sistema romano, partiendo de la distinción entre el *pignus nominis* o prenda de créditos, en que el titular puede ejercitar la acción personal derivada del crédito y la acción pignoratícia o hipotecaria derivada de la prenda o hipoteca, y el *pignus pignoris* o prenda de otra prenda o hipoteca, en que el acreedor subhipotecario o subpignoraticio podía ejercitar la acción hipotecaria o pignoratícia del deudor subhipotecante o subpignorante, pero no la acción personal; ello le lleva a entender que no cabe hablar de cesión con fines de garantía ni de transmisión fiduciaria con fines de seguridad, sino que nos encontramos ante una subrogación para el ejercicio de la hipoteca subhipotecada, de modo que el acreedor subhipotecario ejercita el *ius vendendi* o *distrahendi* de la hipoteca del deudor subhipotecante.

Otros autores, como GULLÓN BALLESTEROS<sup>132</sup> niegan que en la subhipoteca exista una subrogación, inclinándose por considerar que el objeto de ésta última es el crédito hipotecario como entidad compleja. Cuando se ejecuta la subhipoteca por incumplimiento del deudor subhipotecante, se ejecuta, no la finca, sino el crédito hipotecario, y una vez obtenido éste, el acreedor subhipotecario podrá ejecutar la hipoteca sobre la finca. DÍEZ PASTOR<sup>133</sup> partiendo de que la hipoteca es un derecho accesorio de la hipoteca que garantiza, entiende que lo que se produce es una cesión con fines de garantía del crédito, no de la hipoteca, de tal manera que el acreedor subhipotecario puede exigir el pago del

---

<sup>132</sup> GULLÓN BALLESTEROS, A., *El derecho real de subhipoteca (las hipotecas sobre hipotecas)*, Barcelona, 1957.

<sup>133</sup> DÍEZ PASTOR, J.L., “Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca”, en *RCDI*, 1930, págs. 440 y ss.

crédito hipotecario, y en su defecto, ejecutar la hipoteca ejercitando el procedimiento directamente sobre la finca, y como facultad suya potestativa, ejecutar mediante la enajenación, por el procedimiento legal, el crédito hipotecario.

Con independencia de la postura que se asuma, lo que interesa destacar es que, de forma mediata o inmediata, se considera un derecho como objeto de la garantía. Tal idea no fue ajena a la mentalidad del legislador hipotecario, de tal modo que la exposición de motivos de la Ley Hipotecaria de 1861 decía que *“El derecho de hipoteca, como los demás derechos reales enajenables, es susceptible de ser hipotecado (...) La regla general (...) de que nadie puede conceder a otro más derechos en la cosa que los que él mismo tiene, hace que no esté en las facultades del acreedor primitivo dar al subhipotecario un derecho más extenso que el suyo en la cosa hipotecada; así, si el deudor antiguo satisface la deuda, la hipoteca y la subhipoteca desaparecen simultáneamente. De otro modo, acontecería que un acto ajeno al dueño de la cosa viniera a hacer más grave su situación, y que la hipoteca constituida sobre otra hipoteca, esto es, sobre una cosa incorporal, sobre un derecho, se convirtiera en una hipoteca constituida directa o inmediatamente sobre una cosa corporal, sobre una propiedad inmueble...”*.

*B) Extensión de la hipoteca a las indemnizaciones.*

El art. 109 LH, en concordancia con el art. 1.877 CC establece que la hipoteca se extiende *“al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por razón de*

*los bienes hipotecados”.*

Frente a la opinión de aquellos autores que consideran que en el caso de las indemnizaciones nos encontramos ante un supuesto de subrogación real<sup>134</sup>, otros entienden que cambia la naturaleza del derecho del acreedor hipotecario, aproximándolo a un derecho de crédito. En tal sentido DÍEZ PICAZO<sup>135</sup> sostiene que un derecho real no puede extenderse a las indemnizaciones debidas, por lo que el derecho que el acreedor hipotecario puede tener a percibir estas indemnizaciones tiene que ser un derecho de crédito, ya se trate de una acción directa o de una acción subrogatoria contra el deudor de su deudor. Paralelamente, PEÑA<sup>136</sup> considera que cambia la naturaleza misma del derecho de hipoteca, de forma que ya no habría propiamente tal sino otro derecho de garantía que tiene como objeto un derecho de crédito (el derecho a la indemnización que se deba o el derecho a la cantidad ya consignada); no faltando quien entiende que se trata de una conversión *ex lege* de la garantía real por cambio de objeto, porque el nuevo objeto (la cantidad debida o percibida) sobre la que recae es inidóneo para la garantía real hipotecaria, de forma que respecto

---

<sup>134</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, (dirigidos por Albaladejo), Segunda edición, Madrid, 1990, pág. 606; ROCA SASTRE, R.M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho Hipotecario*, t. VII, págs. 445 y ss., Barcelona, 1998, 8ª edición; CHICO Y ORTIZ, J.M., *Estudios sobre Derecho Hipotecario*, t. II, págs. 1400 y ss., Madrid, 1994.

<sup>135</sup> DÍEZ PICAZO, L., y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil. Derecho de cosas. Derecho Inmobiliario y Registral*, vol. III, Madrid, 1987. Señalan que *el acreedor hipotecario se transforma de titular de un derecho real de hipoteca en acreedor titular de un derecho de prenda sobre el crédito (cuando la indemnización es debida) o sobre el dinero (cuando la indemnización se ha satisfecho ya).*

<sup>136</sup> PEÑA BERNALDO DE QUIROS, M., *Derechos reales. Derecho hipotecario*, t. II, págs. 250 y ss.

de la indemnización hay una prenda sobre la cantidad debida (*pignus nomini*) o sobre la cantidad recibida (prenda irregular). CORDERO LOBATO<sup>137</sup>, por su parte, señala que el derecho de los acreedores hipotecarios no recae sobre la indemnización, sino sobre el crédito a la indemnización, por lo que entraña una prenda de crédito, que se constituye al constituirse la hipoteca, y en consecuencia constituye una prenda de crédito futuro y eventual.

C) *Derechos incorporados a títulos o documentos, cualquiera que sea su modo de representación o anotaciones en cuenta.*

Para los autores que negaban la posibilidad de la prenda de créditos en nuestro derecho, éste era el único caso admitido por nuestro Código civil en base a la referencia que hacía su art. 1872 en su párrafo segundo “*Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio.*” Aquí cabe citar:

1.- *La pignoración de warrants.* Art. 196 CCom. *El acreedor que, teniendo legítimamente en prenda un resguardo, no fuere pagado el día del vencimiento de su crédito podrá requerir a la compañía para que enajene los efectos depositados, en cantidad bastante para el pago, y tendrá preferencia sobre los demás débitos del depositante, excepto los expresados en el artículo anterior, que gozarán de prelación.*

---

<sup>137</sup> CORDERO LOBATO, E., *Tratados de los Derechos de Garantía*, (CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.), Pamplona, 2002, pág. 776.



2.- *Valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial.* Arts. 320 a 324 CCom., dice el primero de ellos que *El préstamo con garantía de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, hecho en póliza con intervención de Corredor de Comercio colegiado o en escritura pública, se reputará siempre mercantil.*

*El prestador tendrá sobre los valores pignorados, conforme a las disposiciones de esta sección, derecho a cobrar su crédito con preferencia a los demás acreedores, quienes no podrán disponer de los mismos a no ser satisfaciendo el crédito constituido sobre ellos.*

3.- *Pignoración de acciones y participaciones sociales.*

Art. 132 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.

*“Prenda de participaciones o de acciones.*

1. *Salvo disposición contraria de los estatutos, en caso de prenda de participaciones o acciones corresponderá al propietario el ejercicio de los derechos de socio.*

*El acreedor pignoraticio queda obligado a facilitar el ejercicio de estos derechos.*

2. *En caso de ejecución de la prenda de participaciones se aplicarán las reglas previstas para el caso de transmisión forzosa por el artículo 109.*

3. *En la sociedad anónima, si el propietario incumpliese la obligación de desembolso pendiente, el acreedor pignoraticio podrá cumplir por sí esta obligación o proceder a la realización de la prenda.”*

4.- *Valores negociables.* Art. 10 Ley del Mercado de Valores “*La constitución de derechos reales limitados u otra clase de gravámenes sobre valores representados por medio de anotaciones en cuenta deberá inscribirse en la cuenta correspondiente. La inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título.*”

*La constitución del gravamen será oponible a terceros desde el momento en que haya practicado la correspondiente inscripción”*

5.- *Letras de cambio*<sup>138</sup>. Art. 22 Ley Cambiaria y del Cheque “*Cuando un endoso contenga la mención «valor en garantía», «valor en prenda», o cualquier otra que implique una garantía, el tenedor podrá ejercer todos los derechos que derivan de la letra de cambio, pero el endoso hecho por él sólo valdrá como comisión de cobranza.*”

*Las personas obligadas no podrán invocar contra el tenedor de una letra recibida en prenda o en garantía las excepciones fundadas en sus relaciones personales con el endosante que las transmitió en garantía, a menos que el tenedor, al recibir la letra, hubiera procedido a sabiendas en perjuicio del deudor.”*

D) *Pignoración de pólizas de seguros de vida.*<sup>139</sup>

---

<sup>138</sup> Vide entre otros, NAVARRO CHINCHILLA, J.J., “La pignoración de la letra de cambio” en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998.

<sup>139</sup> Vide entre otros, DÍAZ MÉNDEZ, N., “Pignoración de la póliza de seguros de vida” en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998.

Ley 50/1980 de 8 de octubre, de Contrato de Seguro, art. 9  
*”La póliza del seguro puede ser nominativa a la orden o al portador. En cualquier caso, su transferencia efectuada, según la clase del título, ocasiona la del crédito contra el asegurador con iguales efectos que produciría la cesión del mismo”* y art. 99 *”El tomador podrá, en cualquier momento, ceder o pignorar la póliza, siempre que no haya sido designado beneficiario con carácter irrevocable. La cesión o pignoración de la póliza implica la revocación del beneficiario.*

*Si la póliza se emite a la orden, la cesión o pignoración se realizarán mediante endoso.*

*El tomador deberá comunicar por escrito fehacientemente al asegurador la cesión o pignoración realizada.”*

## 2. Supuestos referidos al crédito *in genere*.

### A) *La prenda de créditos en la Ley Concursal.*

La referencia que recogió la Ley Concursal 22/2003 de 9 de julio, supuso el definitivo reconocimiento legislativo a la posibilidad de la pignoración de créditos en general.

En su redacción originaria dispuso su art. 90.1 6º *“...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.”*

Esta norma fue posteriormente modificada por Ley 38/2011, de 10 de octubre, que añadió el siguiente inciso final “(...) *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.*”

Finalmente, y ante la perplejidad que produjo este último inciso volvió a modificarse dicho artículo por la Disposición final quinta, punto cuatro, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, quedando con la siguiente redacción: *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 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

Sobre el significado del precepto, especialmente su carácter o no sustantivo y el valor de su referencia a requisitos formales volveremos más adelante al tratar sobre los requisitos constitutivos de la prenda de créditos con carácter general [*vide ut infra* Cap. 3º III. 4 B) y C)].

*B) Las garantías financieras.*

Las garantías financieras se contemplan en el Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública. El Cap. II de este Real Decreto vino a recoger un régimen muy particular de derechos de garantía regulados en la Directiva 47/2002 y como adaptación de la misma. Esta norma amplió su ámbito objetivo con la modificación posterior por Ley 7/2011, de 11 de abril, incluyendo en su art. 7 la letra c) los derechos de crédito en los términos que seguidamente veremos. El RD Ley 5/005 viene a transformar el panorama general de las garantías mobiliarias sobre derechos de valor económico (y en concreto la posibilidad de prenda de créditos) pero circunscrito a su ámbito de aplicación, esto es, las llamadas garantías financieras. Pero hay que precisar que no se trata de introducir nuevos tipos de garantías, sino que, al menos en lo referido a compensaciones contractuales y prendas de depósitos o derechos de créditos, lo que hacen es sujetar

las garantías propias del derecho común a un especial régimen, mucho más flexible, en atención a los sujetos que intervienen y objeto sobre el que recaen, flexibilidad que se concreta en la exigencia de menores requisitos formales en su constitución, facilidades en su ejecución y en reconocimiento de un régimen concursal propio<sup>140</sup>.

En el art. sexto apartados 1 a 3<sup>141</sup> se definen las distintas modalidades de operaciones de garantía financiera, las cuales pueden consistir en la transmisión de la propiedad del bien o derecho de crédito dado en garantía o en la pignoración del bien o derecho; en el primer caso, esto es, cuando hay cambio de titularidad, el garante transmite la plena propiedad del bien o

---

<sup>140</sup> La propuesta de Código Mercantil elaborada por la Sección de Derecho Mercantil de la Comisión General de Codificación, divulgada por el Ministerio de Justicia (Madrid, 2013), regula los acuerdos de compensación contractual y las garantías financieras (Libro Quinto, Título VI, Cap. VIII, Sección 2ª De las garantías financiera y Cap. XIX, Sección 2ª De los acuerdos de compensación contractual) siguiendo la línea de la regulación contenida en el RD Ley 5/2005.

<sup>141</sup> Art. sexto *Modalidades de operaciones de garantía y obligaciones financieras principales.*

1. *Las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho de crédito dado en garantía o mediante la pignoración de dicho bien o derecho.*

2. *Un acuerdo de garantía financiera con cambio de titularidad es aquel por el que el garante transmite la plena propiedad de un bien o derecho objeto de una garantía financiera a un beneficiario a los efectos de garantizar o dar otro tipo de cobertura a las obligaciones financieras principales.*

*En particular, se considerarán acuerdos de garantía financiera con cambio de titularidad las operaciones dobles o simultáneas y las operaciones con pacto de recompra, en los mismos términos como se definen en el artículo quinto. 2.e).*

*La consideración de dichas operaciones como acuerdos de garantía financiera no impide que puedan ser reconocidas, en su caso, como operaciones de un mercado secundario, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 36 de la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores.*

3. *A los efectos de esta Ley se entenderá por acuerdo de garantía pignoraticia aquel en virtud del cual el garante presta una garantía financiera en forma de título pignoraticio a un beneficiario o a su favor, conservando la propiedad del bien o derecho de crédito objeto de garantía (...).*

derecho objeto de la garantía al beneficiario; en el segundo, esto es, la garantía propiamente pignoratícia, el garante presta la garantía financiera en forma de título pignoratício, conservando la propiedad del bien o derecho de crédito objeto de garantía.

Su consideración como régimen especial (el art. tercero al tratar del ámbito de aplicación utiliza el término exclusivamente) exige determinar cual es su ámbito propio de aplicación, el cual viene definido en sus arts. 3 y 4 y en al art 7 los cuales vienen a delimitar el ámbito<sup>142</sup> de los sujetos y derechos incluidos de forma exclusiva excluyendo por tanto una *vis analógica* a otros supuestos, por lo que no debería extenderse fuera de su campo estricto de aplicación. Ocurre no obstante que dicha delimitación deja demasiadas lagunas en opinión de la doctrina<sup>143</sup>, que puede generar

---

<sup>142</sup> Las minutas bancarias de pignoración prevén en ocasiones, ante la dificultad de determinar con exactitud el ámbito subjetivo del régimen de las garantías financieras, la aplicación supletoria del régimen común si no procede el de éstas. Ejemplo de tal previsión sería la siguiente: *La Prenda se constituye al amparo del Real Decreto 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso de la productividad y para la mejora de la contratación pública. En el supuesto de que dicha normativa no fuese aplicable, por cualquier causa, la Prenda se regirá por la legislación subsidiaria prevista en el párrafo siguiente.*

*Dado el carácter mercantil de la presente Prenda, en lo no previsto en la legislación referida en el párrafo anterior y en este instrumento, habrá que estar a lo dispuesto en el Código de comercio, en las Leyes especiales, usos y costumbres mercantiles y, en su defecto, en el arreglas generales del Derecho Civil.*

<sup>143</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M. J., en *Tratado de los Derechos de Garantía* t. II, 3º Edic., págs. 587 y ss., Cizur Menor, 2015; GARCÍA VICENTE, J.R., *La prenda de créditos*, págs. 37 y ss., Cizur Menor, 2006; GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras” en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias* (dir. Miquel González), Madrid, 2013; MENESES VADILLO, A., “Los derechos de crédito como garantía tras la reforma del Real Decreto-Ley 5/2005 de 11 de Marzo”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, núm. 56/Diciembre 2011; DÍAZ RUIZ, E., y RUIZ BACHS, S., “Reformas urgentes para el impulso de la productividad: importantes reformas y algunas lagunas” *La Ley* núm. 6240/2005, para estos últimos quedarán sometidos al régimen los acuerdos de garantías financieras y garantías

una aplicación fuera de su ámbito propio<sup>144</sup> y crea distorsiones en caso de concurso de acreedores<sup>145</sup>.

Desde un punto de vista subjetivo el art. 4 del RD Ley 5/2005 exige que al menos una de las partes en el acuerdo de garantía financiera debe ser un ente público o una entidad financiera (bancos centrales, entidades de crédito, empresas de servicios de inversión etc)<sup>146</sup>. La otra parte puede ser una entidad

---

mencionadas por el art. 3 RDL cuando: 1) pertenezcan a cualquiera de las modalidades mencionadas en el ap. 1 del art. 6 del RDL, 2) sean concertados por los por los sujetos enumerados en el art. 4 del RDL, 3) las obligaciones financieras principales garantizadas sean las del art. 6 del RDL, y 4) su objeto consista en lo establecido en el art. 7 del RDL.

<sup>144</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., cita una sentencia del Juzgado de lo Mercantil de Barcelona número 3 de 13 de mayo de 2005 que “aplica” el RD Ley 5/2005 a la pignoración de factura, *opus cit.* nota al pie 21 en pág. 38. DÍAZ RUIZ, E., y RUIZ BACHS, S., en *opus cit.* “Reformas urgentes ...” destacan que una interpretación excesivamente literal de la norma podría por ejemplo llegar a aplicar el régimen de las garantías financieras a una prenda sobre las acciones de una sociedad no cotizada constituida en garantía de una operación de financiación entre una entidad de crédito y cualquier sociedad mercantil, lo cual, para estos autores es excesivo teniendo en cuenta el propósito de la normativa comunitaria que se transpuso y, por tanto, claramente discutible.

<sup>145</sup> MUÑOZ DE BENAVIDES, C. “La ejecución de las garantías financieras en el ámbito del concurso de acreedores”, *La Ley*, núm. 1794/2013; VEIGA COPO, A. “Prendas y fiducias financieras o como sustraerse a la vis concursal”, *La Ley*, núm. 3098/2008 y en *Tratado de la Prenda*, Pamplona, 2011 págs. 270 y ss.

<sup>146</sup> Art. Cuarto apartado 1: *Este capítulo será aplicable a los acuerdos de compensación contractual financieros y a los acuerdos de garantías financieras cuando las partes intervinientes estén incluidas en una de las categorías siguientes: a) Entidades públicas. b) El Banco Central Europeo, el Banco de España, los bancos centrales de los Estados miembros de la Unión Europea, los bancos centrales de terceros Estados, el Banco de Pagos Internacionales, los bancos multilaterales de desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Europeo de Inversiones. c) Las entidades de crédito; las empresas de servicios de inversión; las entidades aseguradoras; las instituciones de inversión colectiva en valores mobiliarios y sus sociedades gestoras; los fondos de titulización hipotecaria, los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización; los fondos de pensiones, y otras entidades financieras, según se definen en el apartado 5 del artículo 4 de la Directiva 2006/48 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativa al acceso a la actividad de las entidades de crédito y a*



no financiera, en general las personas jurídicas<sup>147</sup>, y las físicas con ciertas limitaciones: en los acuerdos de compensación contractual y cuando los acuerdos de garantías financieras se celebren por alguna de las entidades a que se refiere el apartado 1.d) (organismos rectores de los mercados secundarios y las sociedades que gestionan sistemas de registro, compensación y liquidación, así como las entidades de contrapartida central, agentes de liquidación o cámaras de compensación, y las entidades similares que actúen en los mercados de futuros, opciones y derivados)<sup>148</sup>. Y en cualquier caso el art. segundo en su párrafo dos señala que *Las disposiciones del presente Capítulo se entenderán sin perjuicio de la normativa aplicable sobre crédito al consumo.*

En cuanto al ámbito objetivo, y de acuerdo con el art. 7, el bien o derecho sobre el que recae la garantía ha de ser un instrumento financiero (entendiendo por tal los derivados del art. 2 LMV), dinero abonado en cuenta o derechos de crédito otorgados

---

*su ejercicio. d) Los organismos rectores de los mercados secundarios y las sociedades que gestionan sistemas de registro, compensación y liquidación, así como las entidades de contrapartida central, agentes de liquidación o cámaras de compensación a que se refiere la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, y las entidades similares que actúen en los mercados de futuros, opciones y derivados.*

<sup>147</sup> Art. Cuarto apartado 2 *Este capítulo también se aplicará a los acuerdos de compensación contractual financieros y de garantías financieras en los que una de las partes sea una persona jurídica no incluida en ninguna de las categorías relacionadas en el apartado 1, siempre que la otra parte pertenezca a alguna de dichas categorías.*

<sup>148</sup> Art. cuarto apartados 3 y 4: 3. *Por lo que concierne a los acuerdos de compensación contractual, cabe que una de las partes pueda ser persona física. 4. Este capítulo no será aplicable a los acuerdos de garantías financieras cuando alguna de las partes contractuales sea una persona física, excepto cuando tales acuerdos de garantías financieras se celebren por alguna de las entidades a que se refiere el apartado 1.d); en tal caso, podrán celebrarse cualquiera que sea la contrapartida.*

por entidades de crédito<sup>149</sup> (entendiéndose por tales los derechos pecuniarios derivados de un acuerdo en virtud del cual una entidad de crédito otorga un crédito en forma de contrato de préstamo o de crédito)<sup>150</sup>. En el caso de los derechos de crédito se establece una nueva restricción subjetiva por cuanto *no podrán ser objeto de garantía financiera los derechos de crédito en los que el deudor sea un consumidor, una pequeña empresa o una microempresa, tal y como se definen en la normativa vigente, salvo en el caso de que el beneficiario o el prestador de la garantía sea alguna de las entidades enumeradas en la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de este Real Decreto-ley* (párrafo final del art. séptimo c)). Procede determinar así qué se entiende por consumidor y por pequeña empresa o microempresa. Respecto al primero, y dada la remisión a la *normativa vigente* que realiza la norma que examinamos,

---

<sup>149</sup> En el art. 17.3 RD Ley 5/2005 se incorporó una norma de conflicto determinando que *cuando el objeto de garantía sean derechos de crédito, la ley aplicable a la eficacia frente al deudor o frente a terceros de la cesión o de la prenda será la que rige el crédito cedido o pignorado. Vide sobre esta cuestión GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “La ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos; novedades legislativas”, Diario La Ley, Nº 7629, 13 de mayo de 2011, Año XXXII, (LA LEY 6769/2011. Este autor considera que la norma de conflicto, aun referida al ámbito de las garantías financieras reguladas por el RD Ley 5/2005, es susceptible de generalización*

<sup>150</sup> Art. séptimo *Objeto de la garantía El objeto de la garantía financiera que se aporte debe consistir exclusivamente en: a) Efectivo, entendiéndose por tal el dinero abonado en cuenta en cualquier divisa. b) Valores negociables y otros instrumentos financieros, según se definen en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y en sus normas de desarrollo, y todo derecho directo o indirecto sobre aquellos. c) Derechos de crédito, entendiéndose por tales los derechos pecuniarios derivados de un acuerdo en virtud del cual una entidad de crédito otorga un crédito en forma de contrato de préstamo o de crédito.*

*No obstante, no podrán ser objeto de garantía financiera los derechos de crédito en los que el deudor sea un consumidor, una pequeña empresa o una microempresa, tal y como se definen en la normativa vigente, salvo en el caso de que el beneficiario o el prestador de la garantía sea alguna de las entidades enumeradas en la letra b) del apartado 1 del artículo 4 de este Real Decreto-ley.*

entendemos aplicable el concepto que de consumidor realiza el RLegislativo 1/2007 de 16 de noviembre por el que se aprueba el texto refundido de la Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios y otras leyes complementarias que en su art. 3 establece un concepto general de consumidor y de usuario señalando que (...) *son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión. Son también consumidores a efectos de esta norma las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.* Más complejo es determinar a qué se refiere la norma al hablar de pequeña empresa o microempresa<sup>151</sup>; dada la remisión a la *normativa vigente*, en la misma sólo encontramos bien la referencia a las empresas que cumplen los requisitos para formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados de la Ley de Sociedades de Capital<sup>152</sup>, bien la referencia a empresas de reducida dimensión a

---

<sup>151</sup> Vide la Recomendación 2003/361/CE de la Comisión, de 6 de mayo de 2003, en relación con la definición de microempresa, pequeñas y medianas empresas.

<sup>152</sup> Art. 257. Balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados.

1. *Podrán formular balance y estado de cambios en el patrimonio neto abreviados las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes:*

a) *Que el total de las partidas del activo no supere los cuatro millones de euros.*

b) *Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los ocho millones de euros.*

c) *Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a cincuenta.*

*Las sociedades perderán esta facultad si dejan de reunir, durante dos ejercicios consecutivos, dos de las circunstancias a que se refiere el párrafo anterior.*

2. *En el primer ejercicio social desde su constitución, transformación o fusión, las sociedades podrán formular balance y estado de cambios en el*

que se refiere el art. 101 de la Ley 27/2014, de 27 de noviembre, del Impuesto sobre Sociedades cuando les atribuye como elemento determinante que *el importe neto de la cifra de negocios habida en el período impositivo inmediato anterior sea inferior a 10 millones de euros*. Con todo, y no siendo el objeto del presente trabajo el examen en concreto de las garantías financieras, dejamos el tema apuntado, si bien puedan hacerse referencias a su régimen al examinar los requisitos de formalización, contenido y formas de ejecución de la prenda de créditos en general<sup>153</sup>.

C) *Prenda de créditos sin desplazamiento.*

La Ley 41/2007 de 7 de diciembre, recoge, entre otras modificaciones (relativas al mercado hipotecario, sistema hipotecario y financiero, hipoteca inversa, seguro de dependencia, etc...) la posibilidad de constituir prenda sin desplazamiento sobre créditos, introduciendo dos párrafos al art. 54 de la LHMPSD.

Dice así en sus párrafos 2º y 3º que *“Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el*

---

*patrimonio neto abreviados si reúnen, al cierre de dicho ejercicio, al menos dos de las tres circunstancias expresadas en el apartado anterior.*

3. *Cuando pueda formularse balance y estado de cambios en el patrimonio neto en modelo abreviado, el estado de flujos de efectivo no será obligatorio.*

<sup>153</sup> Para un examen detallado de las garantías financieras puede acudir también a LYCKOWSKA, K., *Garantías Financieras*, Madrid, 2013; DIAZ RUIZ, E., “ Las garantías financieras: efectos en el mercado de la transposición a España de la Directiva 47/2002”, págs. 205 y ss., CARRASCO PERERA, A., “Credit claims, control y eficacia de las garantías financieras sobre créditos”, págs. 241 y ss., en *Garantías Reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012.

*correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto.*

*Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto-Ley 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles”<sup>154</sup>.*

*D) La prenda de créditos en el derecho catalán.*

Finalmente no podemos dejar de citar, aun siendo normativa aplicable exclusivamente a su propio ámbito territorial, la referencia expresa que el Libro quinto del Código civil de Cataluña, hace a la prenda de créditos, al regular esta garantía mobiliaria en los arts. 569-12 y ss. Dice el primero de ellos que *El derecho de prenda, que puede constituirse sobre bienes muebles, valores, derechos de crédito o dinero en garantía del cumplimiento de cualquier obligación, faculta al acreedor para poseerlos, por él mismo o por una tercera persona si se ha pactado, y, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, para solicitar la realización del valor.* Y el precepto siguiente señala en su apartado 3 que *La prenda de créditos debe constituirse en documento*

---

<sup>154</sup> Esta norma la comentaremos más detenidamente al tratar sobre la inscribibilidad de la prenda créditos.

*público y debe notificarse al deudor o deudora de crédito empeñado.* A lo largo de este estudio haremos referencias a esta normativa autonómica.

## VI. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

1.- La afección de un crédito como garantía del cumplimiento de una obligación es una necesidad derivada del tráfico jurídico cuyos orígenes pueden situarse en Roma, donde se instrumentó a través del *pignus nominis*.

2.- El derecho histórico español siguió los principios romanos al regular el *peño*, dentro del cual se incluía la posibilidad de pignorar derechos de crédito, posibilidad que a través de Las Partidas se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor de nuestro Código civil.

3.- El proyecto de Código de 1851 recogió expresamente la pignoración de derechos de crédito, pero el Código civil de 1889 omitió toda referencia a los mismos como objeto posible de la prenda, separándose así de los procesos codificadores de los países europeos de nuestro entorno.

4.- La doctrina española se dividió inicialmente entre los que consideraron dicho silencio como el reconocimiento de la imposibilidad en nuestro derecho de afectar un crédito con carácter real al cumplimiento de una obligación, sobre la base dogmática de la imposibilidad conceptual de que un derecho real pudiera recaer sobre un derecho personal; y aquellos otros que, interpretando de

forma amplia nuestro Código civil, consideraban que era posible pignorar un crédito con los efectos reales del derecho de prenda, siguiendo el esquema de los códigos europeos cercanos a nuestra tradición jurídica.

5.- La pignoración de créditos reaparece en el tráfico jurídico junto con el desarrollo económico a través de la financiación bancaria y la pignoración de las IPF (imposiciones a plazo fijo), respecto de los que se mantienen los posicionamientos doctrinales antedichos. La jurisprudencia de nuestro TS fue inicialmente contraria a la consideración de la figura como derecho real, pero terminó admitiendo la prenda de créditos en nuestro derecho sobre la base de una interpretación progresiva del Código civil y aplicando el esquema básicamente seguido en los códigos europeos (exigencia de documentación pública y notificación al deudor como mecanismo sustitutivo del traspaso posesorio).

6.- Nuestro derecho positivo, por otra parte, ha ido evolucionando, y progresivamente ha ido admitiendo la constitución de una garantía real sobre determinados derechos de crédito o similares (incorporados normalmente a títulos, como acciones, o pólizas de seguro, o resguardos como los warrants, pero también derechos derivados de las participaciones de sociedades limitadas que no se incorporan a títulos). Finalmente, la Ley Concursal, acoge dentro de su ámbito propio las garantías constituidas sobre derechos de crédito, si bien establece como requisito el que consten en *documento con fecha fehaciente*. Posteriormente, el RD Ley 5/2005, regula las llamadas *garantías financieras* contemplando expresamente no sólo las *prendas de*

*créditos* sino también figuras cercanas a las *cesiones fiduciarias*. Por último, la Ley 41/2007 introduce dos párrafos en el art. 54 LHMPD, regulando la *prenda de créditos sin desplazamiento*.

7.- La controversia doctrinal sobre su naturaleza jurídica, al menos en el plano teórico, no desaparece, discutiendo los autores sobre su naturaleza de derecho de prenda o de cesión de créditos con causa de garantía que produce efectos frente a terceros y goza de la preferencia de las garantías reales. Ello, unido a la ausencia de un régimen general que de forma expresa regule la prenda de créditos, origina indeterminación sobre su régimen jurídico concreto. Se hace preciso determinar su naturaleza jurídica a fin de integrar, con las normas de derecho positivo vigente, un régimen regulador de la prenda de créditos que sirva de criterio integrador y supletorio de la voluntad de las partes, o, en el caso de garantías sobre créditos típicas reguladas en nuestro ordenamiento, constituya un elemento de integración de las posibles lagunas de su régimen jurídico.

8.- En mi opinión, tal régimen debe basarse en el carácter de prenda de la garantía que recae sobre un crédito, y no de mera cesión limitada caracterizada por su finalidad de garantía, a la cual, si se le reconocen los efectos de oponibilidad y preferencia de toda garantía real, estaríamos asimilando *de facto* a la prenda. Efectivamente, existe una cesión limitada del derecho de crédito que determina una concurrencia de titularidades, pero esa cesión es efecto de la constitución de la garantía y el contenido *típico* de la prenda sobre derechos de crédito. Su régimen, por tanto, debe construirse sobre la base de la integración de las normas de la



prenda y las de la cesión de créditos en cuanto éstos son su objeto, pero con preferencia en todo caso, como tal garantía real, a todas aquellas normas de la prenda que determinan su efecto como tal garantía oponible *erga omnes*.

Se apoyaría esta conclusión en los siguientes argumentos:

*a.- Un argumento histórico.* Los antecedentes del derecho romano y de nuestro derecho histórico, que han quedado expuestos anteriormente, son evidentemente favorables a la posibilidad de pignorar créditos y permanecieron vigentes hasta la publicación de nuestro Código civil. El silencio que mantuvo el Código de 1889 y que parte de nuestra doctrina y la postura inicial del Tribunal Supremo interpretó como una prohibición o al menos la imposibilidad de que los créditos fueron objeto de pignoración, admite otras interpretaciones a la luz de nuestra tradición jurídica y de los antecedentes inmediatos del propio Código que puedan prevalecer sobre la supuesta *mens legislatoris*.

*b.- Un argumento lógico-sistemático.* A pesar del silencio del Código, este contiene preceptos que avalan una interpretación amplia que admita como objeto de prenda los créditos. Así, el art. 1868 CC, que parte de que la cosa pignorada produzca intereses, cosa difícilmente entendible si el objeto pignorado no es un derecho de crédito. Los arts. 469, 475 y 507 CC, que admiten el usufructo de derechos y de créditos respectivamente. Si se admite la posibilidad del usufructo como derecho real, ¿por qué no la prenda? A ello puede objetarse, como ya vimos, que más que supuestos de derechos sobre derechos son casos de constitución de cotitularidades, pero se debe superar la visión estrecha del derecho

real de garantía asimilable en todos sus caracteres a la tipología rígida de los derechos reales, caracterizados por la inmediatividad con la cosa objeto del mismo y su oponibilidad *erga omnes*. Debe entenderse, por el contrario, que en los llamados derechos reales de garantía prima sobre la inmediatividad la *afectación* del objeto sobre el que recae al cumplimiento de una obligación sin que se produzca necesariamente una posesión corpórea efectiva sobre el objeto de la garantía. La *cuasi-tradición* de que habla el art. 1464 en relación con el párrafo segundo del art. 1462 CC. La posibilidad de la posesión de derechos de hablan los arts. 430 y ss. del CC...

A todo ello hay que añadir el definitivo reconocimiento expreso de la *prenda de créditos* en el ámbito de la Ley Concursal (art. 90 1 6º) y dentro de las garantías financieras reguladas por el RD Ley 5/2005, así como la regulación de la prenda de créditos sin desplazamiento introducida por la Ley 41/2007 en el art. 54 LHMPD.

c.- Un *argumento socioeconómico*. El propio art. 3 CC recoge entre los criterios hermenéuticos de las normas *la realidad del tiempo en que deban ser aplicadas* y es evidente que en la realidad económica han adquirido un valor preeminente los bienes y derechos intangibles, de forma que el valor de un patrimonio no sólo se mide por su componente inmobiliario o muebles tangibles, sino por los créditos, fondos, depósitos y valores. La posibilidad de pignorar estos derechos se convierte en una necesidad del sistema financiero y una garantía utilizada por las empresas para obtener crédito. Este argumento tiene peso suficiente para imponerse sobre la interpretación historicista del Código civil que interpretó su

silencio como base para negar la pignoración de créditos o reducirla a efectos meramente obligacionales sin eficacia frente a terceros.

*d.- Un argumento conceptual.* La configuración de la *prenda de créditos* como *cesión limitada en garantía* debería conllevar la aplicación del régimen de la cesión de créditos y no los de la prenda, siendo artificioso el atribuir al cesionario en garantía los mismos derechos de preferencia y oponibilidad *erga omnes* que a un acreedor prendario, pues si tales son los efectos, lo que se debe concluir es, no que la cesión genera una prenda, sino que la *prenda de créditos*, como dijimos, genera como efecto propio, dada la naturaleza del objeto pignorado, una *cesión limitada* del mismo.

Además, una cesión de este tipo generaría una *cotitularidad* del crédito pignorado, cuando en realidad, y así se desprende de los arts. 1869 y 1870 CC, el dueño del crédito debe seguir siendo el pignorante y no el acreedor pignoraticio; lo que hay, como antes apuntamos, es una afección del crédito al cumplimiento de una obligación, y tal afección es suficiente para justificar las facultades que el acreedor pignoraticio ostenta en la fase de seguridad, en defensa del crédito y los mecanismos de realización en la fase de ejecución.

9.- Reconocida la posibilidad de la *prenda de créditos* como verdadera garantía real, procede determinar su régimen jurídico, para lo cual no puede dejar de reconocerse que las especiales características del objeto sobre el que recae (crédito) generarán particularidades respecto del régimen general de la

prenda. Y es aquí donde las últimas reformas legislativas no sólo no han clarificado dicho régimen, sino que lo han enturbiado todavía más, separándose en unas ocasiones de lo que venía siendo una jurisprudencia clara, y en otras, introduciendo modificaciones precipitadas y poco meditadas. Ejemplos de lo enunciado se encuentran en la Ley Concursal, que nominalmente reconoce la prenda de créditos otorgándole preferencia si *consta en documento con fecha fehaciente* (¿documento privado fehaciente *versus* documento público?); en la modificación que en esta misma ley intentó clarificar la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros y que produjo el efecto contrario, enturbiando las dificultades interpretativas de esta materia; en las *garantías financieras*, que introdujeron en nuestro ordenamiento un régimen especial, con figuras cercanas a otros sistemas ajenos al nuestro, sin la más mínima adaptación y sin un ámbito de aplicación claro; o finalmente, en la regulación de la *prenda de créditos sin desplazamiento*, que genera una dualidad, en mi opinión absurda, entre la *prenda ordinaria de créditos* y la *prenda sin desplazamiento de créditos*.

## CAPÍTULO 3º CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA DE CRÉDITOS

### I. CUESTIONES DE CAPACIDAD Y LEGITIMACIÓN.

La prenda la puede constituir el propio deudor o terceras personas extrañas a la obligación principal. En cualquiera de estos dos casos, la persona que constituya la prenda debe tener la libre disposición de sus bienes o en caso de no tenerla, estar autorizado legalmente al efecto. Así dice como regla general el art. 1857 CC que “*Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:*

*1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.*

*2.º Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.*

*3.º Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.*

*Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios*

*bienes.”*

### 1. Personas físicas.

Como concepto general por capacidad jurídica se entiende la aptitud de una persona para ser titular de derechos y obligaciones, es por tanto un atributo de la personalidad reconocido por el Derecho: toda persona, por el hecho de serlo, tiene capacidad jurídica.

Por capacidad de obrar se entiende la capacidad para ejercitar dichos derechos y obligaciones. Por ello su atribución implica determinados requisitos que no concurren en toda persona. Y para que puedan ser ejercitados los derechos y cumplidas las obligaciones de quienes tienen una capacidad de obrar limitada o carecen en absoluto de ella, el Derecho articula determinados mecanismos de representación legal, los cuales, en interés precisamente de la persona carente de capacidad de obrar plena, quedan sometidos a determinados controles y cautelas.

La característica de los derechos reales de garantía , tal y como resulta artículo 1858 CC es que “*vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor*”. De donde resulta que no estamos ante un simple acto de administración, dado que, aun cuando la enajenación de bien pignorado no tenga necesariamente que producirse, bien puede calificarse la constitución de la prenda como acto de disposición. De ahí el principio general recogido por la doctrina de que para constituir prenda se necesita la misma

capacidad que para enajenar el bien objeto de la misma.

Desde este punto de partida no hay problemas cuando se trata de personas mayores de edad plenamente capaces, ya sea el caso de pignorar derechos propios en garantía de operaciones ajenas o en garantía de operaciones propias.

A) *Matrimonio.*

Es evidente que la plena capacidad subsiste en caso de matrimonio, pues hoy día el mismo no implica alteración respecto de la capacidad de obrar de cada cónyuge. No obstante ello, y tratándose la constitución de la garantía prendaria, como se ha dicho, de un acto de disposición, y pudiendo afectar a bienes comunes de ambos cónyuges, conviene hacer una referencia, siquiera breve, a los distintos regímenes económico matrimoniales.

a) Si se trata de un régimen económico pactado (arts. 1315 y 1325 CC), distintos de los previstos legalmente, habrá que estar a lo pactado por los cónyuges en los capítulos matrimoniales en lo relativo a administración y disposición de bienes.

b) Si estamos ante un régimen de separación de bienes o participación cada cónyuge administra y dispone de sus propios bienes (arts. 1412 y 1437 CC relativos al régimen de participación y separación de bienes respectivamente), no será preciso el consentimiento del otro cónyuge para la constitución de un gravamen prendario. Sin olvidar la presunción del art. 1441 CC que en sede de separación de bienes señala que “cuando no sea posible

acreditar a cuál de los cónyuges pertenece algún bien o derecho, corresponderá ambos cónyuges por mitad”.

c) Más complejo es el caso de que nos encontremos ante un régimen de comunidad. Refiriéndonos en concreto a la sociedad de gananciales del Código civil, la regla general es que cada cónyuge tiene la administración y disposición de sus bienes privativos y en cuanto a los gananciales o comunes corresponde a ambos cónyuges conjuntamente (arts. 1375 a 1377 CC).

Esta regla general tiene, sin embargo sus matizaciones:

1.- Art. 1384 CC *Serán válidos los actos de administración de bienes y los de disposición de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren o en cuyo poder se encuentren.* De donde resulta que sería posible una pignoración de dinero (prenda irregular) o de un depósito bancario o plazo fijo realizado por su titular nominal.

2.- Art. 1385 CC *Los derechos de crédito, cualquiera que sea su naturaleza, serán ejercidos por aquel de los cónyuges a cuyo nombre aparezcan constituidos. Cualquiera de los cónyuges podrá ejercer la defensa de los bienes y derechos comunes por vía de acción o de excepción.*

3.- Art. 1377 CC que prevé que para el caso de que uno de los cónyuges negare su consentimiento o estuviere impedido para prestarlo el Juez puede autorizar uno o varios actos dispositivos si lo considera de interés para la familia.

4.- Art. 1388 y 1389 CC que para los casos de separación de hecho, imposibilidad de prestar consentimiento o abandono de la familia, prevén que los Tribunales puedan conferir la



administración a uno sólo de los cónyuges, estableciendo que dicho cónyuge necesitará autorización judicial para realizar actos de disposición (incluyendo por tanto los derechos reales de garantía y entre ellos la pignoración) sobre inmuebles, establecimientos mercantiles, *objetos preciosos o valores mobiliarios*, salvo el derecho de preferente suscripción. La interpretación amplia o estricta de *objetos preciosos* la examinaremos seguidamente.

De ellos la excepción fundamental a la regla general de la actuación conjunta consagrada en el art. 1377 CC, es la del art. 1384 que permite los actos de disposición, y por tanto los de gravamen, de dinero o títulos valores realizados por el cónyuge a cuyo nombre figuren.

Respecto a los títulos valores, a diferencia de lo dispuesto en el caso de menores que habla como veremos de valor mobiliario, aquí se utiliza este otro término que abarca los documentos que incorporan en sí derechos de diversa naturaleza con la consecuencia de que el hallarse en su poder legitima para el ejercicio de los derechos incorporados y para su transmisión. En este concepto se incluirían los valores representados por medio de anotaciones en cuenta cuyo registro contable equivale al título de legitimación recogido en el artículo que comentamos. Por el contrario no se incluirían las participaciones de sociedades limitadas, ni títulos representativos de la condición de socio en las sociedades personalistas, cooperativas, ni las acciones no emitidas, que requerirían el consentimiento de ambos cónyuges para su pignoración.

Por lo que refiere al dinero, la prevención del art. 1384 autorizaría la constitución por un solo cónyuge de una prenda irregular de dinero con tal que estuviese en su poder.

Respecto de la pignoración de una imposición a plazo fijo, que no es propiamente una prenda irregular de dinero, como luego examinaremos, sino la pignoración del crédito a su restitución frente a la entidad bancaria, relacionando este precepto con el art 1385 CC que atribuye el ejercicio de los derechos de crédito al cónyuge a cuyo nombre aparezca constituido, cabe plantearse la posibilidad de la misma solución. Ciertamente el art. 1385 CC habla de ejercicio, lo que podría llevar a pensar que no permite actos dispositivos, y por tanto de gravamen, sobre el derecho de crédito constituido a nombre de un solo cónyuge, pero que recae o procede de bienes o derechos gananciales (si no seguiría el régimen del patrimonio privativo de cada cónyuge). Sin embargo, un adecuado entendimiento del precepto, nos llevaría a enfocarlo desde una perspectiva fundamentalmente procesal y no sustantiva, como resultaría de lo tratado en su párrafo segundo, de forma que la posible disposición de un derecho de crédito, mediante su renuncia o pignoración, por poner un ejemplo, dependería del objeto mismo de la prestación, esto es, si es un crédito dinerario se aplicaría la norma del art. 1384 CC, siendo válidos los actos de pignoración y disposición en general realizados por el cónyuge a cuyo nombre aparecieren constituidos, de donde cabe concluir que es posible la pignoración de una imposición a plazo fijo formalizada exclusivamente por el cónyuge titular de la misma con independencia del origen ganancial o privativo del dinero objeto de la imposición.

B) *Menor de edad o incapacitados.*

Tratándose de menores de edad o judicialmente incapacitados, su falta de plena capacidad de obrar es suplida por sus representantes legales (titulares de la patria potestad o tutor). Sin embargo, en este caso, la correlación de los intereses en juego no es tan sencilla. Ciertamente, y como señala CACHÓN BLANCO<sup>155</sup>, conviene distinguir dos casos:

1.- El primero, que la prenda se constituya en garantía del propio menor o incapaz. Piénsese en el caso de que el menor sea titular de una empresa o negocio y sus representantes legales solicitan un préstamo para el funcionamiento de ésta y la entidad crediticia le exige una garantía real. En este supuesto hay una correlación de intereses entre los derechos y las obligaciones que asume el menor.

2.- El segundo, aquel en que la prenda se constituya en garantía de un tercero, que puede ser incluso el propio titular de la patria potestad o tutor. Aquí el menor o incapaz sólo asume obligaciones sin contrapartida alguna a su favor. En este segundo supuesto se plantea un claro conflicto de intereses que debe tenerse siempre en cuenta, pues si bien, las normas jurídicas que regulan la representación de menores o incapacitados tienen a protegerles con carácter general siempre que haya un conflicto de intereses ya sea de forma directa o inmediata como de forma directa o mediata

---

<sup>155</sup> CACHÓN BLANCO, J.E., “Capacidad de obrar y derechos reales de garantía” en *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, (Coord. Ubaldo Nieto y Muñoz Cervera), pág. 101, Madrid, 1996.

habrá que aplicar los mecanismos previstos para el supuesto de conflicto.

a) Sujetos a patria potestad.

En caso de menor sujeto a patria potestad o incapacitados judicialmente sobre los que se haya prorrogado o rehabilitado la patria potestad<sup>156</sup>, la administración y disposición de sus bienes corresponde por regla general a los titulares de la misma (arts. 164 y 166 CC), con las excepciones previstas en el propio art. 164 y en el art. 165, y las prevenciones previstas para los actos de disposición en el art. 166.

Tratándose del caso que nos ocupa, la constitución de una pignoración, de un derecho real de garantía, y por razón de su naturaleza accesorio de una obligación principal (art. 1857 1º CC) procederá determinar el régimen aplicable al acto principal, toda vez que el supuesto más típico va a ser la constitución de la prenda en garantía de préstamos y créditos bancarios, y resulta que, a diferencia de la previsión expresa que encontramos en las normas sobre la tutela (art. 271 8º CC) y respecto del menor emancipado (art. 323 CC), en materia de administración y disposición de bienes de menores sujetos a patria potestad el Código civil guarda silencio

---

<sup>156</sup> El art 171 CC dispone que *La patria potestad sobre los hijos que hubieran sido incapacitados quedará prorrogada, por ministerio de la Ley, al llegar aquéllos a la mayor edad. Si el hijo mayor de edad soltero que viviere en compañía de sus padres o de cualquiera de ellos fuere incapacitado se rehabilitará la patria potestad, que será ejercida por quien correspondiere si el hijo fuera menor de edad. La patria potestad prorrogada en cualquiera de estas dos formas se ejercerá con sujeción a lo especialmente dispuesto en la resolución de incapacitación y, subsidiariamente, en las reglas del presente título.*

sobre este punto, lo que provocó distintas opiniones doctrinales:

1.- Una interpretación literal, basada en la comparación de los arts. 166 y 271 8º del CC, lleva a considerar no necesaria la autorización judicial, argumentando que donde se ha querido establecer tal necesidad de autorización se ha hecho.

2.- Un amplio grupo de autores considera por el contrario que sí debería exigirse dicha autorización, toda vez que, teniendo en cuenta el régimen de responsabilidad patrimonial universal (art. 1911 CC), el tomar dinero a préstamo supone una afección o gravamen indirecto de su patrimonio<sup>157</sup>.

La cuestión en cualquier caso no es del todo clara. Piénsese en la doctrina de los actos complejos o conexos que partiendo de un acto principal de adquisición (no sujeto por tanto a autorización judicial) pueda asumirse un préstamo destinado a la misma que incluso pueda estar garantizado con un gravamen<sup>158</sup>.

---

<sup>157</sup> Entre otros LINACERO DE LA FUENTE, M.A., en *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Madrid, 1990, pág. 231, que considera exigible la autorización judicial en cuanto los actos citados *implicasen un cierto riesgo*, FERNÁNDEZ-MARTOS, E., en *La contratación mercantil y el Corredor de Comercio*, Saetabis, 1987, pág. 202, que la exige *ante el riesgo potencial que para su patrimonio se produciría* abogando por aplicar analógicamente a tal supuesto el art. 166 CC.

<sup>158</sup> Aun referido a inmuebles y préstamo garantizado con hipoteca cabe citar en este sentido la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 7 de julio de 1998 (LA LEY 8119/1998): “*El Registrador inscribe la compraventa pero deniega la inscripción de la hipoteca por no acreditarse la pertinente autorización judicial a que se refiere el artículo 166 Código Civil. Si se tiene en cuenta: a) Que los padres, como representantes legales de sus hijos y administradores de sus bienes pueden, sin autorización judicial, realizar actos de aplicación de dinero o capitales de los sometidos a su patria potestad en la adquisición de bienes inmuebles (cfr. art. 154, párr. segundo, número segundo CC), aun cuando éstos se hallen gravados (resolución de 2 de julio de 1931); b) Que, según la doctrina de este centro directivo (cfr. resoluciones de 13 de mayo y 4 de noviembre de 1968), cuando el negocio concluido entra en la categoría de los negocios complejos, de naturaleza unitaria porque los elementos heterogéneos que lo constituyen hay una íntima soldadura al aparecer fundidas*”

En nuestra opinión y para resolver la cuestión cabría argumentar lo siguiente:

1.- El Código civil en los arts. 164 y ss. atribuye a los titulares de la patria potestad una amplia libertad para gestionar como administradores el patrimonio de los hijos bajo su potestad.

2.- El concepto de administración, en esta regulación, debe entenderse en un sentido amplio, abarcando no sólo los actos puramente conservativos sino también actos de explotación económica y de disposición. No de otra forma se puede entender el art. 166 que comentamos en el sentido que somete a cautelas determinados actos de enajenación o gravamen y sobre determinados bienes y no otros<sup>159</sup>.

3.- Consecuente con lo anterior, la enumeración del art. 166, en cuanto tales limitaciones a la regla general, deben ser de

---

*en una síntesis las diversas declaraciones emitidas que confluyen en un único negocio que es resultado de las variadas causas que en él concurren, no puede escindirse en los dos negocios que lo formen y aplicar a cada uno las normas propias del contrato tipo, sino que por el contrario, la causa compleja que le sirve de base ha absorbido las concurrentes y determina la primacía de uno de ellos que, en el presente caso, es la compraventa, como resulta de las propias manifestaciones de la compradora expresadas en la escritura; y c) Que atendiendo al espíritu y finalidad de la norma del art. 166 CC, resulta injustificada su aplicación al supuesto en el que, al ingresar ya gravado el bien inmueble en el patrimonio de los menores, no se realiza un acto independiente de gravamen que comprometa o arriesgue sus patrimonios preexistentes.” La Resolución y la negativa a inscribir del Registrador de la Propiedad se refieren fundamentalmente al gravamen hipotecario pero implícitamente al admitir en este caso dicho gravamen se está permitiendo al titular de la patria potestad tomar dinero a préstamo; de hecho el Notario en sus argumentos recoge que “la facultad de carácter general que resulta restringida en los casos previstos por el art. 166 CC, que según la ley restringe la legitimación del progenitor administrador para varios contratos de sustancia dispositiva, pero no para tomar dinero a préstamo”.*

<sup>159</sup> En este sentido ARANDA RODRÍGUEZ, R., en *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999, págs. 27-28, para quien la gestión del patrimonio se identifica con su administración en sentido amplio e incluye todos los actos que inciden sobre los bienes y derechos del menor cualquiera que sea su alcance siempre que se observen las formalidades legales; de esta forma el poder de representación de los padres está delimitado por la Ley en forma de exclusión pudiendo representar al hijo en todo lo que no esté excluido por la ley.

interpretación restrictiva y no extenderse más allá de lo recogido en ellas.

4.- Cuando el legislador ha querido limitar o someter a autorizaciones o complementos la posibilidad de tomar dinero a préstamo, lo ha dicho expresamente (así art. 323 CC respecto del menor emancipado o art. 217 8º CC respecto del tutor).

5.- Toda actividad de gestión y conservación de un patrimonio entraña un ejercicio responsable de las facultades atribuidas *ex lege* o *ex voluntate*, sin que sea lógico que cualquier acto que exceda de la administración *strictu sensu* se someta a un control previo judicial pues ello podría llevar a la parálisis de la gestión patrimonial en perjuicio del propio menor.

6.- En relación con lo anterior existe la posibilidad de adoptar medidas cautelares que pueden llegar a excluir a los padres de la administración a petición del propio menor, del Ministerio Fiscal o un pariente de aquel (art. 158 4º y 167 CC) y el derecho de los hijos al alcanzar la mayoría de edad de exigir rendición de cuentas y reclamar posibles daños y perjuicios (art. 168 CC).

En nuestra opinión, por tanto, los padres sí podrían pedir dinero a préstamo en representación de sus hijos sujetos a patria potestad y contraer obligaciones en nombre de sus hijos menores. Cuestión distinta es que las actuaciones concretas de los progenitores puedan comprometer el patrimonio del menor o ponerlo en peligro, en cuyo caso se puede acudir en prevención de riesgos futuros a los citados arts. 158 4º y 167 CC y en todo caso a la acción de responsabilidad contra los padres del art. 168 CC<sup>160</sup>.

---

<sup>160</sup> A favor de que se pueda tomar dinero a préstamo en nombre del hijo entre otros DÍEZ GARCÍA, H., *Comentarios al Código Civil*, t. II (Coord.

Por lo que refiere al concreto negocio de gravamen y partiendo del supuesto general de representación del menor por los titulares de la patria potestad *sin conflicto de intereses*, y considerando como ya hicimos tal negocio de gravamen pignoraticio como acto de disposición de los bienes y derechos pignorados por cuanto puede llevar implícita la enajenación de los mismos, debe considerarse aplicable el art. 166 CC *Los padres no podrán renunciar a los derechos de que los hijos sean titulares ni enajenar o gravar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos o valores mobiliarios, salvo el derecho de suscripción preferente de acciones, sino por causas justificadas de utilidad o necesidad y previa la autorización del Juez del domicilio, con audiencia del Ministerio Fiscal. (...).*

*No será necesaria autorización judicial si el menor hubiese cumplido dieciséis años y consintiere en documento público, ni para la enajenación de valores mobiliarios, siempre que su importe se reinvierta en bienes o valores seguros.*

La cuestión es si la pignoración, siendo que ésta recae sobre bienes muebles, y más en concreto en nuestro objeto de estudio si recae sobre dinero o derechos de crédito, puede

---

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.), Valencia, 2013, págs. 1715 y ss.; CORTIÑAS RODRÍGUEZ ARANGO, C., *opus cit.*, pág. 53.

Solución contraria recoge el Derecho Catalán (art. 236-27.1.f 1. *Los progenitores o, si procede, el administrador especial, con relación a los bienes o derechos de los hijos, necesitan autorización judicial para los siguientes actos: (... )f) Dar y tomar dinero en préstamo o a crédito, salvo que este se constituya para financiar la adquisición de un bien.*) y el Derecho Aragonés (art. 15.1.d del Código de Derecho Foral de Aragón *El representante del menor necesita autorización previa de la Junta de Parientes o del Juez para: (... )f) Dar y tomar dinero en préstamo o a crédito, salvo que este se constituya para financiar la adquisición de un bien.*



entenderse comprendida dentro de los supuestos que para el precepto citado requieren autorización judicial.

Debemos partir de señalar que el fundamento del precepto no es la ya arcaica distinción entre bienes muebles e inmuebles, de forma que sólo se brinde protección a éstos últimos, sino que es eminentemente protectora del patrimonio del menor, entendiendo éste en una acepción amplia, de forma que el régimen de la autorización judicial debe extenderse a aquellos bienes y derechos que han de considerarse de especial valor.

Conviene, en primer lugar, tratar el supuestos de la pignoración de los “*valores mobiliarios*”. La prenda de valores mobiliarios exige autorización judicial, excepción hecha del supuesto de que el menor titular de los mismos tenga dieciséis años y consienta en documento público (obviamente la otra excepción que prevé el artículo, esto es, la reinversión de su importe en bienes o valores seguros, juega para la enajenación pero no para el gravamen).

La cuestión es qué amplitud le damos al concepto de *valor mobiliario*, término que recogió el Código civil en el citado artículo 166 tras la reforma de 13 de mayo de 1981, y que venía limitado por la doctrina tradicional al título-valor emitido en serie o en masa, categoría que abarcaba las acciones, obligaciones, Deuda Pública, derechos de suscripción y hasta por analogía las participaciones en Fondos de Inversión.

La cuestión no es baladí por cuanto lo que incorporemos

dentro del concepto de *valor mobiliario* a los efectos del precepto que comentamos requerirá necesariamente autorización judicial para su pignoración. Caso contrario estaríamos en el supuesto que examinaremos después.

Ocurre que desde la Ley de Mercado de Valores de 29 de julio de 1988 se utiliza el concepto más amplio de *valor negociable*<sup>161</sup>. Este concepto engloba tanto los valores

---

<sup>161</sup> El art 2 de la Ley del Mercado de Valores incluye en su ámbito los instrumentos financieros que enumera. En el punto 1 señala *Los valores negociables emitidos por personas o entidades, públicas o privadas, y agrupados en emisiones. Tendrá la consideración de valor negociable cualquier derecho de contenido patrimonial, cualquiera que sea su denominación, que por su configuración jurídica propia y régimen de transmisión, sea susceptible de tráfico generalizado e impersonal en un mercado financiero.*

*Se considerarán en todo caso valores negociables, a los efectos de la presente Ley:*

*a) Las acciones de sociedades y los valores negociables equivalentes a las acciones, así como cualquier otro tipo de valores negociables que den derecho a adquirir acciones o valores equivalentes a las acciones, por su conversión o por el ejercicio de los derechos que confieren.*

*b) Las cuotas participativas de las cajas de ahorros y las cuotas participativas de asociación de la Confederación Española de Cajas de Ahorros.*

*c) Los bonos, obligaciones y otros valores análogos, representativos de parte de un empréstito, incluidos los convertibles o canjeables.*

*d) Las cédulas, bonos y participaciones hipotecarias.*

*e) Los bonos de titulización.*

*f) Las participaciones y acciones de instituciones de inversión colectiva.*

*g) Los instrumentos del mercado monetario entendiéndose por tales las categorías de instrumentos que se negocian habitualmente en el mercado monetario tales como las letras del Tesoro, certificados de depósito y pagarés, salvo que sean librados singularmente, excluyéndose los instrumentos de pago que deriven de operaciones comerciales antecedentes que no impliquen captación de fondos reembolsables.*

*h) Las participaciones preferentes.*

*i) Las cédulas territoriales.*

*j) Los "warrants" y demás valores negociables derivados que confieran el derecho a adquirir o vender cualquier otro valor negociable, o que den derecho a una liquidación en efectivo determinada por referencia, entre otros, a valores*

representados por títulos (concepto estricto y tradicional de los valores mobiliarios) como los representados por anotaciones en cuenta. Esta Ley distingue dentro de su ámbito de aplicación entre los valores negociables y otros instrumentos financieros<sup>162</sup>,

---

*negociables, divisas, tipos de interés o rendimientos, materias primas, riesgo de crédito u otros índices o medidas.*

*k) Los demás a los que las disposiciones legales o reglamentarias atribuyan la condición de valor negociable.*

*l) Las cédulas y bonos de internacionalización.*

<sup>162</sup> Art. 2 (...) “2. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con valores, divisas, tipos de interés o rendimientos, u otros instrumentos financieros derivados, índices financieros o medidas financieras que puedan liquidarse en especie o en efectivo.

3. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a petición de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro suceso que lleve a la rescisión del contrato).

4. Contratos de opciones, futuros, permutas y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que puedan liquidarse en especie, siempre que se negocien en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación.

5. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con materias primas que puedan ser liquidados mediante entrega física no mencionados en el apartado anterior de este artículo y no destinados a fines comerciales, que presentan las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.

6. Instrumentos financieros derivados para la transferencia del riesgo de crédito.

7. Contratos financieros por diferencias.

8. Contratos de opciones, futuros, permutas, acuerdos de tipos de interés a plazo y otros contratos de instrumentos financieros derivados relacionados con variables climáticas, gastos de transporte, autorizaciones de emisión o tipos de inflación u otras estadísticas económicas oficiales, que deban liquidarse en efectivo o que puedan liquidarse en efectivo a elección de una de las partes (por motivos distintos al incumplimiento o a otro supuesto que lleve a la rescisión del contrato), así como cualquier otro contrato de instrumentos financieros derivados relacionado con activos, derechos, obligaciones, índices y medidas no mencionados en los anteriores apartados del presente artículo, que presentan

señalando que a estos últimos “*les serán de aplicación, con las adaptaciones que, en su caso, sean precisas, las reglas previstas en esta Ley para los valores negociables*” (art. 2).

En tal sentido la Ley de Sociedades Anónimas siguió denominando a las acciones, ya se representasen por medio de títulos ya mediante anotaciones en cuenta como valores mobiliarios y así ha pasado a la Ley de Sociedades de Capital (Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital)<sup>163</sup>.

No cabe mantener una interpretación estricta del *valor mobiliario* a que se refiere el art. 166 CC, considerándolo aplicable únicamente al sentido tradicional como equivalente al título valor emitido en serie o en masa. Tampoco parece razonable extenderlo únicamente a los valores representados por anotaciones en cuenta al modo que recoge la legislación de sociedades de capital. Las normas deben interpretarse, entre otros criterios, en relación con la realidad social (y por tanto jurídico-económica) del tiempo en que deben ser aplicadas (art. 3. 1 CC), y desde la ley de 13 de mayo de 1981 que dio la redacción vigente del art. 166 CC, ha ido apareciendo nuevos *valores negociables* que ya no se corresponden con el concepto tradicional de valor mobiliario (pagarés de empresa

---

*las características de otros instrumentos financieros derivados, teniendo en cuenta, entre otras cosas, si se negocian en un mercado regulado o sistema multilateral de negociación, se liquidan a través de cámaras de compensación reconocidas o son objeto de ajustes regulares de los márgenes de garantía.*”

<sup>163</sup> Art. 92: “*La acción como valor mobiliario.*”

*1. Las acciones podrán estar representadas por medio de títulos o por medio de anotaciones en cuenta. En uno y otro caso tendrán la consideración de valores mobiliarios.*”

o las operaciones de opciones y futuros por citar algunos).

CACHÓN BLANCO<sup>164</sup> entiende que el concepto moderno de *valor mobiliario* debe incluir todas aquellas realidades jurídicas representativas (sean títulos valores, sean anotaciones en cuenta) de determinados derechos, sometidas a un régimen diferenciado del de la cesión de créditos y que además sean susceptibles de incorporación al concepto de emisión. En este sentido debe hacerse equivalentes los términos *valor mobiliario* y *valor negociable*, exigiendo para la pignoración de los mismos por parte de los titulares de la patria potestad la autorización judicial<sup>165</sup>.

Quedarían fuera desde esta perspectiva los títulos valores aislados no emitidos en masa, fundamentalmente los efectos de comercio (letras de cambio, cheques, pagarés), y todas aquellas realidades que no encajen en el concepto de valor negociables antes reseñado, por ejemplo los certificados de depósito representativos de un depósito bancario individualizado.

¿Qué ocurre con las participaciones de una sociedad limitada? Las mismas no pueden incorporarse a títulos ni tienen carácter de valores. La ley es clara en este punto<sup>166</sup>. Supuesta la interpretación restrictiva que de las limitaciones del art. 166 CC se

---

<sup>164</sup> *Opus cit.* págs. 109-110.

<sup>165</sup> En este mismo sentido, referido en concreto a las participaciones de fondos de inversión mobiliaria, MALO CONCEPCIÓN, J.V., en *opus cit.* “Prenda de participaciones en fondos ...”, pág. 224.

<sup>166</sup> Ley de Sociedades de Capital, art. 92: “2. *Las participaciones sociales no podrán estar representadas por medio de títulos o de anotaciones en cuenta, ni denominarse acciones, y en ningún caso tendrán el carácter de valores.*”

propugna habría que concluir que no están incluidas las participaciones sociales en el concepto de valor mobiliario que utiliza el precepto y en cuanto tales su pignoración no requería de autorización judicial a los titulares de la patria potestad. Sin embargo no deja de haber cierta similitud entre gravar las participaciones en una sociedad limitada y el gravamen del establecimiento mercantil, para el cual sí se exige la autorización judicial. No se puede por menos que reconocer que es una cuestión discutible.

Por su parte CORTIÑAS RODRÍGUEZ-ARANGO<sup>167</sup> considera que quedarán fuera y serán en principio susceptibles de prenda las participaciones sociales (que no tienen como se ha dicho el carácter de valores mobiliarios); los efectos de comercio (pagarés de empresa o pagarés cambiarios), saldos bancarios, ya se trate de saldos de depósito a la vista o en cuenta corriente, en cuentas de ahorro o imposiciones a plazo fijo; por el contrario quedarían dentro de la necesaria autorización judicial las acciones de Sociedades Anónimas, la Deuda Pública en todas sus modalidades; Obligaciones y Bonos, los Fondos de Inversión, las opciones de coticen el mercados de futuros; los títulos de tradición tales como warrants, conocimientos de embarque.

Todos los casos no comprendidos en el concepto de valor mobiliario en el sentido antes expresado, o bien no requerirían autorización judicial para su pignoración por parte de los titulares de la patria potestad, o bien se incluye en la categoría citada por el art. 166 CC de *objeto precioso* que pasamos a examinar.

---

<sup>167</sup> CORTIÑAS RODRÍGUEZ-ARANGO, C., *opus cit.*, pág. 54.

Excluidos del concepto de valores mobiliarios-valores negociables los supuestos de pignoración de derechos de crédito en sus distintas modalidades que no entren en el mismo, lo que puede plantarse es si, en atención a su importancia económica, cabe entenderlos incluidos dentro de la categoría de *objeto precioso* a los efectos de exigir autorización judicial. La misma es un concepto difuso que cabe relacionar con términos análogos que utiliza el propio código, como el de *objeto de extraordinario valor* que utilizan de los arts. 1321 y 323, y que hay que considerar equivalentes. El art. 271 CC a propósito de los actos para los que el tutor precisa autorización judicial utiliza la expresión *objetos preciosos*.

Esta dualidad terminológica en opinión de la doctrina no tiene repercusión en la práctica debiendo considerarse términos equivalentes que, en cualquier caso, y dado que los bienes inmuebles se mencionan expresamente, deben entenderse referidos a bienes muebles. Pero ¿qué bienes muebles?

Puede entenderse básicamente de tres maneras:

1.- Una interpretación estricta consideración por *objeto precioso* u *objeto de extraordinario valor* aquellos que tienen un singular valor artístico o histórico.

2.- Una interpretación amplia de carácter objetivo considerando por tal todo elemento patrimonial que en el *contexto social o económico* se pueda considerarse económicamente valioso.

3.- Una interpretación amplia pero de carácter subjetivo esto es todo elemento patrimonial que se pueda considerarse económicamente valioso *en relación al patrimonio del propio*

*menor.*

De acuerdo con la primera orientación no cabe hacer una interpretación extensiva a bienes y derechos no citados expresamente por el precepto. Las limitaciones son de interpretación restrictiva y extender los casos en que fuere necesaria la autorización judicial podría entorpecer una gestión adecuada y diligente del patrimonio del menor que en ocasiones exige poder disponer de su patrimonio mobiliario. Esta parece ser la opinión de DÍEZ PICAZO y GULLÓN<sup>168</sup>, y de la sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1989<sup>169</sup>, en un caso en que la madre, única titular de la patria potestad concertaba con una entidad bancaria una cuenta corriente de crédito para la empresa familiar en garantía de la cual pignoraba unas imposiciones a plazo fijo titularidad de sus hijos menores, da por válida la garantía prestada señalando que *“siendo constante la doctrina de esta Sala, sancionadora de una interpretación restrictiva en cuanto a las normas prohibitivas; ni tampoco puede ser admisible la interpretación analógica (...) extrapolando normas de otras instituciones jurídicas”* y añade que *“la representación legal de los hijos menores, ejercitada por los padres que ostenten la patria potestad, tiene su concreta regulación, y las limitaciones correspondientes, en los arts. 162 y ss. CC, habiendo hecho figurar el legislador en los mismos: los actos exceptuados de la representación, el conflicto de intereses, los bienes excluidos de la administración paterna, y los actos traslativos y de gravamen que*

---

<sup>168</sup> DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de Derecho civil Vol. IV*, Cuarta Edición, Madrid, 1998, pág. 277.

<sup>169</sup> LA LEY 1508-JF/0000.



*les está prohibido efectuar a los padres sin cumplir ciertos requisitos; esta reglada actividad de representación y administración paterna, tiene su lógico colofón en el art. 168 CC cuyas acciones, en todo caso, tiene reservadas los menores (...)*”<sup>170</sup>

Para los partidarios de la interpretación extensiva no parece admisible una interpretación literal y estricta como referido a joyas, alhajas, cuadros, obras de arte, etc., por entender que podrían quedar huérfanos de protección actos de disposición o gravamen que podrían comprometer gravemente el patrimonio del menor. En la práctica nos encontramos ante un concepto indeterminado, considerando algunos como tal todo aquello que objetivamente sea de mucho valor o elevado coste según los criterios objetivos imperantes en la comunidad<sup>171</sup>, o un bien con auténtico valor económico. Esta interpretación, precisamente por el carácter indeterminado del término, plantea como interrogante quién deberá efectuar la valoración o no como precioso del bien o derecho a pignorar. Cabría mantener que el propio titular de la patria potestad, que, en los casos dudosos, acudiría a la autoridad judicial.

---

<sup>170</sup> GIL RODRÍGUEZ, J., es crítico con esta sentencia en la que además según entiende este autor existía un conflicto de intereses. “Comentario a la STS 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7915)” *CCJC* 22/1990 págs. 55 y ss. ARANDA RODRÍGUEZ, R., en *La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999, pág. 41 considera un caso de conflicto de intereses siempre que se graven bienes de los menores para beneficio exclusivo de los padres, así, la pignoración de imposiciones a plazo fijo para obtener un préstamo a favor único y exclusivo.

<sup>171</sup> MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T., “Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad”, *RDP*, abril y marzo 1986.

Pero se plantea el problema añadido de si pueden considerarse al dinero o a los créditos titularidad del menor como *objetos preciosos*. Aun manteniendo la interpretación extensiva parece evidente que el legislador no está pensando en el dinero al hacer referencia al objeto precioso, aunque no falta quien sostenga la interpretación contraria<sup>172</sup>. Según CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.<sup>173</sup>, el progenitor necesita autorización judicial para constituir una prenda sobre el crédito del menor a la restitución de una imposición a plazo fijo.

Lo cierto es que la interpretación amplia del concepto de *objeto precioso* adolece de graves defectos de indeterminación, sobre todo si tenemos en cuenta que puede afectar a terceros acreedores a cuyo favor se haya constituido garantía sobre créditos o depósitos titularidad del menor. Sería tanto como dejar la validez de la garantía constituida al *albur* de circunstancias y valoraciones de imposible conocimiento por los terceros intervinientes en el negocio jurídico de garantía. En nuestra opinión quizá no habría que atender tanto al valor del derecho o crédito pignorado sino a las circunstancias personales concurrentes, esto es, en caso de garantías a favor de terceros o en supuestos en que concurra

---

<sup>172</sup> Así CACHÓN BLANCO, J.E., *opus cit.*, se plantea el supuesto de que el único patrimonio del menor sea una cantidad determinada de dinero, que en su opinión la protección del menor quedaría sensiblemente desprotegida de no aceptarse un concepto amplio de objeto precioso. Otros como SÁNCHEZ VENTURA, J., y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F., *opus cit.*, entienden que siendo excepcional el art. 166 CC los casos dudosos no deben considerarse como preciosos. En contra PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M., *Derecho de Familia*, Madrid, 1989.

<sup>173</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *opus cit.*, tomo II, pág. 162.

conflicto de intereses requeriría autorización judicial, en caso de garantías prestadas por operaciones del propio menor no sería precisa la autorización judicial.

Finalmente señalar que, como indica el propio art 166, no será necesaria la autorización judicial, caso de que se considere imprescindible para formalizar la pignoración de un derecho o crédito determinado, si el menor (no incapacitado por supuesto) tiene dieciséis años y consiente en documento público, que normalmente será la escritura pública o póliza intervenida por Notario, que formalice la propia pignoración.

b) Sujetos a tutela.

En el caso de los sujetos a tutela dispone el art. 271 CC en sus puntos 2º, 8º y 9º que *“El tutor necesita autorización judicial: (...) 2º Para enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios de los menores o incapacitados, o celebrar contratos o realizar actos que tengan carácter dispositivo y sean susceptibles de inscripción. Se exceptúa la venta del derecho de suscripción preferente de acciones. (...) 8º Para dar y tomar dinero a préstamo. (...) 9º Para disponer a título gratuito de bienes o derechos del tutelado (...)”*. En base a ello el tutor necesitará autorización judicial para constituir prenda en garantía de un préstamo o cualquier otro negocio jurídico cuya finalidad económica coincida con el préstamo.

c) Menores emancipados.

La emancipación habilita al menor de edad para regir su persona y bienes como si fuera mayor. A esta situación hay que equiparar el llamado beneficio de la mayor edad del art. 321 CC. En cualquier caso la capacidad de obrar reconocida al emancipado tiene sus limitaciones, en las que requiere el complemento de su capacidad (consentimiento de sus padres o a falta de ambos de su curador). Dichas limitaciones y en la materia que nos interesa son tomar dinero a préstamo, enajenar o gravar bienes inmuebles, establecimientos mercantiles u objetos de extraordinario valor.

A diferencia del art. 166 CC, aquí sí que se recoge expresamente el régimen para el caso de tomar dinero a préstamo, negocio jurídico para el que el emancipado necesitará complemento de capacidad. Entendemos que esta limitación debe extenderse a cualquier otro negocio jurídico cuya finalidad económica coincida con la del préstamo dinerario tales como una cuenta de crédito e incluso operaciones de descuento.

Al contrario, no menciona los valores mobiliarios y utiliza el concepto residual o genérico de *bienes de extraordinario valor*. Este último término debe considerarse como equivalente al de *objetos preciosos* a cuya delimitación anterior nos remitimos. Aceptado el criterio amplio de que en tal categoría se incluyen no sólo los bienes objetivamente preciosos sino el criterio subjetivo en referencia a la cuantía o importancia económica en relación con el patrimonio del menor, vuelve a plantearse si no existe limitación nunca o al contrario sí la existe en algún caso para pignorar valores

mobiliarios y derechos de crédito<sup>174</sup>.

En todos aquellos casos en que la garantía sea accesoria de un préstamo concedido al menor emancipado, y dado que éste va a requerir el consentimiento de los padres o a falta de ambos del curador, la cuestión afectará de forma indirecta a la constitución de la garantía prendaria toda vez que lo normal es que el contrato de préstamo y el de garantía se formalicen en un mismo instrumento.

C) *Desaparecido y declarado ausente.*

El art. 181 CC para el caso de ausencia de una persona sin representación legal ni voluntaria, prevé el nombramiento de un defensor que ampare y represente al desaparecido en juicio *o en los negocios que no admitan demora sin perjuicio grave.*

A los efectos de nuestro trabajo, la situación puede tener relevancia sobre todo si el ausente es un empresario o profesional o aun siendo un particular tiene obligaciones pendientes de contraer o en curso que requieren de la constitución de garantías. De los arts. 184 y 185 CC (*corresponde la representación del declarado ausente, la pesquisa de su persona, la protección y administración de sus bienes y el cumplimiento de sus obligaciones (...)* El representante del declarado ausente quedará atendido a las

---

<sup>174</sup> Vide entre otros a MALO CONCEPCIÓN, J.V., en *opus cit.*, “Prenda de participaciones en fondos de ...”, pág. 224, *Doctrinalmente los autores se encuentran divididos entre los criterios objetivos o subjetivos como instrumentos de interpretación de este concepto. En nuestra opinión el principio de seguridad del tráfico orienta hacia la objetividad: el menor emancipado podrá gravar sus participaciones siempre que el importe de las mismas no supere una cantidad que se considere extraordinaria en atención al momento y circunstancias, con toda la dosis de relatividad que ello supone.*

*obligaciones siguientes: (...) 3. Conservar y defender el patrimonio del ausente y obtener de sus bienes los rendimientos normales de que fueren susceptibles.)* se desprende que las facultades del representante del ausente tienden fundamentalmente a la conservación del patrimonio del mismo. En este sentido el art 186 en su último párrafo señala que *Los poseedores temporales de los bienes del ausente no podrán venderlos, gravarlos, hipotecarlos o darlos en prenda, sino en caso de necesidad o utilidad evidente, reconocida y declarada por el Secretario judicial, quien, al autorizar dichos actos, determinará el empleo de la cantidad obtenida.*

En los casos de actividad empresarial o profesional del ausente, se puede mantener que deba primar la idea del patrimonio como unidad productiva en el que lo fundamental es la conservación de la actividad o empresa del ausente, sobre la mera idea del patrimonio en conservación en la que lo fundamental es la tutela de los bienes. En tal sentido deben ser admitidas las operaciones ordinarias propias de la actividad (pueden ir desde préstamos con garantía renovables anualmente, cuentas de crédito para circulante garantizadas con la pignoración de imposiciones a plazo, descuento comercial...). Tales actividades no sólo pueden autorizarse por el Secretario judicial por la vía prevista en el art. 186 citado, sino que en mi opinión pueden haberse adoptado previsiones sobre dichas actuaciones *ab initio* en el momento de nombrar el defensor o representante del ausente, y así cabría deducirlo del art. 181 *in fine* CC que prevé la posibilidad de que el Secretario judicial pueda adoptar, *según su prudente arbitrio, las*

*medidas necesarias a la conservación del patrimonio*<sup>175</sup>.

2. Representantes voluntarios y representación orgánica de personas jurídicas.

*A) Representación voluntaria.*

La teoría sobre el poder voluntario o apoderamiento, a falta de una regulación general del mismo, ha sido de elaboración doctrinal, aplicándose por analogía, y a falta de regulación expresa, las normas contenidas en el Código civil para el contrato de mandato, con las debidas adaptaciones.

Tratándose de apoderados, ya sea el poderdante persona física o jurídica, la constitución de la prenda como ha quedado dicho, debe calificarse como acto de riguroso dominio por lo que exige un poder específico para ello no bastando los mandatos concebidos en términos generales (art. 1713 CC *El mandato concebido en términos generales no comprende más que los actos de administración. Para transigir, enajenar, hipotecar o ejecutar otro acto de riguroso dominio, se necesita mandato expreso (...)*). No obstante la dicción del Código, no hay que confundir el mandato *concebido en términos generales* con lo que en la práctica notarial y tráfico jurídico se conoce como *poder general*, pues éste no es sino un poder especial y expreso para todos y cada uno de los actos y negocios objeto del mismo y que abarcan la generalidad de

---

<sup>175</sup> Los artículos del CC relativos a la declaración de ausencia y sus efectos fueron modificados por la disposición final 1.35 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, atribuyendo competencias en esta materia al Secretario judicial.

actos de dominio y administración. En cualquier caso hay que entender que el poderdante deberá tener la capacidad concreta requerida para el negocio a realizar por el apoderado, en nuestro caso, el poderdante deberá tener capacidad suficiente para disponer y por tanto pignorar, el crédito de que se trate.

Por otra parte dice el art. 1710 CC que *El mandato puede ser expreso o tácito. El expreso puede darse por instrumento público o privado y aun de palabra. La aceptación puede ser expresa o tácita deducida esta última de los actos del mandatario.* Lo cual hay que relacionarlo a su vez con el art. 1280 5º CC según el cual deberán constar en documento público entre otros *el poder para administrar bienes y cualquier otro que tenga por objeto un acto redactado o que deba redactarse en escritura pública o haya de perjudicar a tercero.*

No se trata de examinar en este lugar la teoría general sobre el negocio jurídico de apoderamiento, pero sí interesa destacar que, sobre la base de que el interés protegido ha de ser el del concedente del poder, la interpretación del contenido del mismo ha de ser siempre estricta y así lo viene declarando reiteradamente la DGRN en diversas resoluciones<sup>176</sup>.

---

<sup>176</sup> Entre otras cabe citar la Rs. de 18 de octubre de 1989 que señala que la interpretación *ha de desenvolverse en su ámbito estricto para evitar averiguaciones más o menos aventuradas que puedan dar lugar a extralimitaciones perjudiciales para los intereses del apoderado*; Rs. de 14 de marzo de 1996 que argumentó que *el poder no puede ser objeto de una interpretación extensiva por la cual se incluyan en él, supuestos que no estuvieran previstos en sus propios términos. Pero ello no significa que deba ser interpretado de forma restrictiva ... sino estricta, es decir atendiendo a lo que propiamente y sin extralimitaciones constituye su verdadero contenido*; o Rs. de 1 de junio de 1999 que indicó que *no puede en principio extenderse el mandato a cosas distintas de las comprendidas en su texto.*



B) *Representación orgánica.*

A diferencia de lo visto para la representación voluntaria, la representación orgánica tiene el contenido que resulta de las disposiciones legales, siendo su finalidad la de posibilitar la actuación en el tráfico del sujeto de derecho titular de un patrimonio distinto de la persona natural, a la que la ley, cumplido determinados requisitos, el reconoce personalidad jurídica. Dada tal finalidad, este tipo de representación tiene carácter necesario, viniendo impuesta por la ley en el caso de creación de una persona jurídica. Con todo conviene distinguir las personas jurídicas sometidas a principios mercantiles de aquellas otras sometidas a principios civiles o a finalidades de interés general.

a) *Sociedades mercantiles.*

En la actualidad, y especialmente por lo que refiere a las sociedades de capital, la determinación legal del contenido de la representación orgánica tiene un carácter muy amplio por dos razones: una, que al responder a intereses privados de carácter económico, las restricciones impuestas al ámbito de representación son excepción y vienen desconectadas de su objeto o finalidad; y otra, a fin de proteger el tráfico mercantil se procura garantizar los negocios a favor de los terceros limitando las excepciones que puedan oponerse. Dice así el art. 234 de la Ley 1/2010 de Sociedades de Capital: *Ámbito del poder de representación.*

*1. La representación se extenderá a todos los actos comprendidos en el objeto social delimitado en los estatutos.*

*Cualquier limitación de las facultades representativas de*

*los administradores, aunque se halle inscrita en el Registro Mercantil, será ineficaz frente a terceros.*

*2. La sociedad quedará obligada frente a terceros que hayan obrado de buena fe y sin culpa grave, aun cuando se desprenda de los estatutos inscritos en el Registro Mercantil que el acto no está comprendido en el objeto social.*

Del precepto indicado cabe deducir que en el ámbito interno, el objeto social constituye un límite a las facultades de los administradores, por lo que en caso de extralimitación, con relación al objeto, cabe el ejercicio por los socios de la acción de responsabilidad *ex art. 236 LSC*.

Por el contrario en el ámbito externo, esté o no el acto comprendido en el objeto social delimitado en los estatutos, la sociedad quedará obligada frente a terceros por los actos de sus administradores, siempre que tales terceros hayan obrado de buena fe y sin culpa grave. No obstante estar en la normativa societaria firmemente asentada la doctrina anterior (que por otra parte procede de la adaptación de nuestro derecho a las directivas comunitarias desde el año 1989) existen situaciones complejas en el tráfico jurídico mercantil no exentas de problemas, entre ellas los actos claramente extravagantes con el objeto social y la autocontratación.

a') Se ha seguido planteando respecto de los administradores de sociedades la posibilidad de que continúen siendo un límite a su actuación los actos claramente extravagantes

al objeto social delimitado en los estatutos<sup>177</sup>. A los efectos que nos interesa la cuestión se centra en si las operaciones en garantía de terceros (pignoración de créditos propios de la sociedad representada en garantía de operaciones de otras sociedades) pueden ser consideradas como actos onerosos o gratuitos, y calificados como la segunda de las posibilidades, salvo autorización expresa de la sociedad el acto no quedaría dentro de las facultades de representación de los administradores. Desde un punto de vista puramente teórico la cuestión se plantearía en los términos de calificar la prenda como onerosa o gratuita en función de que en la pignoración de los créditos propios de la sociedad mediase o no contraprestación con independencia de la obligación principal garantizada, entendiendo la contraprestación en un sentido amplio, considerándose como onerosas las pignoraciones en garantía de deudas ajenas en las que como consecuencia de las mismas se obtenga algún tipo de ventaja. En cualquier caso y dada la naturaleza del tráfico mercantil la pignoración (igual que la fianza o hipoteca) en garantía de operaciones de otras sociedades, vienen considerándose como actos neutros<sup>178</sup>, por lo que, sin

---

<sup>177</sup> VICENT CHULIÁ, F., *opus cit. Introducción al Derecho ...*, págs. 723 y ss.; URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J., *Curso de Derecho Mercantil*, t. I, Madrid, 1999, págs. 904 y ss.; MOYA, J., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Coords. Rojo, A., y Beltrán, E.), Cizur Menor, 2011, t. I, págs. 23 y 24; ESTEBAN VELASCO, G., *Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Coords. Rojo, A., y Beltrán, E.), Cizur Menor, 2011, t. I, págs. 1685 y ss.; ARANGUREN URRIZA, F.J., “Los órganos de la Sociedad de Capital”, en *Instituciones de Derecho Privado*, (VVAA, Coord. Delgado de Miguel, J.F.), t. VI, Vol. 2º, Derecho de sociedades. Parte Especial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004, págs. 507 y ss.

<sup>178</sup> En el caso de la hipoteca la DGRN ha tratado la posibilidad en diversas resoluciones, así las de 12 de mayo 1989, 16 de mayo de 1989 o la de 17 de noviembre de 1998, entre otras, admitiendo la constitución de hipoteca en garantía de deuda ajena de otra mercantil, otorgada por el órgano de administración, argumentando que los administradores no ven limitado su campo de actuación únicamente a los actos de ejecución y desarrollo del objeto social,

perjuicio de la responsabilidad interna en que pudiere incurrir el órgano de administración actuante, debe admitirse la correcta y capaz representación alegada por los administradores; y dado que la onerosidad o gratuidad dependerá de las circunstancias de cada caso, no puede negarse la validez o eficacia inicial del acto dado que tales circunstancias no son controlables *prima facie* ni siquiera en el supuesto de intervención de notario. En definitiva, y como regla general, aunque no constituya el objeto social la prestación de garantías a favor de terceros, no puede concluirse la exclusión de su posibilidad, salvo que se trate de un acto en fraude de terceros impugnabile vía art. 1291 3º CC (*Son rescindibles: (...) 3º Los celebrados en fraude de acreedores cuando éstos no puedan de otro modo cobrar lo que se les debe*) o a través de la acción pauliana ex art. 1111 CC (*Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se les debe, pueden ejercitar todos los derechos y acciones de éste con el mismo fin, exceptuando los que sean inherentes a su persona; pueden también impugnar los actos que el deudor haya realizado en fraude de su derecho*); o, en caso de concurso de acreedores, por la vía de la acción de reintegración prevista en el art. 71 LC (*1. Declarado el concurso, serán rescindibles los actos perjudiciales para la masa activa realizados por el deudor dentro de los dos años anteriores a la fecha de la declaración, aunque no hubiere existido intención fraudulenta.*

2. *El perjuicio patrimonial se presume, sin admitir prueba en contrario, cuando se trate de actos de disposición a título*

---

sino que también pueden realizar *actos neutros y polivalentes* considerándose como tales todos aquellos que no sean claramente contrarios al objeto social. Y el mismo criterio cabe aplicar a cualesquiera garantías personales (v.gr. fianza) o reales (v.gr. prenda en sus distintas posibilidades).

*gratuito, salvo las liberalidades de uso, y de pagos u otros actos de extinción de obligaciones cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso, excepto si contasen con garantía real, en cuyo caso se aplicará lo previsto en el apartado siguiente.*

*3. Salvo prueba en contrario, el perjuicio patrimonial se presume cuando se trate de los siguientes actos:*

*1.º Los dispositivos a título oneroso realizados a favor de alguna de las personas especialmente relacionadas con el concursado.*

*2.º La constitución de garantías reales a favor de obligaciones preexistentes o de las nuevas contraídas en sustitución de aquéllas.*

*3.º Los pagos u otros actos de extinción de obligaciones que contasen con garantía real y cuyo vencimiento fuere posterior a la declaración del concurso.*

*4. Cuando se trate de actos no comprendidos en los tres supuestos previstos en el apartado anterior, el perjuicio patrimonial deberá ser probado por quien ejercite la acción rescisoria.*

*5. En ningún caso podrán ser objeto de rescisión:*

*1.º Los actos ordinarios de la actividad profesional o empresarial del deudor realizados en condiciones normales.*

*2.º Los actos comprendidos en el ámbito de leyes especiales reguladoras de los sistemas de pagos y compensación y liquidación de valores e instrumentos derivados.*

*3.º Las garantías constituidas a favor de los créditos de Derecho Público y a favor del FOGASA en los acuerdos o convenios de recuperación previstos en su normativa específica.*

*6. El ejercicio de las acciones rescisorias no impedirá el de*

*otras acciones de impugnación de actos del deudor que procedan conforme a Derecho, las cuales podrán ejercitarse ante el juez del concurso, conforme a las normas de legitimación y procedimiento que para aquéllas contiene el artículo siguiente)*<sup>179</sup>.

En este sentido la sentencia del TS de 4 de septiembre de 2014<sup>180</sup>, aun no entrando a valorar el carácter gratuito u oneroso de la pignoración, confirma la sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 4 de octubre de 2012 que concluyó que *en su consecuencia en negocio jurídico en cuestión entendemos ha de ser calificado como de gratuito, pues se constituye en prenda todo el capital social y fondos disponibles de la entidad para garantizar una deuda ajena sin contraprestación alguna por parte del Banco prestamista (...) Resulta por lo tanto de plena aplicación a la constitución de dicha prenda la presunción iuris et de iure en perjuicio patrimonial a la masa activa que se contempla en el art. 71.2 LC.*

---

<sup>179</sup> El art. decimoquinto del RD Ley 5/2005 recoge para las *garantías financieras* un régimen específico en caso de concurso disponiendo en su apartado 5 que *Los acuerdos de garantías financieras o la aportación de estas, formalizados o aportadas, anteriores a la apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa sólo podrán rescindirse o impugnarse al amparo de lo previsto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, por la administración concursal, que tendrá que demostrar que se han realizado en fraude de acreedores.*

<sup>180</sup> ROJ STS 3748/2014 ID CENDOJ 28079110012014100444. La sentencia tiene su origen en la demanda interpuesta por la Administración concursal que interesó la rescisión y/o anulación de una prenda para garantizar deuda ajena constituida por la entidad concursas a favor del BANCO X; la prenda en cuestión garantizó un préstamo y un contrato de crédito otorgado a favor de otra sociedad mercantil, y además un préstamo concedido al entonces administrador y socio único destinado a suscribir una ampliación de capital de la sociedad, cantidad que se ingresó en una cuenta corriente para la ampliación y simultáneamente se pignoró en garantía de tal préstamo (con lo que se estaba vulnerando la prohibición de asistencia financiera prohibida por el entonces vigente art. 40.5 LSRL hoy art. 143.2 TRLSC).

b') El otro problema práctico al que nos referimos es el de la autocontratación. No es infrecuente el caso de que quien ostenta la representación de una sociedad mercantil firme una operación cualesquiera de financiación de la empresa otorgada por una entidad bancaria (préstamo, crédito, operaciones de descuento, etc...) y en el propio acto pretenda firmar como representante de otra sociedad mercantil, normalmente del mismo grupo de empresas, que garantiza la operación principal pignorando fondos o créditos propios u otorgando un afianzamiento. Con carácter general suele definirse el autocontrato como aquella situación en la que una persona por su sola voluntad puede vincular a dos o más patrimonios diversos, de tal manera que el beneficio de uno se obtenga a costa o en detrimento del otro. Íntimamente relacionado con la idea de autocontrato está la del conflicto de interés, es decir la confrontación de intereses opuestos que pueda producirse entre el representante y el o los representados. No es éste el lugar para examinar en profundidad esta figura<sup>181</sup>, pero sí dejar constancia de la situación fáctica que se produce en la pignoración de créditos (y en general en la prestación de cualquier otra garantía por deuda ajena, personal o real) de una entidad en garantía de una operación principal ajena actuando una misma persona como representante del garante (en nuestro caso del pignorante) y del deudor principal. De principio se excluye del ámbito de representación del órgano de

---

<sup>181</sup> Vide ESTRUCH ESTRUCH, J., "Eficacia e ineficacia del autocontrato" en *Anuario de Derecho Civil* T. LXVI Fas. III, Julio-Septiembre 2013; PÉREZ RAMOS, C., "La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios" en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, Junio 2011; PRADES LÓPEZ, J., "Pólizas mercantiles y autocontrato" en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, Diciembre 2009; POU AMPUERO, F., "Autocontrato" en *RJN*, CGN, Julio-Septiembre 2005; DELGADO TRUYOLS, A., "De nuevo sobre el autocontrato: dos problemas muy actuales" en *RJN*, CGN Julio-Septiembre 2002.

administración la posibilidad de autocontratar, por lo que, si en el caso concurren los presupuestos de un *autocontrato prohibido*<sup>182</sup>, el administrador deberá contar con la específica autorización<sup>183</sup>.

---

<sup>182</sup> La doctrina señala como tales la existencia de una sola declaración de voluntad, la vinculación económica de dos o más patrimonios distintos y la existencia de un conflicto de intereses.

<sup>183</sup> La competencia para *salvar* la autocontratación reside en general en el órgano depositario de la voluntad social que no es otro que la Junta General, si bien dispone al art. 230 apartado 2 de la LSC en su redacción dada por la Ley 31/2014 que *“No obstante lo dispuesto en el apartado precedente, la sociedad podrá dispensar las prohibiciones contenidas en el artículo anterior en casos singulares autorizando la realización por parte de un administrador o una persona vinculada de una determinada transacción con la sociedad, el uso de ciertos activos sociales, el aprovechamiento de una concreta oportunidad de negocio, la obtención de una ventaja o remuneración de un tercero.*

*La autorización deberá ser necesariamente acordada por la junta general cuando tenga por objeto la dispensa de la prohibición de obtener una ventaja o remuneración de terceros, o afecte a una transacción cuyo valor sea superior al diez por ciento de los activos sociales. En las sociedades de responsabilidad limitada, también deberá otorgarse por la junta general la autorización cuando se refiera a la prestación de cualquier clase de asistencia financiera, incluidas garantías de la sociedad a favor del administrador o cuando se dirija al establecimiento con la sociedad de una relación de servicios u obra.*

*En los demás casos, la autorización también podrá ser otorgada por el órgano de administración siempre que quede garantizada la independencia de los miembros que la conceden respecto del administrador dispensado. Además, será preciso asegurar la inocuidad de la operación autorizada para el patrimonio social o, en su caso, su realización en condiciones de mercado y la transparencia del proceso”.* La previsión de la dispensa dada por el órgano de administración que recoge el último párrafo plantea si, como se venía considerando hasta ahora, no son admisibles las cláusulas que, con carácter general, salvan la autocontratación en los poderes mercantiles otorgados por los administradores a terceras personas, o por el contrario debe admitirse ahora esta posibilidad. A este respecto ha señalado la DGRN en Rs. de 28 de abril de 2015 que la doctrina sobre la no admisibilidad de la dispensa en los poderes otorgados por los administradores no se ha modificado con la redacción vigente del art. 230.2 LSC señalando que *“El artículo 230.2 contempla la posibilidad de dispensa para casos singulares (...) El mismo artículo en su segundo párrafo atribuye la competencia para dispensar la realización de un acto concreto a la junta general en aquellos supuestos que por su relevancia enumera. En los demás supuestos la dispensa para la realización del acto concreto corresponde al órgano de administración (...). Como resulta de la regulación legal, la situación de conflicto es ante todo un conflicto material que puede ser dispensado siempre que el interés de la sociedad queda salvaguardado. La regla general es que la dispensa en un supuesto concreto la pueda otorgar el órgano de administración en los estrictos términos en que se pronuncia la norma; en los demás casos, la competencia corresponde a la junta general. Pero nada permite*



En tal sentido podemos encontrarnos con distintas situaciones de doble o múltiple representación<sup>184</sup>, entre ellas las siguientes:

a”) *Si el administrador interviene en la operación también en nombre propio* hay que distinguir, si él en su propio nombre garantiza, pignorando fondos propios suyos, la operación concedida a la sociedad a la que representa (supuesto muy habitual en las pólizas mercantiles), su actuación es perfectamente admisible toda vez que es evidente que se realiza en interés de la sociedad y el *perjudicado* en su caso es el propio administrador como persona física que consiente el gravamen; por el contrario no sería posible su actuación sin autorización expresa de la Junta de socios en el caso inverso, esto es, que la operación se conceda al

---

*en la normativa señalada llegar a la conclusión que pretende el recurrente y que consiste en que el órgano de administración otorgue una dispensa general a cualquier situación de conflicto que se produzca entre los intereses del principal, la sociedad, y el apoderado representante”.*

Se discute no obstante si la autorización para autocontratar en la representación orgánica (en la voluntaria se vino considerando admisible) puede ser genérica o debe ser específica para cada caso, un sector de la doctrina y la DGRN en Rss. de 26 de septiembre de 1951 y 11 de diciembre de 1997 niegan la posibilidad de una autorización genérica, sin embargo la Rs. de 3 de diciembre de 2004 admitió la autorización genérica porque si en sede de representación voluntaria se admite *no puede ser distinta la solución para el caso de representación orgánica*, lo que a nuestro juicio es más acorde con las necesidades del tráfico mercantil dejando fuera los supuestos en que la propia ley requiera autorización específica (v. gr. el art. 162 LSC para la asistencia financiera a socios y administradores en las Sociedades de Responsabilidad Limitada que exige *acuerdo concreto para cada caso*).

<sup>184</sup> Dada la necesidad de la existencia del *conflicto de interés* para encontrarnos ante un autocontrato prohibido, será una cuestión práctica que habrá que examinar caso por caso. Así la Resolución de la DGRN de 2 de enero de 2013 entendió que en la constitución de una prenda sin desplazamiento por parte de una Cooperativa como contragarantía de la fianza ofrecida por uno de los cooperativistas que a su vez garantizaba diversos préstamos concedidos a la entidad, *“el compareciente no incurre en situación de conflicto de intereses ni en figura asimilable a la autocontratación puesto que actúa exclusivamente como representante de la sociedad cooperativa, en calidad de Presidente del Consejo Rector sin actuar simultáneamente en concepto de acreedor de las futuras obligaciones garantizadas por lo que no compromete con su actuación sus intereses patrimoniales y aquellos de la entidad a la que representa”.*

administrador como persona física y sea la sociedad la que pignora fondos o créditos propios en garantía de la misma (así en el caso de la sociedad de la sociedad de responsabilidad limitada *vide* el art. 162.1 LSC *Concesión de créditos y garantías a socios y administradores. 1. En la sociedad de responsabilidad limitada la junta general, mediante acuerdo concreto para cada caso, podrá anticipar fondos, conceder créditos o préstamos, prestar garantías y facilitar asistencia financiera a sus socios y administradores*).

b”) *Si el administrador no interviene en la operación en nombre propio sino que en él confluyen la doble cualidad de representante del deudor y del garante, se pueden mantener las siguientes interpretaciones,*

1.- una claramente restrictiva, mantenida por la DGRN<sup>185</sup> en materia de hipotecas, pero extensible a cualesquiera garantías personales o reales, por la que habría de concurrir la oportuna autorización de la Junta General<sup>186</sup> en cualquier caso por concurrir los supuesto del *autocontrato prohibido*;

2.- otra opinión distingue<sup>187</sup> según nos encontremos con la constitución de *garantía real hipotecaria* u otro tipo de *garantía personal o real*; en el primer caso, dándose los requisitos para ello, habría *autocontratación prohibida* por cuanto el art. 139 LH exige *poder especial bastante*, mientras que otras garantías, personales o

---

<sup>185</sup> *Vide* entre otras la resolución de la DGRN de 21 junio 2001.

<sup>186</sup> No siendo válido que previamente el administrador otorgue un poder salvando la autocontratación del apoderado. En este sentido de la Rs. DGRN de 2 de diciembre de 1998 se infiere que no debe entenderse salvado el autocontrato por el hecho de que intervengan dos apoderados distintos si han sido nombrados por el representante orgánico de las sociedades representadas con anterioridad al exclusivo objeto de otorgar la póliza, ni tampoco, según la Rs. DGRN 30 de julio 1976, si se ha sustituido un poder con igual intención.

<sup>187</sup> DELGADO TRUYOLS, A., *opus cit.* págs. 289 y ss.

reales, regidas por las reglas generales del CC se podrían constituir por quienes de acuerdo con el art. 1857 3º *se hayan legalmente autorizados al efecto*; de esta diferencia de dicción concluye algún autor como DELGADO TRUYOLS<sup>188</sup>, aun refiriéndose fundamentalmente a las fianzas, que en el caso de préstamos personales garantizados por tercero representado por el propio deudor, o incluso estando deudor y fiador representados por un apoderado común, no regiría la exigencia del *poder especial bastante* que emana del citado art. 139 LH, el cual sólo es aplicable a los préstamos hipotecarios; incluso quienes como POU AMPUERO<sup>189</sup> vienen a considerar que en el caso de representación orgánica su regulación legal presupone la autorización para autocontratar entendiendo que si el administrador tiene todas las facultades propias del cargo para el desarrollo del objeto social, no existe ninguna razón que a priori determine que la autocontratación es contraria al objeto social, perspectiva desde la cual el tema se reconduciría desde el *conflicto de intereses* al *posible abuso de poder* e incumplimiento de los deberes de *fidelidad y lealtad* en el desempeño, incumplimiento del que podría derivar la correspondiente responsabilidad del administrador;

3.- finalmente, se pueden distinguir los casos en que las garantías se presten en el ámbito de sociedades del mismo grupo<sup>190</sup>

---

<sup>188</sup> En contra PRADES LÓPEZ, J., *opus cit.* pág. 233.

<sup>189</sup> POU AMPUERO, F., *opus cit.* págs. 214-216.

<sup>190</sup> Sobre el concepto de *grupo de sociedades* puede verse BUSTILLOS TEJEDOR, L., “Los grupos de sociedades” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, nº 62, dic. 2014, págs. 15 a 58. Define los mismos como el *Conjunto de sociedades que, conservando su personalidad jurídica independiente, se encuentran sometidas a una dirección única, cualquiera que sea la causa determinante de esa unidad en la dirección*. Y distingue las siguientes clases: a) *Grupos de derecho* y *grupos de hecho*, siendo los de derecho aquellos en que la atribución de poder de dirección a una de las sociedades agrupadas proviene de un instrumento jurídico previsto por una

o entre sociedades en que exista una vinculación comercial de naturaleza mercantil y onerosa, pues en tales casos cabe pensar que no se da *conflicto de intereses* en la medida en que su actuación puede considerarse un acto debido propio del diligente desempeño del cargo, piénsese además que, la pertenencia a un grupo de empresas o la existencia de vinculación entre sociedad deudora y garante, se puede presumir del hecho de que ambas han designado al mismo administrador<sup>191</sup>.

En cualquier caso, esta posición doctrinal<sup>192</sup> no está exenta

---

norma, y los de hecho aquellos que no están reconocidos como tales por el Ordenamiento en tanto que la situación en la que entre sí se hallan las sociedades agrupadas no ha sido tipificada como tal grupo por el ordenamiento. *b) Grupos de base societaria y grupos de base contractual*, siendo los primeros aquellos en los que la sociedad directora ostenta un porcentaje de participación en el capital de la sociedad dirigida que le permite el ejercicio de la dirección, y las segundas aquellas en las que el ejercicio del poder de dirección proviene de un contrato entre las sociedades del grupo. *c) Grupos jerárquicos o por subordinación y grupos horizontales o por coordinación*, caracterizándose los primeros porque el poder de dirección corresponde a la sociedad matriz (directora) sobre las filiales (dirigidas) por razón del control que aquélla ejerce sobre éstas, a diferencia de los segundos en los que la dirección no se impone por una entidad superior sino que se acuerda por todas las entidades agrupadas.

<sup>191</sup> BUSTILLOS TEJEDOR, L., en *opus cit.* “Los grupos de ...” pág. 48, plantea el supuesto de autocontrato típico de un grupo de sociedades en el que el administrador que lo es de la matriz y de la filial establece una relación comercial entre ambas (*v. gr.* vincula el patrimonio de la filial al cumplimiento de una obligación de la matriz, pignorando o afianzando en garantía de un préstamo concedido a ésta); la cuestión es determinar si se requiere el acuerdo de ambas Juntas Generales de las sociedades para salvar el conflicto, o por el contrario no existe tal conflicto y el administrador no necesita autorización alguna. Esta última solución es la que a su juicio debería prevalecer ya que si el ordenamiento legitima a los grupos de sociedades, dotados de un interés propio y supraindividual, en la actuación del administrador de dos o más compañías del grupo no habrá conflicto de intereses, o en todo caso, el mismo se supera por la satisfacción del interés del grupo. *Vide* en este mismo sentido PÉREZ RAMOS, C., “La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, nº 55, Junio 2011.

<sup>192</sup> En sede de garantía personal hay una cierta corriente jurisprudencial que puede avalar esta postura (así sentencias del TS de 8 de mayo de 1984, 30 de diciembre de 1997 y de 21 de marzo de 2009) que considera que en ocasiones la fianza (lo que podríamos hacer extensivo a otras garantías por

de problemas interpretativos y de índole práctico. Puede traerse a colación en apoyo de la misma el art. 162 de la LSC que, tras exigir en las sociedades de responsabilidad limitada, como vimos, el acuerdo concreto de la Junta General para dar garantía a socios y administradores, dispone en su número 2 que *no será necesario el acuerdo de la junta general para realizar los actos anteriores en favor de otra sociedad perteneciente al mismo grupo*. El precepto, sin embargo, se refiere expresamente a las sociedades de responsabilidad limitada, por lo que plantea la duda de la posibilidad de aplicarse a las restantes sociedades de capital. Pueden igualmente citarse los arts. 225 a 229<sup>193</sup> de la LSC, en la

---

deuda ajena como v. gr. la pignoración de saldos bancarios) no sólo se presta en beneficio del deudor sino del propio fiador, porque está interesado en la buena marcha de la propia deuda o bien el caso en que el fiador y el deudor componen un centro de imputación único, expresión que bien puede asimilarse al del grupo de sociedades.

<sup>193</sup> Un comentario a estos preceptos puede verse en ALFARO, J., *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo* (Coord. Juste Mencía, J.), VVAA, Civitas, 2015, págs. 313 y ss. Este autor distingue entre *las decisiones respecto de las cuales los administradores realizan un juicio discrecional ( cubiertas por la business judgment rule)* y *las decisiones no discrecionales, esto es, las que tienen un contenido marcado por la Ley, los estatutos o los acuerdos de la Junta (artículo 225.1 LSC)*. Y señala como elementos del supuesto de hecho contemplado en el art. 226 los siguientes: que se trate de *una decisión estratégica o de negocio sujetas a la discrecionalidad empresarial, que el administrador haya actuado en interés de la sociedad, que la decisión se haya adoptado con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado* y, por lo que ahora nos interesa, que *el administrador haya actuado sin interés personal (o de otros administradores) en el asunto objeto de decisión*. Con relación a este último elemento concluye que una decisión en la que el administrador tiene un interés propio o de alguien relacionado con él que entra en conflicto –compite– con el interés de la sociedad no puede ser considerada adoptada en el ejercicio de la discreción atribuible al que dirige una empresa y debe estar sometida al escrutinio que corresponde a cualquier transacción vinculada poniendo la carga de probar su conformidad con el interés social a cargo de los administradores conflictuados. Puede verse también sobre esta materia *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las Sociedades de Capital* VVAA (Coord. Hernando Cebriá, L.), Hospitalet de Llobregat, 2015, especialmente “CAPÍTULO 2. El deber general de diligencia: artículo 225” Hernando Cebriá, L., y “CAPÍTULO 3. La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226”, Embid Irujo, J.M.

redacción dada por la Ley 31/2014, de 3 de diciembre, por la que se modifica la Ley de Sociedades de Capital para la mejora del gobierno corporativo, que contienen una regulación más detallada del *conflicto de interés*, y partiendo del deber de diligencia del art. 225, de la *discrecionalidad empresarial* recogida en el art. 226 (... *el estándar de diligencia de un ordenado empresario se entenderá cumplido cuando el administrador haya actuado de buena fe, sin interés personal en el asunto objeto de decisión, con información suficiente y con arreglo a un procedimiento de decisión adecuado.* (..) *No se entenderán incluidas dentro del ámbito de discrecionalidad empresarial aquellas decisiones que afecten personalmente a otros administradores y personas vinculadas y, en particular, aquellas que tengan por objeto autorizar las operaciones previstas en el artículo 230*), del deber de lealtad recogido en el art. 227 ( que en su apartado 1 dice *Los administradores deberán desempeñar el cargo con la lealtad de un fiel representante, obrando de buena fe y en el mejor interés de la sociedad* ) añade el art. 228 que *En particular, el deber de lealtad obliga al administrador a: (...) e) Adoptar las medidas necesarias para evitar incurrir en situaciones en las que sus intereses, sean por cuenta propia o ajena, puedan entrar en conflicto con el interés social y con sus deberes para con la sociedad*, y finalmente el art. 229 establece en su apartado 1 un deber de abstención en determinados casos y en el apartado 3 un deber de comunicación (*En todo caso, los administradores deberán comunicar a los demás administradores y, en su caso, al consejo de administración, o, tratándose de un administrador único, a la junta general cualquier situación de conflicto, directo o indirecto, que ellos o personas*

*vinculadas a ellos pudieran tener con el interés de la sociedad*)<sup>194</sup>. Los preceptos citados parten de la existencia de conflicto de interés y podría argumentarse que, tratándose de sociedades del mismo grupo, el interés podría calificarse de concurrente. Sin embargo la solución no es tan simple, sobre todo fuera de los casos en los que el *grupo de sociedades* esté formalizado expresamente mediante el oportuno instrumento jurídico, en los que pueden existir distintos grupos de socios, alguno de los cuales tenga vinculación con alguna otra sociedad, en cuyo caso es complejo discernir de principio si la *vinculación* entre sociedades deriva de la pertenencia a un grupo empresarial con intereses concurrentes, o estamos ante una de las *vinculaciones* de que habla el art. 229. 2 LSC (*Las previsiones anteriores serán de aplicación también en el caso de que el beneficiario de los actos o de las actividades prohibidas sea una persona vinculada al administrador*) que imponen al administrador la obligación de abstención.

Al evidente problema teórico se añade otro de orden práctico, esto es, cómo se determina a priori en el momento de formalizar una operación de financiación con garantía, que se está ante un grupo de sociedades o con vinculación comercial entre ellas, o por el contrario existe un evidente conflicto de intereses. La solución no es fácil, pues, o bien se admite la manifestación en tal sentido del administrador bajo su responsabilidad, o bien se exige la prueba de la existencia del grupo societario. La primera solución no parece ofrecer suficiente seguridad, pues los terceros que

---

<sup>194</sup> Vide sobre los arts. 229 y 231, conflictos de interés y personas vinculadas a los administradores, a BOLDO RODA, C., en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las Sociedades de Capital VVAA* (Coord. Hernando Cebriá, L.), Hospitalet de Llobregat, 2015, págs. 241 a 279.

contraten con el administrador de ambas sociedades no pueden tener la certeza de que las manifestaciones del administrador no van a ser impugnadas por alguna de las sociedades a las que representa en el mismo negocio jurídico<sup>195</sup>. La segunda por su parte supone una tarea de investigación documental que se aviene mal

---

<sup>195</sup> Este es el caso sobre el que versa la sentencia del TS de 12 de diciembre de 2014 (ROJ STS 5213/2014 ID CENDOJ 28079110012014100663); se trataba de una póliza de crédito mercantil con afianzamiento solidario en el que el administrador de la mercantil acreditada es el mismo que el de las mercantiles fiadoras, interviniendo por ello en nombre de todas ellas; la demanda pide la ineficacia absoluta de la póliza de crédito con afianzamiento solidario suscrita entre la entidad de crédito demandada y las mercantiles demandantes así como la nulidad del procedimiento de ejecución y el alzamiento y cancelación de todos los embargos practicados, todo ello por concurrir la figura de la autocontratación y existir conflicto de intereses al haber intervenido el administrador solidario en representación de la mercantil acreditada y también de las mercantiles fiadoras; la sentencia de primera instancia estima la impugnación parcialmente en cuanto a la condición de fiadoras solidarias de dos sociedades, de la póliza y la ejecución; apelada la sentencia por la entidad bancaria acreedora, la Audiencia Provincial de Burgos en sentencia de 4 de febrero de 2013 estimó el recurso de apelación, basándose en los mismos argumentos del previo juicio ejecutivo señalando *que descarta* (el previo juicio ejecutivo) *la posibilidad de un supuesto de autocontratación y de conflicto de intereses que pudiera haber viciado la capacidad contractual de las sociedades fiadoras para ser parte en tal concepto en la póliza litigiosa, y no aprecia defecto de capacidad para obligar a los fiadores en el hecho de que el mismo apoderado intervenga en la póliza como representante de las sociedades acreditadas y de las fiadoras. Así dice, por un lado, que "en el supuesto de autos no nos encontramos en el caso mas típico de autocontratación" y por otro añade: "pero es que además nada se acredita en cuando a la existencia de un conflicto de intereses entre el representante y las representadas, ni que hubiera existido intención de dañar o perjudicar a las sociedades constituidas como fiadoras"; (...) tales consideraciones y motivaciones no solo acreditan que el motivo de la pretensión de nulidad en esta causa ya fue debatido en la causa ejecutiva precedente, sino que, además, este Tribunal comparte el criterio de que no concurre en este caso la figura de la autocontratación, ni que la situación de múltiple representación, en el sentido de que cuando un administrador solidario intervenga como representante de deudor y fiador, haya determinado un conflicto de intereses y menos un conflicto de intereses que anule y haga ineficaz el consentimiento contractual libremente emitido por el administrador firmante basó en que se ya se debatieron en procedimiento ejecutivo ampliamente, la falta de capacidad por autocontratación, que se rechaza al no haber intención de perjudicar a las fiadoras y también rechaza la múltiple representación. Ante el T.S. se plantearon recurso de infracción procesal, con dos motivos y de casación, pero no admitidos los primeros no entra en el fondo del asunto en el de casación, por lo que no se pronuncia expresamente sobre el tema controvertido de la autocontratación prohibida.*



con la agilidad del tráfico mercantil, y no parece posible fuera de los casos en que exista un contrato de constitución del grupo societario del que resulta claramente su existencia y la atribución de facultades de dirección entre las sociedades implicadas. La prudencia impondrá en la mayoría de las ocasiones exigir la autorización de las Juntas Generales de las sociedades implicadas<sup>196</sup>.

---

<sup>196</sup> GARRIDO DE PALMA, V.M. y ARANGUREN URRIZA, F.J., en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las Sociedades de Capital VVAA* (Coord. Hernando Cebriá, L.), Hospitalet de Llobregat, 2015, "CAPÍTULO 10. Protocolos y pautas de actuación de los administradores: perspectiva notarial" en págs. 454 y 455 señalan que *Desde la perspectiva de la práctica notarial, la reforma propone un cambio de paradigma, al alterar el soporte sobre el que hasta ahora se ha hecho descansar el deber de lealtad, esto es, la definición del conflicto de intereses.*

*En primer lugar, el centro de gravedad ya no se sitúa en el conflicto de intereses sino en la "situación conflictiva", esto aquella que per se es potencialmente conflictiva. Ahora, el deber de lealtad no sólo obliga al administrador a no anteponer el interés social al suyo propio, sino que le impone la defensa exclusiva del interés social (Díaz Moreno). En el mismo sentido, con independencia de que una transacción conflictiva lesione o no los intereses sociales, es suficiente la simple concurrencia en una transacción de intereses del administrador para que éste deba evitarla (artículo 229. 1, letra a, LSC). En las actuaciones del administrador como tal no debe haber otro interés que el de la sociedad.*

*En segundo lugar, tras la reforma el conflicto de interés escapa a los límites del "autocontrato" o la "doble representación", en que se había movido hasta ahora la práctica notarial. Ahora el conflicto ya no presupone necesariamente la intervención del administrador en el contrato (en nombre propio o de otra sociedad), pues existe en supuestos en que la sociedad contrata, no con el administrador, pero sí con una persona especialmente vinculada al mismo (artículo 229.2 LSC). La reforma da rango de ley a la doctrina del conflicto indirecto ya establecida por la DGRN, en Resolución de 30 de junio de 2014, ampliando el concepto de conflicto de intereses a las actuaciones del administrador con personas especialmente vinculadas al mismo, para así evitar el fraude de ley. El artículo 231 LSC, al definir el ámbito de las personas vinculadas, por su parte, comprende vínculos familiares y también vínculos societarios, lo cual, en la práctica muchas veces será difícilmente controlable por los notarios, si bien, en cumplimiento de la ley y como presupuesto del juicio de suficiencia de facultades representativas, hará necesaria por parte del administrador una manifestación responsable con carácter previo a su actuación.*

*En tercer lugar, el conflicto de interés se traduce, ya no en la producción de un perjuicio a la sociedad como consecuencia de la actuación de los administradores (...), sino en la obtención de un beneficio vinculado a la*

b) Cooperativas.

En las cooperativas confluyen intereses tanto particulares como públicos, sin embargo, y dado que su finalidad primordial es satisfacer las necesidades o aspiraciones económicas de sus miembros, el ámbito de su representación orgánica se aproxima a los principios mercantiles. En tal sentido el art. 32 de la Ley estatal 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas, dice que *Corresponde al Consejo Rector cuantas facultades no estén reservadas por Ley o por los Estatutos a otros órganos sociales (...) En todo caso, las facultades representativas del Consejo Rector se extienden a todos los actos relacionados con las actividades que integren el objeto social de la cooperativa, sin que surtan efectos frente a terceros las limitaciones que en cuanto a ellos pudieran contener los Estatutos.*

c) Sociedades civiles.

A diferencia de los casos anteriores, en las sociedades civiles, la legitimación formal y material del representante y su ámbito, no viene determinado por ley ni deriva del propio contrato asociativo, sino de un negocio complementario de apoderamiento que fija los límites de actuación del representante . Así resulta de los arts. CC 1697 *Para que la sociedad quede obligada con un*

---

*operación y que no va a parar a la sociedad. (...).*

*En definitiva, el diseño del nuevo concepto de conflicto de intereses, parece pensado más bien para su dilucidación judicial, al manejar variables difíciles de establecer y visualizar con carácter previo, en el momento de formalización de una determinada operación. En el ejercicio de la función notarial se plantea un reto, en tanto la sociedad demanda una mayor implicación del notario(...) en entrar al fondo del asunto, ejerciendo un control de legalidad no meramente formal, sino material o de fondo (artículo 24 LN).*

*tercero por los actos de uno de los socios, se requiere:*

*1.º Que el socio haya obrado en su carácter de tal, por cuenta de la sociedad.*

*2.º Que tenga poder para obligar a la sociedad en virtud de un mandato expreso o tácito.*

*3.º Que haya obrado dentro de los límites que le señala su poder o mandato y 1698, Los socios no quedan obligados solidariamente respecto de las deudas de la sociedad; y ninguno puede obligar a los otros por un acto personal, si no le han conferido poder para ello.*

*La sociedad no queda obligada respecto a tercero por actos que un socio haya realizado en su propio nombre o sin poder de la sociedad para ejecutarlo, pero queda obligada para con el socio en cuanto dichos actos hayan redundado en provecho de ella.*

*Lo dispuesto en este artículo se entiende sin perjuicio de lo establecido en la regla 1.ª del artículo 1.695.*

Preceptos que hay que relacionar con los arts. 1693, 1694 y 1965 CC de los que se deduce que, además de estar correctamente configurada de una manera formal la voluntad de los administradores de la sociedad, el acto o negocio ha de estar dentro de los límites de su poder o mandato. Por lo que para poder pignorar créditos, titularidad de la sociedad civil, habrá que estar a lo que determine el apoderamiento, debiendo exigirse el oportuno apoderamiento en documento público por remisión al art. 1280 5º CC.

d) Fundaciones y asociaciones.

Finalmente, y por lo que refiere a las personas jurídicas que responden a finales de interés general, como es el caso de fundaciones y asociaciones, sí existen restricciones legales al ámbito de representación ligadas precisamente a la consecución de tales fines de interés general. El Patronato de las Fundaciones tiene restringida su actuación externa como órgano de representación en supuestos de enajenación, onerosa o gratuita, gravamen de bienes y derechos que formen parte de la dotación o estén vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, para los que se requerirá bien comunicación bien autorización previa del Protectorado como resulta del art. 21 de la Ley 50/2002 de 26 Diciembre de Fundaciones<sup>197</sup>, por lo que habrá que examinar el caso concreto para determinar los requisitos precisos para pignorar en cada supuesto.

Por lo que refiere a las asociaciones igualmente establece la Ley de Asociaciones restricciones al ámbito de actuación de los

---

<sup>197</sup> Dispone este precepto: *Enajenación y gravamen 1. La enajenación, onerosa o gratuita, así como el gravamen de los bienes y derechos que formen parte de la dotación, o estén directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, requerirán la previa autorización del Protectorado, que se concederá si existe justa causa debidamente acreditada. 2. Se entiende que los bienes y derechos de la fundación están directamente vinculados al cumplimiento de los fines fundacionales, cuando dicha vinculación esté contenida en una declaración de voluntad expresa, ya sea del fundador, del Patronato de la fundación o de la persona física o jurídica, pública o privada que realice una aportación voluntaria a la fundación, y siempre respecto de los bienes y derechos aportados. Asimismo, la vinculación a que se refiere el párrafo anterior podrá realizarse por resolución motivada del Protectorado o de la autoridad judicial. 3. Los restantes actos de disposición de aquellos bienes y derechos fundacionales distintos de los que forman parte de la dotación o estén vinculados directamente al cumplimiento de los fines fundacionales, incluida la transacción o compromiso, y de gravamen de bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, bienes de interés cultural, así como aquéllos cuyo importe, con independencia de su objeto, sea superior al 20 por 100 del activo de la fundación que resulte del último balance aprobado, deberán ser comunicados por el Patronato al Protectorado en el plazo máximo de treinta días hábiles siguientes a su realización (...).*

representantes de una asociación en atención a los fines de la misma. En concreto el art. 12 de la Ley Orgánica 1/2002, de 22 de marzo, reguladora del Derecho de Asociación dispone en su apartado a) *Si los Estatutos no lo disponen de otro modo, el régimen interno de las asociaciones será el siguiente: a) Las facultades del órgano de representación se extenderán, con carácter general, a todos los actos propios de las finalidades de la asociación, siempre que no requieran, conforme a los Estatutos, autorización expresa de la Asamblea General (...).*

En estos casos, teniendo en cuenta la existencia de las limitaciones legales al ámbito de representación y que no hay, a diferencia con las sociedades mercantiles, supresión de los efectos positivos de la publicidad registral, se debe concluir que el incumplimiento de los requisitos legales para el acto concreto o la extralimitación de los representantes orgánicos podría alegarse contra el tercero, presumiéndose en el mismo el conocimiento del contenido del Registro competente en cada caso y de los Estatutos inscritos.

### 3. La titularidad del crédito dado en prenda.

A diferencia de lo que ocurre con los bienes inmuebles (donde cabe el juego de los principios de inoponibilidad y fe pública) o con los bienes muebles corporales (en los que la posesión puede conferir una legitimación extraordinaria), el tráfico jurídico de los derechos de crédito no goza de mecanismos de inoponibilidad o legitimación extraordinaria, de donde cabe inferir que la constitución de la prenda de créditos no es eficaz si el

constituyente de la prenda no es el titular del crédito pignorado; no cabría una adquisición a non dómimo de derechos de crédito ni de derechos reales sobre los mismos<sup>198</sup>.

En los casos de cotitularidad sobre el crédito pignorado hay que traer a colación los arts. 1137 a 1139 CC<sup>199</sup>.

Siguiendo en este punto a DÍEZ PICAZO<sup>200</sup> las formas básicas de organización de la cotitularidad de un derecho de crédito don tres: créditos parciarios, créditos conjuntos o en mano común y créditos solidarios.

*1.- Si la cotitularidad del crédito es parciaria. La parciariedad del crédito se produce en todos aquellos casos en los que el derecho a la prestación se descompone o se fragmenta en varios derechos de crédito independientes que recaen cada uno de ellos sobre una parte de la prestación inicial, atribuyendo un derecho subjetivo independiente a cada uno de los sujetos.*

---

<sup>198</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *Tratado de los derechos de garantía*, pág. 255, Pamplona, 2002

<sup>199</sup> Art. 1137. *La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria.*

Art. 1138. *Si del texto de las obligaciones a que se refiere el artículo anterior no resulta otra cosa, el crédito o la deuda se presumirán divididos en tantas partes iguales como acreedores o deudores haya, reputándose créditos o deudas distintos unos de otros.*

Art. 1139. *Si la división fuere imposible, sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos y sólo podrá hacerse efectiva la deuda procediendo contra todos los deudores. Si alguno de éstos resultare insolvente, no estarán los demás obligados a suplir su falta.*

<sup>200</sup> DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial t. II Las relaciones obligatorias*, págs. 209 y ss., sexta edición, Cizur Menor 2008.

La parciariedad presupone divisibilidad de la prestación y además que no se oponga a ella la voluntad de las partes ni la naturaleza y función del negocio del que deriva el crédito. Así debe interpretarse el art. 1138 CC que viene a establecer una presunción.

En estos casos cada acreedor puede ejercitar independientemente su poder de disposición sobre el crédito, por lo que podrá realizar actos de disposición sobre el mismo y por tanto pignorararlo en garantía de otro.

2.- Si la cotitularidad del crédito es mancomunada. Créditos conjuntos o en mano común son aquellos en que el derecho de crédito pertenece a una colectividad de acreedores y ha de ejercitarse conjuntamente por ellos de modo que todos los acreedores en mano común son acreedores de la totalidad de las prestación.

La mancomunidad puede deberse, bien a que la prestación sea objetivamente indivisible (lo que en el supuesto de derechos de crédito en que la prestación es la entrega de una suma de dinero determinada es difícil que se produzca), bien a fines prácticos perseguidos por las partes a quienes interesa que el ejercicio del derecho de crédito sea conjunto, bien a que el crédito, aun cuando la prestación sea objetivamente divisible y no exista pacto contrario a la división, pertenezca a un patrimonio colectivo atribuido a varias personas, por ejemplo un patrimonio hereditario.

Partiendo del art. 1139 CC ( ... *sólo perjudicarán al derecho de los acreedores los actos colectivos de éstos...*), se puede

concluir que el poder de disposición sobre el crédito exige un acto colectivo y la unanimidad de todos los acreedores, y por tanto para la pignoración del crédito en garantía de otro, debe concurrir el consentimiento de todos ellos.

Como mucho y aplicando las normas de la comunidad de bienes (arts. 392 y ss. CC) podría mantenerse que cada acreedor dispusiera en el crédito común de su posición dentro de la comunidad, aplicando por analogía lo prevenido en el art. 399 CC, si bien lo que se estaría pignorando no sería el crédito, sino la posición que el acreedor pignorante tuviere dentro de la mancomunidad<sup>201</sup>.

3.- Si la cotitularidad del crédito es solidaria. El crédito es solidario cuando cada uno de los acreedores se encuentra individualmente facultado para exigir y recibir del deudor la totalidad de la prestación debida y el deudor pagando a un solo acreedor se libera enteramente de la obligación

No hay unanimidad en la doctrina en este caso. Así CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.<sup>202</sup> entienden, partiendo de los arts. 1141 CC (“*Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial. (...)*”) y 1143 CC (“*La novación, compensación, confusión o remisión de la deuda, hechas por cualquiera de los acreedores solidarios o con cualquiera de los*

---

<sup>201</sup> DÍEZ PICAZO, L., *opus cit. Fundamentos ...*, pág. 213.

<sup>202</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *opus cit.*, pág. 255.



*deudores de la misma clase, extinguen la obligación sin perjuicio de lo dispuesto en el art.1146 (...)*”), que cada uno de los titulares no está legitimado individualmente para pignorar el crédito. Consideran estos autores que no procede aplicar por analogía lo dispuesto para la remisión en el art. 1143 y que no cabe tampoco limitar la prenda a la parte que al pignorante le corresponda en la relación interna siendo preciso para ello que los titulares del crédito convengan la extinción de la solidaridad.

Opinión contraria es la de GARCÍA VICENTE<sup>203</sup> para quien no es irracional tal permisión, la cual se justifica tanto por el argumento *a fortiori* como desde la oponibilidad al resto de los coacreedores de los actos de disposición unilateral del acreedor, sin perjuicio de su repercusión en la relación interna. Este autor considera igualmente posible la pignoración de la propia cuota de regreso de cada coacreedor con todas las incertidumbres que gravan sobre ella, cuestión que ponderará el acreedor pignoraticio.

#### 4. Créditos sujetos al pacto *de no cedendo*.

Dispone el art. 1112 CC que “*Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*”. Este precepto vendría a reconocer, en el ámbito de los derechos de crédito el pacto *de no cedendo*, a cuyo amparo cabría admitir la validez de los pactos de no pignoración. Un crédito sujeto en su constitución a un pacto de esta naturaleza no sería pignorable por

---

<sup>203</sup> GARCÍA VICENTE, J. R., *La prenda de créditos*, págs. 56-57, Pamplona, 2006.

falta de libre disposición sobre el mismo por parte del pignorante.

Lo primero que llama la atención es la diferencia de régimen con las limitaciones de disponer en el ámbito inmobiliario que tienen fuertes restricciones (*vide* arts. 26 y 27 Ley Hipotecario)<sup>204</sup> o cuando se utilizan como garantía en caso de venta de bienes muebles cuya oponibilidad requiere la inscripción registral (*vide* arts. 7 y 15 Ley de venta a plazos de bienes muebles)<sup>205</sup>.

Aunque se pueda incluso haber dudado de si un pacto de

---

<sup>204</sup> Artículo 26 LH *Las prohibiciones de disponer o enajenar se harán constar en el Registro de la Propiedad y producirán efecto con arreglo a las siguientes normas:*

*Primera. Las establecidas por la Ley que, sin expresa declaración judicial o administrativa, tengan plena eficacia jurídica, no necesitarán inscripción separada y especial y surtirán sus efectos como limitaciones legales del dominio.*

*Segunda. Las que deban su origen inmediato a alguna resolución judicial o administrativa serán objeto de anotación preventiva.*

*Tercera. Las impuestas por el testador o donante en actos o disposiciones de última voluntad, capitulaciones matrimoniales, donaciones y demás actos a título gratuito, serán inscribibles siempre que la legislación vigente reconozca su validez.*

Artículo 27 LH *Las prohibiciones de disponer que tengan su origen en actos o contratos de los no comprendidos en el artículo anterior, no tendrán acceso al Registro, sin perjuicio de que mediante hipoteca o cualquier otra forma de garantía real se asegure su cumplimiento.*

<sup>205</sup> Artículo 7 LVPBM *Contenido del contrato. Los contratos sometidos a la presente Ley, además de los pactos y cláusulas que las partes libremente estipulen, contendrán con carácter obligatorio las circunstancias siguientes (...)*  
*11. La prohibición de enajenar o de realizar cualquier otro acto de disposición en tanto no se haya pagado la totalidad del precio o reembolsado el préstamo, sin la autorización por escrito del vendedor o, en su caso, del financiador.*  
Artículo 15. *Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles.1. Para que sean oponibles frente a terceros las reservas de dominio o las prohibiciones de disponer que se inserten en los contratos sujetos a la presente Ley, será necesaria su inscripción en el Registro (...).*

esta naturaleza sería admisible, con el tenor del art 1112 CC la validez del pacto sería evidente, y por tanto el deudor del crédito sujeto a tal pacto que hubiese sido pignorado contraviniendo el mismo podría oponer como excepción el pacto de incredibilidad frente a la pretensión de cobro del acreedor pignoraticio siempre que fuere anterior al conocimiento de la prenda por el deudor. Podría no obstante mantenerse la nulidad del pacto en determinados casos tomando como criterio rector el general de la buena fe (así si no existe interés práctico alguno en el beneficiario de la no cesión), o de forma más clara en el caso de que un pacto de este tipo se hubiese incluido en las condiciones generales de un contrato que de acuerdo con la normativa específica en la materia pudiera considerarse abusivo.

Pero, supuesta su admisión, lo que se ha discutido es la eficacia del pacto frente a terceros. La cuestión es si la cesión, en nuestro caso pignoración, realizada por el acreedor que pactó la incredibilidad, es nula en todo caso, de manera que el pacto determina la imposibilidad absoluta de realizarla, o si, por el contrario, lo que se origina es una obligación de no ceder con eficacia inter partes, cuyo incumplimiento sólo entrañaría una infracción del contrato con la consiguiente obligación de indemnizar a la otra parte por los daños y perjuicios generados.

DÍEZ PICAZO<sup>206</sup> entiende que la prohibición convencional de ceder produce sus efectos en la relación interna de los estipulantes de la cláusula y que el pacto de incredibilidad no

---

<sup>206</sup> DÍEZ PICAZO, L., *opus cit.* *Fundamentos ...*, pág. 978.

puede ser opuesto a un tercero más que si se prueba que conoció el pacto al tiempo de la cesión y por tanto sólo si el cesionario era de mala fe y conocía al tiempo de la cesión la existencia de la prohibición debe alcanzarse la excepción de ineficacia de la cesión que el deudor cedido podrá poner en juego frente a él.

Opinión contraria mantiene PANTALEÓN PRIETO<sup>207</sup>, para quien es válido el *pactum de non cedendo* con eficacia, no ya de generar a cargo del cedente que lo viole una obligación de indemnizar al deudor cedido los perjuicios que le haya reportado la transmisión del crédito al cesionario, sino que hace imposible, salvo autorización del deudor, la transferencia del crédito del cedente al cesionario; reconoce, no obstante, ciertos límites, a modo de excepciones muy restringidas, basados en el principio de la buena fe y en la proscripción general del abuso de derecho (art. 7.2 CC).

En tanto en cuanto no existe un mecanismo de publicidad sobre los límites o gravámenes de los créditos pignorados es muy difícil predeterminar cuándo será o no oponible tal pacto por contrariar las exigencias de la buena fe. Por nuestra parte nos inclinamos por la posición mantenida por DÍEZ PICAZO por cuanto siempre podrán acreedor y deudor formalizar el pacto en un documento que permita al menos impedir que el tercero pueda alegar su ignorancia, toda vez que por media diligencia debe comprobar la existencia y posibilidad del crédito que pignora. Por otra parte si el pacto *de non cedendo* está sujeto a un límite

---

<sup>207</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., “Cesión de créditos” en *opus cit.*, págs. 1096 y 1097.

temporal cabe mantener la validez de la pignoración en caso de que la ejecución de la prenda lo sea pasado el plazo, entendiéndose GARCÍA VICENTE que entonces ya habrá libre disponibilidad<sup>208</sup>.

A nuestro juicio habría que distinguir según los elementos implicados o afectados sean unos u otros. De entrada no cabe dudar de la validez del *pactum de non cedendo* amparado por el principio de autonomía de la voluntad (*ex art. 1255 CC*) y por la previsión del art. 1112 CC al recoger el posible pacto en contra de la transmisibilidad de todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación. La cuestión en realidad se centra en cuáles serán las consecuencias de la vulneración del pacto de no disponer o limitativo de la cesión convenido entre cedente y deudor cedido y su incidencia en la eficacia del negocio de cesión (pignoración) que vincula al cedente (pignorante) y al cesionario (acreedor pignoraticio). Y tales consecuencias deberán ser distintas según estemos en la esfera de las partes vinculadas por el pacto de *non cedendo*, esto es cedente-deudor cedido, de la relación entre cedente y cesionario o en la esfera del cesionario con el deudor cedido:

1.- En el primer ámbito, la prohibición o limitación a la cesión procedente del pacto contractual producirá sus efectos entre las partes vinculadas por dicho pacto, es decir, en la esfera interna cedente-deudor cedido, de conformidad con el art. 1257 CC.

2.- Entre cedente y cesionario en cambio, hay que entender que tal pacto no puede oponerse al cesionario de buena fe. La consecuencia es que la cesión, frente al cesionario de buena fe,

---

<sup>208</sup> GARCÍA VICENTE, J.R. *opus cit.* *La prenda...*, pág. 59.

sería válida y eficaz, porque reúne los elementos esenciales del negocio jurídico (consentimiento, objeto y causa lícita) y no contraviene ninguna norma imperativa o prohibitiva que establezca la nulidad del negocio como efecto de su contravención, sentada la buena fe del adquirente del crédito. Este principio se conjugaría con el anterior por cuanto la infracción del pacto que restringe la cesión dará lugar a la obligación del cedente de indemnizar al deudor cedido los daños y perjuicios que le haya ocasionado la cesión<sup>209</sup>.

3.- Finalmente si el conflicto surge entre el cesionario y el deudor cedido, porque el primero reclama el pago al segundo, éste sólo podría oponerle el pacto que exige su previo consentimiento a la cesión para no reconocer al cesionario como titular del crédito, manteniendo la relación obligatoria con el acreedor originario, pero no como circunstancia determinante de la nulidad de la cesión; tan sólo de su ineficacia relativa, en lo que atañe al deudor cedido.

Todo lo anterior vale si nos encontramos ante la constitución una prenda *ordinaria* de crédito. La cuestión se complica si se trata de constituir una prenda de crédito *sin desplazamiento*, toda vez que la nueva redacción dada al art. 2 LHMPD por la Ley 41/2007 dice que *carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca*

---

<sup>209</sup> Esta idea es la que recoge, para la cesión de créditos *mercantiles*, el Anteproyecto de Código de Comercio elaborado por la CGC (publicado por el Ministerio de Justicia, Madrid 2013), que en el art. 450-9 bajo el epígrafe Pactos no oponibles, dispone que *El deudor no podrá oponer al cesionario los pactos que tenga con el cedente por los que se limite de alguna manera la transmisibilidad del crédito. El cedente será responsable frente al deudor de los daños y perjuicios que le ocasione el incumplimiento del pacto establecido.*

*mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar.* Una lectura rápida y poco detenida puede hacer pensar que lo que se declara en la norma es la nulidad del pacto de no volver a pignorar, pero tal pacto ¿se consideraría nulo si está contenido en un contrato anterior de constitución de prenda sin desplazamiento? ¿o no sería admisible aunque se contuviese en cualquier otro contrato aunque no sea constitutivo de un gravamen?. Y, ¿se establece realmente la nulidad del pacto, o únicamente su ineficacia frente a terceros? Piénsese que un pacto de *no ceder* o *no pignorar* puede contenerse en contratos de suministro entre empresas o en contratos de prestación de servicios, contratos bilaterales en los que puede existir un interés de ambas o una de las partes en que no se introduzca un tercero ajena en la relación comercial<sup>210</sup>; incluso es prevención en supuestos de financiación compleja en que interviene un sindicato de entidades financieras que prohíben la cesión en general de los créditos que puedan tenerse contra el deudor principal y que se subordinan a la financiación sindicada, o en un simple contrato de concesión de préstamo o crédito en el que al deudor o acreditado no le interesa el cambio de acreedor<sup>211</sup>. La redacción, a nuestro juicio

---

<sup>210</sup> Puede existir un pacto de exclusividad en un contrato de suministro, v. gr., los que se dan entre empresas alimentarias y grandes cadenas de supermercados que pueden incluso prever la resolución si los créditos derivados de la relación comercial son objeto de cesión o pignoración a terceros ajenos.

<sup>211</sup> CARRASCO PERERA, A., propone (en “Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito”, en *Diario La Ley* nº 6867, 23 enero 2008) una interpretación del art. 2 LHMPSD como una norma de puro alcance registral, sin consecuencias en el orden sustantivo. La norma se limitaría a establecer que la existencia de un pacto registrado de no pignorabilidad (pacto que sólo podría estar contenido en un contrato de psd, en contrato de leasing inscrito o en una compraventa a plazos inscrita) no produce el efecto de cierre de nuevos asientos

precipitada, del artículo, no ayuda mucho a la resolución de estas cuestiones.

Por lo que se refiere al ámbito de aplicación de la norma, en líneas generales caben tres posibles interpretaciones. Una maximalista que consideraría la norma aplicable a cualquier caso en que se convenga la no cesión/gravamen posterior del crédito, que por tanto no impediría pignoraciones posteriores aunque tal pacto se contuviese en el contrato originario que da nacimiento al crédito. Una interpretación intermedia que considerase ineficaz el pacto de no volver a pignorar el crédito contenido en el contrato de constitución del gravamen ya fuera prenda *ordinaria* o prenda *sin desplazamiento*. Y cabe una última interpretación restrictiva por la que, basándose en el término *volver* y que el ámbito de aplicación de la ley es la de la prenda sin desplazamiento, restringiría su aplicación a este tipo de gravamen refiriéndose al pacto contenido en un contrato constitutivo de prenda sin desplazamiento. Y por lo que se refiere al alcance o sanción del pacto, el precepto puede interpretarse en el sentido de que sanciona la nulidad de un pacto de tales características o por el contrario que simplemente declara su ineficacia frente a terceros sin pronunciarse sobre la eficacia inter partes<sup>212</sup>. En nuestra opinión el alcance de la norma debe ser la estricta, esto es, no tiene un alcance sustantivo y no puede interpretarse como sanción de nulidad y su sentido sería únicamente que tal pacto contenido en un contrato de constitución de prenda sin desplazamiento que haya accedido al RBM no

---

*en que se inscriban posteriores psd.*

<sup>212</sup> Piénsese que un pacto de no cesión o no pignoración sin consentimiento del deudor puede completarse con cláusulas penales convencionales y pueden generar la obligación de indemnizar daños y perjuicios.



impediría la inscripción con posterioridad de otro gravamen; es más, si el pacto se contuviese en un contrato de prenda ordinario o en el propio de concesión del crédito, su contenido sería desconocido para el registrador y no impediría la inscripción de una prenda sin desplazamiento posterior, razón por la cual el alcance de la norma debe circunscribirse a las garantías inscribibles en el RBM. Además no sancionaría la nulidad, sino en todo caso su ineficacia frente a terceros posteriores, debiéndose resolver el alcance sustantivo del pacto con arreglo a las reglas generales antes examinadas mediante la interpretación del pacto de *non cedendo* del último inciso del art. 1112 CC; eso sí, el sentido de la reforma operada por la ley 41/2007, permitiría interpretar tales pactos en el sentido de producir el efecto más débil, considerando que el orden público económico trata de favorecer el crédito mobiliario y por tanto que un pacto de esta naturaleza sólo tiene efectos entre las partes pero no despliega efectos frente a terceros<sup>213</sup>.

## II. OBJETO DE LA PRENDA DE CRÉDITOS.

El tema relativo al objeto en la prenda de créditos debe tratarse distinguiendo de un lado las obligaciones asegurables y de otro los créditos susceptibles de pignoración.

### 1. Obligaciones asegurables con la prenda de créditos.

En principio el tratamiento de las obligaciones asegurables en sede de pignoración de créditos comparte los mismos problemas

---

<sup>213</sup> Vide PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., en “Prenda sin desplazamiento de créditos (A propósito de la Resolución DGRN de 18 de marzo de 2008)” en *Diario La Ley* nº 6939, 6 de mayo 2008, Ref. D-143.

que puedan darse en las garantías en general, si bien aumentados en ciertos puntos por la falta de un régimen legal uniforme de la pignoración de créditos.

A) *Regla general.*

Como regla general cabe afirmar que son garantizables cualesquiera obligaciones, sean de hacer, no hacer o de dar, y dentro de éstas las pecuniarias, ya sea la obligación garantizada de presente o se pretenda asegurar obligaciones futuras, o bien sea la obligación pura, condicional o a término. Y así cabe deducirlo, como posibilidad común a todo tipo de garantías, reales y personales, de artículos como el 1271.1 CC (*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no están fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*), o el 1857.1º CC (*Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal*, precepto que habla de obligación en general sin limitar o constreñir en modo alguno tal concepto general). Así también de los artículos 1861 CC (*Los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria*), 105 LH (*La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo 1911 del Código Civil*), o 1825 CC (en materia de fianza dispone que *Puede también prestarse fianza en garantía de deudas futuras, cuyo importe no sea aún conocido; pero no se podrá reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida*).

B) *Problemática de la prenda en garantía de obligaciones futuras.*

La posibilidad de garantizar obligaciones presentes es evidente, respecto de las futuras la licitud de su aseguramiento cabe deducirse de preceptos como los citados arts. 1271.1 CC o 142.1 LH (*La hipoteca constituida para la seguridad de una obligación futura o sujeta a condiciones suspensivas inscritas, surtirá efecto, contra tercero, desde su inscripción, si la obligación llega a contraerse o la condición a cumplirse*). Y tal licitud cabe predicarla tanto de créditos procedentes de relaciones jurídicas existentes, pero nacidos en un momento posterior al de la constitución de la garantía, como a los créditos propiamente futuros, es decir, aquellos nacidos de contratos o relaciones jurídicas inexistentes en el momento de constituir la garantía.

Entendemos sin embargo que no es asimilable la situación en que se pretenda asegurar una obligación futura perfectamente determinada o determinable por criterios objetivos, en cuyo caso su licitud no admite duda, de aquellas garantías constituidas para asegurar un conjunto de obligaciones o créditos futuros, muy frecuentes en la práctica, sobre todo bancaria, y que se reconducen a lo que se viene en llamar prenda global o cláusulas *omnibus*.

Con estas garantías *omnibus* lo que se persigue es el aseguramiento de créditos más allá de la originaria relación jurídica que provoca la garantía, extendiéndola a otras posibles relaciones de crédito existentes entre ambas partes. Se da también el supuesto inverso, esto es, cuando se dan en garantía de una obligación

presente y determinada y se pignoran una masa de créditos presentes y futuros; y en ocasiones tales garantías globales lo son en ambas facetas simultáneamente: en garantía de obligaciones presentes y futuras, se ofrecen créditos nacederos en el futuro.

Se ha pretendido mantener la validez de estas garantías pignoraticias globales basándolas en el derecho de retención que recoge el art. 1866 CC, en virtud del cual, el acreedor puede retener la cosa en su poder hasta que se le pague el crédito, y si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrae con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda.

Sin embargo, no son situaciones semejantes. De una parte porque el derecho reconocido por el art. 1866 CC al acreedor viene referido a créditos nacidos mientras está pendiente de cumplimiento el asegurado primeramente y por tanto, ya constituida la prenda, pero que vencen cuando está vigente ésta, mientras que la garantía global pretende abarcar bajo su cobertura todos los créditos que nazcan de las relaciones entre acreedor y deudor independientemente de la fecha de constitución de la garantía y del vencimiento de los créditos garantizados; y de otra parte, el precepto legal habla de *derecho de retención*, no de una *extensión* de la prenda. Señala DÍEZ PICAZO<sup>214</sup> que para que sea de aplicación el precepto es necesario que entre acreedor

---

<sup>214</sup> DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de derecho civil. Derecho de cosas. Derecho Inmobiliario y Registral* Vol. III, págs. 488-489.

pignoraticio y deudor principal existan dos o más deudas, de las que la primera de ellas esté garantizada con prenda mientras que sobre la segunda no se pactó garantía alguna y que la segunda deuda que carece de garantía tenga vencimiento anterior a la primera que se constituyó y que esté garantizada con la prenda.

La finalidad de tal derecho de retención no es otro que impedir que el deudor pague la deuda garantizada con la prenda y deje incumplida la segunda deuda que a pesar de haberse construido con posterioridad a la garantizada, tiene el vencimiento con anterioridad.

Como señala VEIGA COPO el derecho reconocido en el art. 1866 CC sería un derecho personal intrascendente *erga omnes*, sin que pueda considerarse fundamento para la admisibilidad de una prenda *ómnibus*. También la jurisprudencia del TS ha fijado el alcance del derecho examinado como meramente personal y que en ningún caso supone una ampliación del derecho real de prenda<sup>215</sup>.

---

<sup>215</sup> VEIGA COPO, A., en *opus cit. Tratado de la ...*, pág. 216. En el mismo sentido GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit. La prenda de ...* pág.86. Entre otras cabe citar la sent. TS de 21 de febrero de 1997 (LA LEY 1990/1997) que recogió la citada doctrina: “(...) hay que tener ineludiblemente en cuenta la emblemática sentencia de esta Sala de 24 Jun. 1941, que ha sido desarrollada por importante doctrina civilista, en el sentido de exigir a esta figura de garantía dos requisitos esenciales, como son:

a) Que entre el acreedor pignoraticio y el deudor principal existan dos o más deudas, de las que la primera de ellas esté garantizada con prenda, mientras que sobre la segunda no se ha pactado garantía alguna, y

b) Que la segunda deuda, que carece de garantía, tenga vencimiento anterior a la primera que se constituyó y que está garantizada con la prenda.

En resumen, que lo que se pretende en el art. 1866 CC es otorgar al acreedor la facultad de prorrogar la retención de la cosa dada en prenda a otras deudas, en principio no garantizadas con tal prenda, pero ello no significa que dicha prenda pueda ser realizada en caso de incumplimiento en «esas otras deudas» para su satisfacción, y ni mucho menos que con ello pueda perjudicarse a terceros afectados por la deuda principalmente garantizada (...).”

Fundamental es la sentencia TS de 24 de junio de 1941<sup>216</sup> cuya doctrina marcó la línea seguida por el alto tribunal en pronunciamientos posteriores; la misma llega a la doctrina señalada tras examinar los antecedentes históricos del precepto y del derecho comparado.

Respecto a los primeros señala como antecedente más remoto la Ley única, título XXVII, libro VIII del *Codex etiam ob chirographarium pecuniam retinen posse* que concibe el derecho de retención como una excepción de naturaleza personal, otorgada a quienes frente a terceros *quod in secundo creditote locum non habet* y como antecedente próximo la Ley 22, título XIII, Partida 5<sup>a</sup> que se pronuncia en los mismos términos que la norma romana y se cuida de limitar su alcance añadiendo *a esto decimos que debe ser haurdadotan solamente a aquellos que facen el debido a sus herederos*, de donde pasó al proyecto de 1851 (art. 1779).

Y en cuanto al derecho comparado, la sentencia señala como preceptos sustancialmente idénticos los contenidos en el Código civil francés (art. 2082 párrafo 2º) y en el italiano (art. 1.888, 2º apartado), en base a los cuales sustenta la jurisprudencia italiana que ese derecho de retención otorgado al acreedor prendario como prórroga de la facultad de retener, que con la de enajenar caracterizan al derecho de prenda, está limitado y circunscrito a las relaciones entre acreedor y deudor y constituye defensa de éste y no privilegio con relación a tercero.

---

<sup>216</sup> Vide referencia de la citada sentencia en MORENO GIL, O. *Código Civil y Jurisprudencia concordada* Madrid, 2000, S.6298 págs. 1981-1982.

En definitiva, la admisión y licitud de tales cláusulas globales debe decidirse, no por vía del artículo citado, sino por un examen mesurado en el que basculen principios como el de buena fe contractual, grado de determinación de las obligaciones aseguradas, duración del gravamen y protección respecto de terceros<sup>217</sup>. Cabe concluir que la admisibilidad o no de tales garantías implicará la de determinar los límites que pueda tener en cuanto a su duración, determinación y amplitud entre las partes y su eficacia respecto de terceros. En relación con ésta, se ha de determinar, como núcleo de la cuestión, en qué momento será oponible a los terceros la garantía, si desde la fecha de constitución, aunque la obligación garantizada nazca después, o si por el contrario, sólo cabe predicar su eficacia frente a terceros, y por ende su oponibilidad, desde el nacimiento de la obligación futura garantizada.

En tema de hipoteca inmobiliaria hemos visto que el art. 142 LH fija la eficacia frente a terceros de la hipoteca constituida en garantía de obligaciones futuras en la fecha de su inscripción, lo que valdría tanto como decir que al momento de su eficaz constitución, toda vez que la inscripción en el Registro de la Propiedad es requisito formal de constitución junto con la escritura pública. Transponiendo ello al caso de la pignoración, las opiniones doctrinales, como tendremos ocasión de ver, fueron varias. Algunos autores, por analogía entendían aplicable la fecha de la constitución de la prenda, otros, y en el caso de concurso de acreedores,

---

<sup>217</sup> Una cuestión interpretativa sobre el alcance de una cláusula de estas características puede verse en el supuesto contemplado por la STS de 31 de marzo de 2014 (LA LEY 40092/2014). *Vide ut supra* Cap. 2º IV 5.

distingúan según el crédito naciera antes o después de la declaración del mismo. Igualmente, se deduce a *sensu contrario* del precepto indicado que si la obligación futura garantizada no llegase a nacer quedaría sin efecto la garantía constituida, lo que por otra parte no es más que una consecuencia lógica del principio de accesoriedad de las garantías respecto de la obligación garantizada.

La determinación del momento de la oponibilidad referido a la constitución, que en el caso de las hipotecas no plantea mayores problemas, habida cuenta de la publicidad que proporciona el Registro de la Propiedad, sí que los puede producir en el caso de la pignoración de créditos, toda vez que la no existencia de mecanismos generales de publicidad de la pignoración en todos los casos, puede provocar una eventual desprotección de aquellos posibles acreedores que, con posterioridad a la formalización de la garantía pignoratícia pero con anterioridad al nacimiento de los créditos futuros, concedan crédito al pignorante. Aunque por otra parte la tipología tan variada que pueden presentar los créditos futuros hace difícil someterlos a un régimen unívoco de publicidad.

Teniendo en cuenta que el carácter futuro de los créditos puede predicarse no sólo de los pignorados sino también de los asegurados, y que en ocasiones las prendas globales afectan a ambos términos de la relación por razones de sistemática examinaremos este punto más adelante, dejando por ahora el problema simplemente apuntado.



C) *Alcance del objeto asegurado. Los pactos de extensión de la garantía.*

Normalmente la prenda asegurará la obligación principal y los intereses, daños y gastos vinculados a la misma. No cabe entender aplicable a la prenda de créditos la limitación que respecto a los intereses de la obligación garantizada impone el art. 114 LH cuando se trata de una hipoteca inmobiliaria (*Salvo pacto en contrario, la hipoteca constituida a favor de un crédito que devengue interés no asegurará, con perjuicio de tercero, además del capital, sino los intereses de los dos últimos años transcurridos y la parte vencida de la anualidad corriente. En ningún caso podrá pactarse que la hipoteca asegure intereses por plazo superior a cinco años...*).

La extensión de la garantía a los intereses y gastos se desprende de arts. como el 1868 CC (*Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital*) y 1871 CC (*No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso*). De igual forma resulta de las normas previstas en trámite de ejecución, que se refieren no sólo al principal, sino también a intereses y costas, para cuya determinación habrá que estar a lo pactado en el título constitutivo de la prenda; así art. 694. 2º segundo párrafo (*El valor de los bienes para la subasta será el fijado en la escritura o póliza de constitución de la prenda y, si no se hubiese señalado, el importe*

*total de la reclamación por principal, intereses y costas).*

No obstante, en caso de concurso de acreedores, las garantías parecen extenderse sólo a los interés por mor del art. 59.1 LC (*Desde la declaración de concurso quedará suspendido el devengo de los intereses, legales o convencionales, salvo los correspondientes a los créditos con garantía real, que serán exigibles hasta donde alcance la respectiva garantía. Los créditos salariales que resulten reconocidos devengarán intereses conforme al interés legal del dinero fijado en la correspondiente Ley de Presupuestos. Los créditos derivados de los intereses tendrán la consideración de subordinados a los efectos de lo previsto en el artículo 92.3.º de esta ley*).

Distinto es el caso de que no nos encontremos propiamente con las prestaciones accesorias o derivadas de la obligación principal, sino que la garantía se extienda, por convenio entre las partes, a otras obligaciones distintas y posteriores a la inicialmente garantizada. No es incardinable aquí, como tampoco lo es como base para justificar la prenda de créditos futuros el *pignus gordianus* del art. 1866 CC que antes examinamos y que como ya dijimos es una simple facultad de retención que no atribuye por el segundo crédito a su titular ni el *ius distrahendi* ni preferencia sobre el producto obtenido en el ejecución de la prenda, por lo que no afecta a terceros, anteriores o no, a la segunda deuda.

Es evidente que el deudor tiene libertad para asegurar con una prenda ya constituida eventuales créditos preexistentes o nacidos *ex post* al inicialmente garantizado, sin que por ello haya

que presumir una actividad fraudulenta del mismo, toda vez que los otros acreedores ordinarios no tienen por el hecho de serlo, preferencia alguna sobre bienes y derechos determinados, sino que en general contarán con la responsabilidad del patrimonio del deudor *ex art.* 1911 CC.

En tal sentido el problema no lo es tanto por su eficacia *inter partes* que está fuera de duda en cuanto el pacto permita determinar los límites de la extensión, sino la oponibilidad que tales pactos puedan tener respecto a terceros. La cuestión está en dilucidar si el acreedor gozará de su preferencia desde el momento mismo de la constitución de la pignoración por el importe una vez ampliado, o si, por el contrario, la preferencia desde la fecha de constitución de la prenda sólo afecta al importe inicial, mientras que la preferencia de la garantía respecto del ampliado sólo será predicable desde la fecha de la ampliación.

GARCÍA VICENTE<sup>218</sup> distingue dos supuestos de cláusulas de extensión: aquellos en que la cláusula de extensión ha sido pactada al tiempo de la constitución de la prenda detallando los supuestos en que procederá y la cifra máxima de responsabilidad que soportará la prenda, en cuyo caso es el mismo que el de las obligaciones futuras de modo que su prioridad se retrotrae al tiempo de su constitución con independencia del tiempo de su nacimiento (en los términos que examinaremos en su momento, pues tal afirmación habrá que matizarla con la redacción dada al art. 90.1.6º LC por la Ley 38/2011 de 10 de octubre); y aquellos otros en que los pactos son sobrevenidos a la constitución

---

<sup>218</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit.* *La prenda de...* pág. 86.

de la prenda e incluyen entre las obligaciones garantizadas otras nacidas sucesivamente y que no están previstas en eventuales cláusulas de globalización, supuestos que estarían excluidos de la prenda.

D) *Limitación de responsabilidad a los créditos garantizados.*

Distinta es la posibilidad de que contractualmente se limite la responsabilidad por las deudas garantizadas al importe de los créditos pignorados<sup>219</sup>. La cuestión que se plantea es si tal limitación de responsabilidad es válida, dados los términos *imperativos* con los que está redactado el artículo 1911 CC. En contra de la validez de tales cláusulas se alega que la imperatividad de la regla de la responsabilidad patrimonial universal que consagra el citado 1911 CC sólo puede excepcionarse en los casos legalmente previstos tales como el art. 140 LH, cuyos dos primeros párrafos establecen que *No obstante lo dispuesto en el artículo ciento cinco, podrá válidamente pactarse en la escritura de constitución de la hipoteca voluntaria que la obligación garantizada se haga solamente efectiva sobre los bienes*

---

<sup>219</sup> Posibilidad no sólo teórica sino que puede darse en la práctica. AVILÉS GARCÍA, J., en “Contratos de garantía y ampliación del ámbito de aplicación de las prendas de créditos” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, pág. 1443 plantea la siguiente situación. Un gran proyecto ligado a una herramienta financiera del tipo *project finance* en la que no se constituya una sociedad vehicular (tipo sociedad de responsabilidad limitada o anónima), sino que se trate de un empresario individual y por tanto sin limitación de responsabilidad, puede ser útil establecer en el contrato de financiación una cláusula contractual entre la entidad financiera y la persona que realice el proyecto empresarial en la que se pacte que la responsabilidad por las deudas derivadas de la financiación del proyecto se limite a los créditos o al flujo de ingresos que el mismo genere, quedando excluidos cualesquiera otros bienes del financiado.

*hipotecados.*

*En este caso, la responsabilidad del deudor y la acción del acreedor, por virtud del préstamo hipotecario, quedarán limitadas al importe de los bienes hipotecados, y no alcanzarán a los demás bienes del patrimonio del deudor; o el art. 1807 CC El que constituye a título gratuito una renta sobre sus bienes, puede disponer, al tiempo del otorgamiento, que no estará sujeta dicha renta a embargo por obligaciones del pensionista.*

Pero a nuestro juicio, y este es el parecer de la doctrina más autorizada, se deben distinguir aquellos pactos en los que se excluya totalmente la responsabilidad patrimonial (que no quedarían amparados por la libertad contractual por no respetar los límites de los arts. 1255 y 1256 CC), que se reputarían nulos, de aquellos otros en que únicamente se limita la responsabilidad patrimonial haciéndola recaer sobre determinados bienes (en nuestro caso los créditos pignorados nacidos del propio flujo contractual), segunda hipótesis en que el pacto que debería reputarse válido<sup>220</sup>.

## 2. Créditos susceptibles de ser dados en prenda.

Vimos, al examinar el tema sobre su naturaleza jurídica, que uno de los argumentos utilizados por quienes tradicionalmente

---

<sup>220</sup> Vide en este sentido por todos, GULLÓN BALLESTEROS, A., en *Comentarios del Código Civil* Ministerio de Justicia t. II 1991 págs. 2055 y ss. que admite la eficacia de tales pactos modificativos los cuales suponen, al decir del TS, una renuncia anticipada de la parte de prestación que queda por satisfacer y si la renuncia es clara y precisa será justa; PANTALEÓN PRIETO, F., en *opus cit.* “Prenda créditos: nueva jurisprudencia y ...” pág. 1463. AVILÉS GARCÍA, J., en *opus cit.* “Contratos de garantía y ...” pág. 1444; MALO CONCEPCION, J.V., *opus cit.* “Prenda de participaciones en fondos ..., pág. 226.

negaron la posibilidad de constituir la prenda sobre derechos de crédito, era precisamente la ineptitud de los mismos para ser objeto de la garantía pignoratícia tal y como quedó regulada en nuestro Código Civil; posición que tanto la doctrina, salvo excepciones, como la jurisprudencia y las últimas novedades legislativas, han ido abandonando, siquiera sea acogiendo una postura más práctica y menos dogmática.

A) *Requisitos generales para ser objeto de pignoración.*

Dice el artículo 1864 CC que *Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión.* Este precepto viene a establecer tres requisitos: que se trata de una *cosa mueble*, su *comerciabilidad* y que sea susceptible de *posesión*.

a) *Cosa mueble.*

El carácter de *cosa mueble* referido a los derechos de crédito suele defenderse poniendo en relación el precepto indicado con los artículos 333, 335 y 336 del Código civil. Señalan estos preceptos:

Art. 333. *Todas las cosas que son o pueden ser objeto de apropiación se consideran como bienes muebles o inmuebles.*

Art. 335. *Se reputan bienes muebles los susceptibles de apropiación no comprendidos en el capítulo anterior, y en general todos los que se pueden transportar de un punto a otro sin menoscabo de la cosa inmueble a que estuvieren unidos.*

Art. 336. *Tienen también la consideración de cosas*

*muebles las rentas o pensiones, sean vitalicias o hereditarias, afectas a una persona o familia, siempre que no graven con carga real una cosa inmueble, los oficios enajenados, los contratos sobre servicios públicos y las cédulas y títulos representativos de préstamos hipotecarios.*

Tradicionalmente, y en base al derecho romano, se había distinguido entre las cosas corporales que se perciben por los sentidos<sup>221</sup>, y las incorpóreas que se perciben sólo *por los ojos de la mente*, esto es, con el entendimiento. Así, señalaba CASTÁN TOBEÑAS<sup>222</sup> que las cosas corporales son las que tienen una existencia concreta en la Naturaleza, las incorpóreas las que sólo tienen una existencia intelectual y jurídica.

Esta posición, que es la clásica y del Derecho Romano y que con un criterio amplio viene a considerar como cosas incorpóreas los derechos (excepto el de propiedad), fue ya contestada por los propios civilistas, siendo por ejemplo que la doctrina alemana y el BGB vienen a suprimir la categoría de cosas incorpóreas sustituyéndola por la concepción de derechos sobre derechos (§ 90); de igual forma el Código civil holandés de 1992 considera cosas a los objetos materiales. En ocasiones se admite la categoría de las cosas incorpóreas pero referida únicamente a los llamados bienes inmateriales (así los derechos de propiedad industrial, marcas o propiedad intelectual).

---

<sup>221</sup> *res quae tangi possunt*

<sup>222</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral, t. I Vol. 2 Introducción y parte general* pág. 588, reimpresión revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Madrid, 1987.

En cualquier caso, desde un punto de vista positivo, nuestro Código civil viene a recoger la equiparación conceptual entre cosas y bienes considerando como tal todo bien que tenga un valor económico y esté en el patrimonio de las personas, en definitiva que sea o pueda ser susceptible de apropiación. Y dentro de la categoría de cosa mueble incluye las cosas incorporales o derechos y entre ellos los derechos de crédito, como se deduce de:

1.- La utilización como conceptos equivalentes, del de cosa y bien (el propio art. 333 *todas las cosas ... se consideran como bienes muebles e inmuebles*).

2.- Como consecuencia de lo anterior, tanto las cosas corporales como incorporales o derechos, vienen incluidos en las distinción entre cosas muebles e inmuebles.

3.- Si el art. 334, en su número 10º, determina que los derechos reales sobre bienes inmuebles se consideran inmuebles, y a continuación el art. 335 considera bienes muebles todos los demás no comprendidos en la relación anterior, habrá que inferir que los derechos reales sobre cosas muebles y los derechos de crédito con valor patrimonial deben considerarse cosas muebles.

4.- El art. 336, en consonancia con lo anterior, considera cosas muebles las rentas o pensiones, vitalicias o hereditarias, categorizables en los derechos de crédito.

5.- A lo largo del articulado del Código civil otros preceptos avalan esta conclusión: el art 346, párrafo 1º, que como criterio hermenéutico viene a establecer que el término cosa mueble debe interpretarse comprensivo de cosas y derechos, el art. 1464, que habla de los bienes incorporales y se remite respecto a su transmisión a la *traditio instrumental* del párrafo segundo del art 1462, el epígrafe del cap.VII, título IV, libro IV, que habla de



transmisión de créditos y demás *derechos incorporales...*

b) Que estén en el comercio.

La comerciabilidad de los derechos de crédito están fuera de toda duda. Por regla general, todo derecho de crédito puede ser objeto de negocios jurídicos, al igual que las cosas. Así se desprende del art. 1271 CC (*Pueden ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras*) y del art. 1112 CC (*Todos los derechos adquiridos en virtud de una obligación son transmisibles con sujeción a las leyes, si no se hubiese pactado lo contrario*). Cabe mantener la pignorabilidad de mercancías, derechos o créditos de tráfico restringido pero en este caso sólo podrían disponerse de ellos con las limitaciones inherentes a su situación especial<sup>223</sup>.

Mención en este punto requiere la posibilidad de pignorar los derechos consolidados en planes y fondos de pensiones, regulados por el Real Decreto Legislativo 1/2002, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Regulación de los Planes y Fondos de Pensiones, y que tratan de ser utilizados en ocasiones, a falta de otros activos, como garantía de préstamos y créditos bancarios. Dada la naturaleza jurídica que tienen los planes y fondos de pensiones *prima facie* los derechos

---

<sup>223</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *opus cit. Tratado ...*, pág. 173, citan como ejemplo la prenda de productos farmacéuticos admitida por la Resolución de la DGRyN de 30 de noviembre de 1992 que señala “*de ahí que estos bienes, si no con prohibición absoluta, entren dentro de la categoría que la doctrina denomina bienes susceptibles de tráfico restringido, y con estas limitaciones inherentes a su situación especial es como puede disponerse de ellos. Por tanto, en principio cabe, y con las restricciones apuntadas, pactar su pignoración (...)*.”

derivados de los mismos no pueden ser pignorados, por ser indisponibles, de la misma manera que no pueden ser embargados. Así se desprende de la citada LRPyFP, que tras decir en su art. 8 número 6 que las contingencias por las que se satisfarán las prestaciones podrán ser: a) Jubilación, b) incapacidad laboral total y permanente para la profesión habitual o absoluta y permanente para todo trabajo, y la gran invalidez, c) muerte del partícipe o beneficiario, y d) dependencia severa o gran dependencia del partícipe; añade en su apartado 8 que *Los partícipes sólo podrán hacer efectivos sus derechos consolidados en los supuestos de desempleo de larga duración o de enfermedad grave (...)* Asimismo, los partícipes de los planes de pensiones del sistema individual y asociado podrán disponer anticipadamente del importe de sus derechos consolidados correspondiente a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad. (...). Consecuente con ello el art 8. 8 último párrafo recoge como regla general que *Los derechos consolidados del partícipe en un plan de pensiones no podrán ser objeto de embargo, traba judicial o administrativa, hasta el momento en que se cause el derecho a la prestación o en que sean disponibles en los supuestos de enfermedad grave o desempleo de larga duración o por corresponder a aportaciones realizadas con al menos diez años de antigüedad, y luego añade en el número 10 que Las prestaciones de los planes de pensiones deberán ser abonadas al beneficiario o beneficiarios previstos o designados, salvo que mediara embargo, traba judicial o administrativa, en cuyo caso se estará a lo que disponga el mandamiento correspondiente.* De todo ello se desprende que no pueden ser objeto de pignoración los derechos consolidados a las pensiones en cuanto tales, pudiendo únicamente

recaer la garantía sobre los *derechos futuros* derivados de tales derechos consolidados, quedando la garantía sujeta a la *conditio iuris* de eficacia de que se produzca el evento que determina el momento del desembolso, constituyéndose así la prenda no sobre la pensión en sí, sino sobre el crédito futuro al reembolso<sup>224</sup>. Con todo se pueden distinguir aquellos supuestos en que la reclamación de las prestaciones no depende de la voluntad del partícipe (los recogidos en el número 6), de aquellos otros (los recogidos en el número 8, esto es, *enfermedad grave, desempleo de larga duración o aportaciones realizadas con diez años de antigüedad*) cuya reclamación *anticipada* depende de la voluntad del partícipe. En los primeros supuestos la *pignoración* de los derechos futuros a las prestaciones se hará efectiva en cuanto entren en el patrimonio del partícipe/deudor pignorante; en los segundos, en cambio, la efectividad de la garantía requiere reconocer al acreedor la facultad de reclamar las prestaciones en los casos permitidos por el art.8.8 una vez incumplida la obligación garantizada<sup>225</sup>.

---

<sup>224</sup> Las pólizas bancarias que utilizan planes de pensiones como garantías suelen recaer sobre planes o fondos de las propias entidades acreedoras, y recogen previsiones como la renuncia a la movilidad del plan (*El partícipe/tomador renuncia irrevocablemente a la movilización de los derechos hasta que se produzca el abono de la totalidad de las responsabilidades económicas derivadas de la operación crediticia*), la atribución a la acreedora de la facultad de reclamación de las prestaciones (*En el caso de que exista deuda crediticia pendiente vencida y que el partícipe/tomador tenga la disponibilidad sobre los derechos, autoriza al Banco a solicitar en su nombre la prestación del plan de pensiones por la cuantía necesaria para amortizar la deuda crediticia pendiente vencida, así como para el abono de intereses y comisiones que deriven de la operación crediticia*), y el sometimiento de la garantía a la disponibilidad de las prestaciones en los casos legales (*La presente garantía afecta a las cantidades que pudieran corresponder por cualquiera de las contingencias o supuestos de liquidez contemplados en la normativa que permita el cobro*).

<sup>225</sup> En este sentido es de destacar que la disposición final 1.2 de la Ley 26/2014, de 27 de noviembre, modificó el art.8 LRPyFP permitiendo el rescate para las aportaciones realizadas con diez años de antigüedad, lo que determina un criterio temporal que facilita la pignorabilidad de los derechos futuros a las prestaciones, toda vez que transcurridos los diez años la percepción depende de

Por lo que refiere a los derechos inembargables, el art. 607 de la LEC declara como tales en su número 1, *el salario, sueldo, pensión, retribución o su equivalente, que no exceda de la cuantía señalada para el salario mínimo interprofesional*, añadiendo en su número 6 que *los anteriores apartados de este artículo serán de aplicación a los ingresos procedentes de actividades profesionales y mercantiles autónomas*. La finalidad de esta norma es preservar el sustento básico de los deudores y sus familias<sup>226</sup>, suponiendo un límite a la responsabilidad patrimonial universal que puede ser considerada de orden público, por lo que, en nuestra opinión no puede ser derogada por la voluntad de las partes, por lo que caso de pignorar en garantía una obligación los salarios futuros a percibir por la deudor, lo serán en cuantía que no supere el salario mínimo interprofesional.

Finalmente se plantea si cabe constituir una prenda sobre créditos tributarios e ingresos de Derecho público, posibilidad que debe rechazarse como regla general toda vez que del art. 7.1 de la LGP (*No se podrán enajenar, gravar ni arrendar los derechos económicos de la Hacienda Pública estatal fuera de los casos regulados por las leyes*) y del art. 18 LGT (*El crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa*) se desprende la prohibición genérica de afectación y libre disponibilidad de los ingresos públicos. Y si llegase a formalizarse una pignoración de

---

la exclusiva voluntad del partícipe y no de un hecho *certus an et incertus quando*.

<sup>226</sup> SABATER MARTIN, A., en comentario al art. 607 en *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coords. FERNANDEZ BALLESTEROS/RIFA SOLER/VALLS GOMBAU), Barcelona 2001, pág. 2921: *Razones de humanidad han hecho aconsejable que nuestras leyes procesales declaren la inembargabilidad (absoluta o relativa) de aquellos bienes y derechos que sirvan para el sustento del deudor y de su familia*.

este tipo de derechos no estaría el acreedor pignoraticio legitimado para ejercer la potestad recaudatoria de la administración, la cual implica un ejercicio de autoridad, ni tal pignoración podría constituir título ejecutivo alguno frente a la Administración a quien correspondiera percibir tal ingreso. Cuestión distinta es la pignorabilidad de los derechos de devolución a favor del contribuyente, muy frecuente en la práctica y que examinaremos más adelante.

c) Que sea susceptible de posesión.

Este requisito, como vimos al tratar sobre su naturaleza jurídica ha sido uno de los que llevó a un sector doctrinal a negar la posibilidad en nuestro Derecho de la prenda de créditos dentro del régimen de nuestro Código civil (*vide ut supra* Cap. 2º III 1).

Vista la evolución de la doctrina, jurisprudencia y las novedades legislativas sobre la materia, que no hacen sino recoger lo que era más que habitual en el tráfico jurídico, la “*poseibilidad*” del crédito a los efectos de constituir garantía prendaria sobre el mismo, debe entenderse en el sentido propugnado por la doctrina moderna. En definitiva, si no cabe hablar, por razones evidentes, de una posesión corpórea, sí cabría mantener dentro del ámbito del acreedor pignoraticio el haz fundamental de facultades que permitan la disposición y por tanto conservación del mismo, aunque no fuera de modo absoluto, a través de mecanismos alternativos a la posesión corpórea, tales como la posesión de los documentos de donde resulte el derecho de crédito, notificaciones... de forma que se coloque al deudor que pignora en

una suerte de indisponibilidad de su derecho.

Todo ello derivaría de la consideración del crédito como un auténtico valor patrimonial<sup>227</sup>. En tal sentido se pronuncia la sentencia del TS de 10 de marzo de 2004 cuando señala que el *crédito tiene obviamente un valor que no hay ninguna necesidad física ni jurídica de que quede inmovilizado (...) los créditos juegan un valor esencial en el tráfico...*<sup>228</sup> Cabe afirmar, desde este punto de vista, que desde que un derecho de crédito nace a la vida jurídica tiene una existencia objetiva, de tal manera que no sólo puede contemplarse como la parte activa de una relación obligacional, sino también como un valor patrimonial susceptible de ser objeto de los negocios jurídicos que se realizan en el tráfico sobre las cosas corporales y por ende susceptibles de transmisibilidad como vimos reconoce el art. 1112 CC.

En este sentido señala DÍEZ PICAZO<sup>229</sup> que el crédito no es sólo una situación de poder jurídico que al acreedor pertenece acompañada de sus correspondientes limitaciones y de sus correspondientes cargas. Es también un objeto que forma parte del patrimonio del acreedor, y como tal bien patrimonial entra a formar

---

<sup>227</sup> En el tráfico jurídico actual proliferan los derechos o inmateriales, reconducibles a un valor pecuniario, sobre los cuales se pretende constituir garantías para proyectos de financiación empresarial. Como ejemplo puede verse a FERRANDO NICOLAU, E., que se plantea la posibilidad de constituir garantías sobre los derechos de emisión de gases de efecto invernadero, pues *desde el momento en que a tales derechos de emisión se asocia un precio, estos derechos se han convertido en un factor clave de las estrategias empresariales*, “Las garantías financieras sobre los derechos de emisión de gases de efecto invernadero”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012, págs. 535 y ss.

<sup>228</sup> LA LEY 12458/2004

<sup>229</sup> DÍEZ PICAZO, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial t. II Las relaciones obligatorias*, págs. 138 y ss., sexta edición, Cizur Menor, 2008.

parte y a ser objeto de tráfico jurídico. Tal tráfico jurídico sobre los créditos unido al valor económico y patrimonial de los mismos conduce a una *cosificación*<sup>230</sup> de los créditos y a su consideración como cosas en torno a los cuales se da un círculo jurídico, paralelo al que es posible sobre los bienes muebles, de forma que se transmiten, se usufructúan y se pignoran<sup>231</sup>. VEIGA COPO señala que probablemente la consideración de los créditos y en general de los derechos como *cosas incorporales* no es admisible en buena técnica jurídica pues ni uno ni otros en rigor son cosas, pero supone un expediente de ficción jurídica que significa que “los créditos son objeto del tráfico patrimonial y que admiten, en este sentido, las mismas operaciones jurídicas que las cosas corporales”.

B) *Supuestos prácticos más frecuentes.*

En suma, en el tráfico jurídico, nos encontramos sobre una multitud de derechos y créditos pignorados en garantías de obligaciones, algunos con regulación legal y otros sin ella: fondos de comercio, stocks de empresa, participaciones o cuotas de sociedad personalistas, participaciones de sociedad limitada,

---

<sup>230</sup> En este sentido VEIGA COPO, A., en “Prenda de créditos y negocio fiduciario –venta en garantía”, en *RDBB* núm. 89 pág. 62 que señala que *Hablar referencialmente de un tráfico jurídico sobre créditos, inescindible del valor económico y patrimonial que aportan, nos lleva ineludiblemente a una equiparación de éstos en cosas. El primer requisito que ha de cumplir el objeto gravado es el de tener una valor patrimoniable y ser realizable mediante enajenación. ¿qué perjuicio se derivaría entonces para que puedan ser objeto de prenda todos los bienes que tiendan a la obtención de un valor tanto si son corporales como derechos? En cierta medida se produce una transustanciación del crédito consificándose. A su vez no debemos soslayar el tratamiento de bien mueble que a los derechos dispensan los arts. 335 y 336 del Código Civil, en un intento de redimensionar el propio término de cosa.*

<sup>231</sup> Ejemplos que cita DÍEZ PICAZO, L., sin prejuzgar su naturaleza jurídica.

acciones, letras de cambio, resguardos de depósitos en almacenes generales, warrants, software, fondos de inversión, créditos derivados de contratos de suministro, imposiciones a plazo fijo, depósitos de dinero, contraprestaciones pecuniarias derivadas de contratos sinalagmáticos, devoluciones de impuestos, pólizas de seguros, indemnizaciones debidas y un largo etc, que en casos de necesidad llega hasta plantearse la posibilidad de pignorar el salario futuro.

a) La llamada *prenda irregular* .

Previamente conviene dar un apunte sobre las distintas situaciones jurídicas en que el metálico puede ser objeto mediato o inmediato de la garantía, a fin de deslindarlas de la pignoración propia de créditos.

*Prenda regular de dinero.* Si lo que se ofrece en garantía son unas monedas determinadas o se entrega al acreedor una cantidad en sobre cerrado y con elementos identificadores precisos, se viene considerando que lo ofrecido en garantía no es la cantidad de numerario, sino las concretas monedas o billetes entregados, por lo que la situación se aproximaría a la prenda ordinaria sobre cosas corporales, de forma que la posible restitución alcanzaría a las piezas concretas entregadas y la realización forzosa habría de desarrollarse por los procedimientos establecidos. En este caso, el dinero, como cualquier otra cosa fungible que tenga el carácter de cosa mueble, que pueda ser objeto de comercio y sea susceptible de posesión, es objeto de un contrato de prenda ordinaria a través de su especificación o individualización, de manera que aun siendo



*naturalmente* fungible se ha convertido en *convencionalmente* infungible<sup>232</sup>, lo que puede conseguirse, por ejemplo, colocándolo en un recipiente sellado, tomando la referencia de los billetes o marcándolos.

Y dado que en tal caso nos encontramos ante una prenda ordinaria, como tal derecho real de garantía sobre cosa mueble ajena, la propiedad seguirá correspondiendo al constituyente de la garantía, aun desplazándose la posesión al acreedor garantizado o un tercero.

La especialidad en este supuesto radica en que vencida la garantía por impago de la deuda garantizada, el acreedor no acudirá a la ejecución del valor del dinero pignorado (*ex art. 1872 CC*), sino que se apropiará sin más en la medida necesaria para el cobro del crédito garantizado, dado que el dinero pignorado ya es medida de valor por sí mismo, y si la subasta lo que persigue es la conversión de la prenda en dinero, si la prenda misma es dinero de curso legal no hace falta tal conversión so pena de reducir la garantía al absurdo<sup>233</sup>. Se excluye por tanto, tal y como señaló la generalidad de la doctrina común, la prohibición del *pacto*

---

<sup>232</sup> JORDANO FRAGA, F., “Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito. Sobre la pignoralidad de una imposición a plazo fijo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 18 julio 1989)”, pág. 307, *ADC*, 1990.

<sup>233</sup> En igual sentido el art. 569.20 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales establece que “5. *Los acreedores pignoratícios, si la prenda recae sobre dinero o sobre un título representativo de dinero, siempre que sea por una cantidad líquida y exigible, pueden hacerlos suyos, sin necesidad de subasta previa, pero solo hasta el límite del importe del crédito garantizado, con el único requisito de notificarlo fehacientemente a los deudores antes de hacerlo.*”

*comisorio* (art. 1859 CC)<sup>234</sup>. Frente a esta opinión general se ha matizado que, si bien no es necesaria la enajenación forzosa, en la prenda regular de dinero, se precisaría la intervención pública del pago (ex art. 1872 CC) a fin de evitar que el acreedor, contra la prohibición del pacto comisorio haga cambiar de patrimonio dinero especificado en cantidad que exceda del importe de la obligación garantizada y a fin de acreditar frente a todos el último momento de la tradición, la cual es necesaria (art. 609 CC) para el paso de la propiedad con la consiguiente trascendencia en cuanto a los riesgos del caso<sup>235</sup>.

*Prenda* irregular. Otra cosa distinta es que no se ofrezcan en garantía unas monedas o billetes determinados sino una *cantidad* de dinero. La diferencia con el supuesto anterior es que el dinero que constituye su objeto, no pierde su fungibilidad de forma convencional, dado que se entrega como tal cantidad de dinero, sin especificación o individualización alguna, por lo que no hay norma ni legal ni convencional que produzca su confusión con el patrimonio del acreedor garantizado.

En este caso se habla de prenda irregular, entendiendo como tal aquella forma de garantía mobiliaria que recae sobre una cantidad de dinero entregada para asegurar el cumplimiento de una obligación, pudiendo el acreedor apropiársela si el deudor no cumple la prestación a que está obligado o debiendo devolver otro

---

<sup>234</sup> Aun así se excluirían aquellos casos en que lo que se pignoran son monedas o billetes de terminados, pero no en consideración a su valor de cambio, sino por alguna característica intrínseca a los mismos, por su valor histórico, cultural o coleccionista.

<sup>235</sup> CORTIÑA RODRÍGUEZ-ARANGO, C., cita en tal sentido a PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *opus cit.*

tanto si se cumple la obligación garantizada.

La especialidad o irregularidad radica en que el acreedor no goza de poder sobre una cosa o derecho ajeno, sino que se transmite la propiedad de la cosa pignorada, de forma que nace un derecho de crédito al *tantundem eiusdem generis* para el caso de que la obligación principal fuere cumplida.

En la práctica esta prenda de dinero recibe en muchos casos el nombre de fianza y sirve para garantizar todo tipo de obligaciones, incluso las de hacer y no hacer. Así por ejemplo en determinadas profesiones, y como paradigma las profesiones oficiales que tienen el carácter de funcionarios públicos, la exigida para afrontar deberes indemnizatorios surgidos en el ejercicio de sus funciones. También puede venir exigida para garantizar obligaciones pecuniarias, sirviendo de ejemplo la fianza arrendaticia que impone el art. 36 de la Ley 29/1994, de 24 de noviembre, de Arrendamientos Urbanos, para asegurar la obligación contractual del pago de la renta.

Tal especialidad condiciona sobre todo el mecanismo de su ejecución, que no se desarrollará por los procedimientos ordinarios, sino que el acreedor, si lo es de una prestación pecuniaria, vendrá a *compensar* lo que se le debe con lo dado en prenda. Supone pues, y de igual forma lo anteriormente dicho, una excepción a la prohibición del *pacto comisorio*.

Precisamente el hecho de que en la llamada *prenda irregular* se transmita la propiedad al acreedor en cuyo patrimonio

se confunde o refunde la cantidad de dinero dado en garantía, hizo mantener a algunos que no nos encontrábamos ante un propio derecho de prenda, dado que el efecto inicial de la llamada prenda irregular es que el acreedor garantizado adquiera, no un derecho real transmitido, sino la propiedad misma del dinero, y a la vez el constituyente de la prenda irregular adquiere frente al acreedor garantizado un contracrédito que tiene por objeto la devolución de otro igual al entregado.

b) Pignoración de saldos de depósitos bancarios.

a') Generalidades. Diferencia con la prenda irregular.

Dentro de la denominación genérica de depósitos bancarios, y dejando de lado la denominación comercial de los mismos, cambiante en función de las circunstancias, se incluyen básicamente dos categorías: la de depósitos a la vista, ya se instrumenten bajo la forma de cuenta corriente o cuenta o libreta de ahorro, y los depósitos a plazo fijo. Ambos tipos de depósito tienen una característica común, a saber, en ambos casos la propiedad del dinero pasa a la entidad de crédito que puede disponer del mismo atribuyendo al depositante un derecho de crédito a la restitución del *tantundem*.

Así afirmaba GARRIGUES<sup>236</sup> que la expresión “propiedad del dinero”, cuando se entrega al banco, ha de admitirse

---

<sup>236</sup> GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, pág. 72, Madrid, 1958. Puede verse también el comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de septiembre de 1987 de SÁNCHEZ GUILARTE, J., “Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo; compensación, derecho de prenda.”, *RDBB*, 1988.

con mucha reserva a causa, precisamente, de la extrema fungibilidad que lo caracteriza y claramente escribe que el dinero no es del que lo entrega, sino del banco, ya que al ingresar en su caja se incorpora al resto del dinero que posee el banco, siendo imposible la identificación de las piezas que se le entregan; lo único que queda, en tal caso, es un crédito contra el banco a la restitución de la suma entregada.

Estos depósitos que reciben las entidades bancarias son la manifestación principal de lo que viene a denominarse operaciones pasivas. Y es frecuente que esos mismos depósitos que una persona, física o jurídica, consumidor o empresario, efectúa en una entidad bancaria, se utilicen como garantía para el cumplimiento de las operaciones activas, préstamos o créditos, concedidos al depositante. De igual modo, tales depósitos pueden a su vez ser garantía del cumplimiento de obligaciones del depositante que nada tengan que ver con la entidad depositaria, como *v. gr.* servir de garantía al cumplimiento de operaciones activas de otras entidades, o de las obligaciones derivadas de contratos sinalagmáticos (arrendamientos, contratos de suministros, etc.) concertados entre el depositante y terceros.

Tanto la doctrina como la jurisprudencia que se ha pronunciado en el supuesto de la pignoración de saldos de depósitos bancarios, parten de las características jurídicas que ofrecen los mismos, características que modulan el objeto realmente pignorado y los efectos jurídicos de tal pignoración. Se suele calificar a los depósitos bancarios de dinero como depósitos irregulares, en los que el banco depositario adquiere la propiedad

del dinero depositado con las consecuentes facultades de uso y consumo de la misma y con la obligación de devolver al depositante el *tantundem* de la cantidad depositada.

En este sentido señala JORDANO FRAGA<sup>237</sup> que en el caso de que sea el acreedor el que recibe dinero en prenda, el acreedor garantizado se convierte en propietario del dinero que se le entrega desde el mismo momento de la recepción, pero el mismo tiempo, asume la obligación de restituir el *tantundem eiusdem generis* de lo recibido.

Si el dinero estuviera ya en poder del banco como consecuencia de un depósito, afirma MANZANARES SECADES<sup>238</sup> que estamos ante un depósito irregular en cuya virtud el banco se convierte en propietario del dinero, ostentando el cliente un derecho de crédito frente al banco para la restitución de dicha suma.

Tales depósitos no son asimilables al depósito ordinario, pues en ese caso les resultarían de aplicación el art. 1768 CC (*Cuando el depositario tiene permiso para servirse o usar de la cosa depositada, el contrato pierde el concepto de depósito y se convierte en préstamo o comodato*) y el art. 309 CCom (*Siempre que con asentimiento del depositante dispusiere el depositario de las cosas que fueren objeto de depósito, ya para sí o sus negocios, ya para operaciones que aquél le encomendare, cesarán los derechos y obligaciones propios del depositante y depositario y se*

---

<sup>237</sup> *Opus cit.* pág. 308.

<sup>238</sup> MANZANARES SECADES, A., “Prenda de dinero y prenda de créditos” en *ADC*, octubre-diciembre 1988, págs. 1387 y ss.

*observarán las reglas y disposiciones aplicables al préstamo mercantil, a la comisión o al contrato que en sustitución del depósito hubieren celebrado*), con lo que se transformaría el depósito bancario, reconvirtiéndolo en préstamo, comisión u otro tipo contractual.

Muy al contrario, el rasgo esencial de los depósitos bancarios de dinero es la transmisión de la propiedad del dinero del patrimonio del depositante al del banco depositario; de esta forma el derecho de propiedad que el depositante tiene sobre la suma depositada se transforma en un derecho de crédito a la restitución del *tantundem*, esto es, en el patrimonio del depositante el crédito a la restitución se subroga en la posición que antes tenía el dinero.

Lo expresado es fundamental a la hora de determinar el objeto de la pignoración en los saldos bancarios, ya que el depositante ya no tiene facultad alguna de disposición sobre el dinero, sino que cualquier acto sobre el mismo exige reclamar el cumplimiento de la obligación de restitución por parte de la entidad depositaria<sup>239</sup>.

Esta es la posición que ha ido manteniendo la jurisprudencia del TS ya desde el último cuarto del pasado siglo (así sents. TS de 7 de marzo 1974, 4 de diciembre de 1975 o 15 de

---

<sup>239</sup> El Código civil italiano en su art. 1834 dispone que *en los depósitos de una suma de dinero en un banco, éste adquiere la propiedad y está obligado a restituirla en la misma especie monetaria, al vencimiento del plazo convenido o bien a requerimiento del depositante, con la observancia del período de preaviso establecido por las partes o los usos*; en parecidos términos el Derecho bancario francés considera el depósito de dinero como depósito irregular en virtud del cual se transite el dinero depositado al banco.

diciembre de 1993, entre otras<sup>240</sup>).

El Fundamento de Derecho primero de la sentencia de 19 de septiembre de 1987<sup>241</sup> enfoca adecuadamente la cuestión al señalar que *Primero: Aunque es cierto que se discute en la doctrina científica y jurisprudencial acerca de la verdadera naturaleza del depósito no individualizado de dinero, o depósito irregular, calificándolo unos de contrato de préstamo a tenor de lo dispuesto en el art. 1768 CC al poder el depositario servirse de la cosa depositada y otros de contrato sui generis al no reunir las características esenciales del depósito ni del préstamo, no es menos cierto que existe unanimidad en entender que tal depósito irregular atribuye la propiedad del dinero, o cosa fungible depositada, al depositario, quien puede decidir libremente de ella porque es suya, sustituyéndose la obligación de custodia, típica del contrato de depósito por la de disponibilidad a favor del depositante de la cantidad entregada, siendo, también, mayoritaria la opinión de los que entienden que, tratándose de depósitos o imposiciones a plazo fijo, al desaparecer temporalmente la disponibilidad del depositante, desaparecen igualmente los elementos típicos del depósito -restitución de la cosa cuando le sea pedida, art. 1766 CC- y se acentúan los del préstamo -recepción de una cosa fungible en propiedad para devolver después otro tanto-.*

En esta línea, ROJO AJURIA<sup>242</sup>, a propósito de la citada sentencia del TS de 19 de septiembre de 1987, señaló que la misma

---

<sup>240</sup> ROJ STS 33/1974; ROJ STS 1698/1975; ROJ STS 8797/1993

<sup>241</sup> LA LEY 12566-JF/0000

<sup>242</sup> ROJO AJURIA, L., “Derecho de prenda sobre imposiciones a plazo fijo; depósito irregular y compensación”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, núm. 15, septiembre-diciembre 1987, pág. 5028.



quiere dejar claramente sentada la transmisión de la propiedad de los fondos a la depositaria y el nacimiento para el depositante de un derecho de crédito a la devolución de una suma igual a la entregada.

Precisamente esa confusión del dinero de los saldos bancarios con el patrimonio de la entidad depositaria es lo que llevó a plantearse en la doctrina si se trataba de una prenda irregular de dinero o una prenda de crédito.

Autores como CUEVILLAS MATOZZI<sup>243</sup> mantienen que al pignorar el saldo de los depósitos bancarios se produce una novación de la causa contractual que modifica el título de restitución de la suma dineraria; se considera que es una prenda irregular porque el vencimiento del crédito garantizado determina la necesaria imputación al mismo del crédito a la restitución de la suma dineraria dado en garantía, lo cual es característico de las llamadas prendas irregulares, todo ello frente a la prenda de créditos en la que el crédito dado en garantía conserva su autonomía, en cuanto al momento de su exigibilidad, todo ello, y sobre la base de que concurre identidad entre la entidad de crédito depositaria y la entidad acreedora.

Otros, por el contrario<sup>244</sup>, consideran que dado que el

---

<sup>243</sup> CUEVILLAS MATOZZI, I., “La pignoración de saldos de depósitos bancarios (nueva modalidad de derecho real de prenda)” *RGD* n° 597, julio 1994, págs. 6475 y ss.

<sup>244</sup> *Vide* DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A. “Notas para un estudio sobre la pignoración de cuentas corrientes y depósitos bancarios” en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Aurelio Menéndez*, pág. 3204 o SÁNCHEZ GUILARTE, J., en “Pignoración de saldos de depósitos bancarios e

depositante, una vez entregado el dinero al banco, no dispone de otro bien pignorable que su derecho de crédito a la restitución del mismo, hay que concluir que se está ante una prenda de crédito y no una prenda irregular de dinero, por cuanto la pérdida de propiedad del depositante deriva el propio contrato de depósito, en un momento temporalmente anterior a la constitución de la prenda que no produce efecto transmisivo alguno respecto de la propiedad.

En este sentido SÁNCHEZ GUILARTE<sup>245</sup> considera que no es correcto calificar la pignoración de los depósitos bancarios como un supuesto de prenda irregular, de una parte porque no es el contrato de prenda el que ocasiona la pérdida de la propiedad del dinero, sino que tal pérdida se produjo como consecuencia del depósito el cual es un contrato anterior e independiente del de garantía; y de otra parte, por cuanto el bien objeto de la prenda no es una cantidad de dinero, sino lo que el saldo o imposición representa, que es el derecho del titular a recibir la suma expresada. Así se configura por otra parte en la práctica bancaria donde las pólizas llevan por título el de contrato de pignoración de crédito.

Se establece así como principal criterio distintivo entre la prenda irregular de dinero y la prenda de crédito, el que en la segunda el crédito garantizado y el ofrecido como garantía son autónomos y continúan siéndolo en cuanto a su exigibilidad, y al contrario en la primera el vencimiento del crédito dado en garantía queda condicionado al del crédito garantizado. Precisamente y en

---

inmovilización de saldos de anotaciones en cuentas” en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, (VVAA), Madrid, 1990, pág. 652.; AVILÉS GARCÍA, J., *opus cit.* “Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de crédito” *RDBB*, núm. 96/2004.

<sup>245</sup> *Opus cit.*

contra de considerarlo como prenda irregular se argumenta de una parte que el efecto traslativo de la propiedad del metálico no es efecto de la prenda (como sí ocurriría en la propiamente prenda irregular) sino que es consecuencia del depósito bancario que es previo a la constitución de la prenda, y tal efecto traslativo se produce a favor de la entidad de crédito depositaria sea o no la titular de la prenda; y de otra que la posición de la prenda irregular no puede explicar el supuesto de que no confluya en una sola parte contractual la entidad de crédito depositaria y el acreedor pignoraticio, pues si con el depósito se transfiere propiedad y posesión a la entidad depositaria no puede entenderse que posteriormente y en virtud de la pignoración del depósito bancario cambie el título posesorio del dinero mediante un contrato en que no interviene su titular y que a lo más será notificado de la pignoración<sup>246</sup>.

La afirmación anterior es predicable, ya nos encontremos ante una imposición a plazo fijo, ya ante un depósito en cuenta corriente, pues como señala DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO<sup>247</sup>, si bien el depositario o cuentacorrentista puede disponer en todo momento del dinero depositado, lo que aproxima esta figura a la del depósito –restitución de la cosa cuando le sea pedida, art. 1766 CC- al adquirir el banco la propiedad del dinero que se le entrega, y sobre todo al poder usarla y disponer de ella, la figura, no es que se aproxime, sino que se convierte en préstamo o comodato ex art. 1768 CC con lo que la adquisición de la

---

<sup>246</sup> TAPIA HERMIDA, A.J., “La pignoración de saldos de depósitos bancarios”, en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998, pág. 273.

<sup>247</sup> *Opus cit.* pág. 3203.

propiedad por parte del banco resulta incontrovertible. Y así las cosas, resultaría que, al ser el dinero entregado en cuenta corriente propiedad del banco, no cabe en modo alguno una prenda sobre dicha suma en sí misma considerada, ya que tropezaría y chocaría frontalmente con el art. 1857 CC a cuyo tenor es requisito esencial del contrato de prenda que la cosa pertenezca en propiedad al que la empeña.

Consecuente con esta afirmación y como señala JORDANO FRAGA<sup>248</sup>, la única forma jurídica de instrumentalizar para garantía de un crédito la entrega en propiedad de cosas fungibles a un tercero (persona distinta del acreedor garantizado) parece ser la de pignorar a favor del acreedor el crédito a la restitución del *tantundem* que nace de dicha entrega transmisiva y *credendi causa* contra el tercero y a favor del deudor.

b'') Utilidad de la pignoración de saldos de depósitos bancarios.

Desde un punto de vista económico, la pignoración de saldos de depósitos bancarios presenta una doble utilidad.

a''') Utilidad inmediata.

De una parte tiene una utilidad económica inmediata por cuanto permite afectar un depósito bancario al cumplimiento de una obligación principal contraída por el depositante o por un tercero (pignoración en garantía de deuda ajena), siempre que la

---

<sup>248</sup> *Opus cit.* pág. 313.

voluntad del acreedor consienta la pignoración del saldo como garantía de su crédito.

E incluso es posible y frecuente pignorar un depósito por parte de un tercero afianzado frente a la propia entidad bancaria depositaria, otra entidad bancaria u otro acreedor, en garantía precisamente del crédito que nace caso de que el fiador se vea compelido a pagar por el tercero afianzado. Lo que se persigue en este caso es la oponibilidad de la garantía frente a otros acreedores del afianzado a fin de obtener el cobro preferente del crédito mediante la ejecución del derecho constituido en prenda.

Este segundo caso, nos lo podemos encontrar, bien porque el acreedor prefiera un afianzamiento personal (con la consiguiente afección mediata de todo el patrimonio del fiador al cumplimiento de la obligación garantizada) o porque alguna norma legal exija algún tipo de aval con exclusión de otras garantías. En estos casos la pignoración de los saldos bancarios se ofrece por el afianzado como contragarantía del aval prestado (en ocasiones viene exigido por la Ley el *aval bancario*), con lo que, cubierta la entidad bancaria prestadora del aval ante posibles reclamaciones, se pueden negociar unas condiciones financieras más ventajosas para el avalado. Los supuestos en que las pignoraciones de saldos bancarios pueden servir en la práctica como contragarantía de avales bancarios admitidos como garantía directa por el ordenamiento van, desde el derecho *societario*, v. gr. el art.107 LSC cuando a propósito de la transmisión voluntaria por actos *inter vivos* de las participaciones sociales de una sociedad de responsabilidad limitada y a falta de previsión estatutaria, recoge

entre sus reglas que si el pago de la totalidad o de parte del precio estuviera aplazado en el proyecto de transmisión, para la adquisición de las participaciones será requisito previo que una entidad de crédito garantice el pago del precio aplazado, pudiendo gestionarse como contragarantía la figura que estudiamos; o el art. 404 de la LSC que admite entre otras garantías *el aval solidario de entidad de crédito* para garantizar por parte de una sociedad anónima o comanditaria por acciones la emisión de obligaciones a favor de los titulares presentes y futuros de los valores; el precepto menciona la prenda sin desplazamiento y la prenda de valores, pero no recoge la prenda ordinaria de créditos; con lo cual la sociedad anónima o comanditaria por acciones emisora puede pignorar determinados depósitos a favor de la entidad de crédito como contragarantía del aval prestado; o como contragarantía de la *caución adecuada* que a instancia de la sociedad demandada el Juez puede exigir al demandante caso de impugnación de acuerdos sociales o del consejo de administración (ex art. 155 RRM y arts. 204 y 251 LSC)...; al derecho procesal, en todos los casos en que hay que presentar aval de una entidad de crédito, sea *v.gr.* las cauciones a prestar por el solicitante de medidas cautelares (art. 728 LEC) o en caso de oposición a la ejecución provisional de sentencia en primera instancia en el supuesto del art. 529 apartado 3 LEC<sup>249</sup>, o las cauciones o garantías suficientes por el solicitante de medidas cautelares en el ámbito de la jurisdicción contenciosa administrativa (arts. 129 y ss. LJCA; y pasando por el derecho administrativo, donde *v.gr.* en el ámbito de las garantías que deban

---

<sup>249</sup> La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 suprimió el requisito de la prestación de caución para la ejecución provisional de sentencias dictadas en primera instancia, ejecución provisional que pasa a ser la regla general, regulándose por el contrario, las causas y procedimiento de oposición a la ejecución provisional en los arts. 528 y ss.

constituirse a favor de las Administraciones Públicas, el Reglamento de la Caja General de Depósitos (aprobado por Real Decreto 161/1997) recoge en el art. 3.1.c *los avales prestados por entidades de crédito o sociedades de garantía recíproca*.

b'') Utilidad mediata.

Junto con la finalidad antes expuesta, las pignoraciones sobre depósitos bancarios tienen unas utilidades mediatas o indirectas, por cuanto proporcionan al pignorante la posibilidad de obtener crédito o numerario sin necesidad de privarse de sus depósitos bancarios, o servirse de ellos para constituir garantías frente a terceros sin necesidad de solicitar la restitución del depósito con la consiguiente penalización o pérdida de intereses. Sin perder de vista por último la utilidad que, para una persona o entidad con recursos económicos modestos, puede tener la utilización de este tipo de pignoraciones, si pensamos que para un operador con capacidad crediticia limitada, la pignoración de un depósito estable de dinero, puede abrirle el crédito de una entidad financiera.

c'') Caracterización de la garantía en función del tipo de depósito bancario dado en prenda.

Desde que empezaron a generalizarse las pignoraciones de derechos de crédito como garantía sobre todo en la práctica bancaria, la pignoración de las imposiciones a plazo fijo fue el paradigma de la prenda de crédito, y a éstas es a las que se ha referido fundamentalmente la jurisprudencia. Si bien la práctica

jurídica, especialmente bancaria, conoce también la prenda de libretas de ahorro, y aunque menos frecuente, la de cuentas corrientes.

En términos generales, las posibilidades con que nos podemos encontrar son las siguientes:

a'') Pignoración del saldo de una cuenta corriente.

Dentro de la categoría de depósitos a la vista, es posible desde el punto de vista teórico defender la posibilidad de pignorar el saldo de una cuenta corriente. Sin embargo, desde un punto de vista práctico, difícilmente se va a aceptar como garantía el saldo de una cuenta de este tipo, toda vez que la movilidad que caracteriza a tales cuentas en cuanto a las operaciones que ampara, iban a adornar a la pignoración de una eficacia prácticamente nula.

Basta pensar que este tipo de cuentas ampara pagos a terceros a través de la domiciliación de recibos, compensaciones de disposiciones del titular a través de cheques, y en general cualesquiera operaciones comprendidas en el servicio de caja típico de la cuenta corriente bancaria (utilización de cajeros, tarjetas de débito o crédito, etc...).

Todo ello hace que la utilización del saldo de estas cuentas como objeto de garantía sea prácticamente inexistente<sup>250</sup>.

---

<sup>250</sup> Teóricamente es una posibilidad defendible y que contempla DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., en "Notas para un estudio sobre la pignoración de cuentas corrientes y depósitos bancarios" en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Aurelio Menéndez*, primera edición, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996, págs. 3201 y ss. En el modelo de escritura que formula, el deudor pignorante mantiene la libre disponibilidad sobre su cuenta bancaria



b'') Pignoración de saldos de libretas de ahorro.

A pesar de ser, al igual que el caso anterior, un supuesto de los llamados depósitos a la vista, la constitución de un derecho de prenda sobre el saldo de una cuenta de ahorro, tuvo mayor repercusión práctica debido a que la ausencia de la movilidad propia del servicio de caja de la cuenta corriente unido a la formalización de los apuntes contables en la libreta, permitía, a través de su pignoración, una inmovilización efectiva de la suma pignorada (en la actualidad la aproximación del régimen de las cuentas corrientes y de ahorro desplaza la pignoración a la utilización en mayor medida de las imposiciones a plazo fijo como luego veremos).

Junto con los requisitos generales de constitución de la prenda de créditos, y entre ellos la “desposesión” del deudor pignorante que se logra con la anotación de bloqueo o inmovilización del saldo de la propia libreta de ahorro en ocasiones, la que nos ocupa suele acompañarse por la entrega al acreedor pignoraticio de la libreta de ahorro debidamente firmada por su titular como requisito previo o coetáneo al otorgamiento de la póliza constitutiva de la pignoración. Ello no debe llevar a pensar que la libreta es el objeto pignorado y que su posesión se transmite como si de la prenda constituida sobre títulos valores a que se refieren los arts. 320 y ss. del CCom, se tratase. La libreta de ahorro no es conceptualmente tal título valor, sino que como tiene

---

pero siempre que el saldo de la misma no descienda de una cantidad determinada necesaria para garantizar la obligación principal.

declarado la doctrina mercantilista<sup>251</sup> y la jurisprudencia del Tribunal Supremo, estamos ante un mero título de legitimación, que las entidades bancarias suelen calificar como documento nominativo, personal e intransferible. Por ello cabe concluir que la entrega de la libreta de ahorro no es otra cosa que la externalización de la indisponibilidad del saldo de la cuenta de ahorro, indisponibilidad a la que tiende la anotación de bloqueo del saldo que se efectúa sobre la misma<sup>252</sup>.

En los casos en que el acreedor pignoraticio no sea la propia entidad en la que está abierta la cuenta, la constitución de la prenda viene acompañada con la pertinente notificación a la entidad bancaria donde está abierta la cuenta de ahorro acerca de la pignoración del saldo a favor del tercero acreedor (notificación que se impone como deber al pignorante o cuya realización la realiza el propio acreedor beneficiario, siendo lo más frecuente que se requiera al notario interviniente la realización de la misma).

c'') Pignoración de imposiciones a plazo fijo.

Por imposición a plazo fijo se entiende la operación bancaria que comprende un depósito a plazo fijo mediante el cual el depositante entrega al banco una cantidad de dinero obligándose éste a la restitución de esa cantidad con los intereses correspondientes transcurrido el plazo pactado. Partiendo de esta definición descriptiva, se discutió cual era su naturaleza jurídica, si

---

<sup>251</sup> GARRIGUES, J., *Contratos bancarios*, Madrid, 1975, págs. 372 y ss.

<sup>252</sup> SÁNCHEZ GUILARTE, J., *opus cit.*, "Pignoración de saldos de depósitos bancarios..." pág. 659.

un depósito (pudiéndose predicar en contra que el depósito a plazo fijo carece de la nota de la disponibilidad propia del depósito ordinario que recoge el art. 1766 CC cuando este dice *el depositario está obligado a restituir la cosa y restituirla, cuando le sea pedida, al depositante o a sus causahabientes*), si un préstamo que el particular hace a la entidad bancaria, o un contrato *sui generis* que goza de tipicidad social y régimen jurídico propio derivado de los usos bancarios.

En todo caso las imposiciones a plazo fijo son una figura que presenta evidentes diferencias, tanto económicas como jurídicas, con los supuestos vistos de los depósitos a la vista, sea cuenta corriente o de ahorro. En los plazos fijos prevalece el interés en realizar una inversión de capital por parte del impositor sobre el deber de custodia de la entidad depositaria, o dicho en otras palabras, y por lo que más nos interesa ahora, en los plazos fijos desaparece la doble disponibilidad (a favor de la entidad bancaria y del propio depositante) que caracteriza a los depósitos bancarios de dinero a la vista, ya que en ellos la disponibilidad de los fondos es unilateral, únicamente a favor de la entidad bancaria, y lo que tiene el cliente es un derecho de crédito cuya satisfacción depende del transcurso del plazo convenido.

Y precisamente es esta falta de disponibilidad que deriva de forma directa de las condiciones aplicables a la imposición a plazo fijo, es la que hace que las mismas tengan una especial aptitud para la pignoración de tal crédito. Cabe afirmar que con la pignoración se somete al impositor titular del crédito pignorado a una doble indisponibilidad, de una parte, la intrínseca a la

naturaleza del contrato de imposición de no poder retirar los fondos hasta que haya llegado la fecha pactada, y, de otra parte, la propia del contrato de prenda, que significa que, aun llegando la fecha en que vence la imposición, el titular de la misma no podrá solicitar la restitución de las cantidades que le corresponden<sup>253</sup>. Y es esta doble indisponibilidad que conlleva una severa limitación en la movilidad del saldo objeto de la imposición, la que las hace atractivas para el posible acreedor pignoraticio y especialmente aptas para ser objeto de pignoración.

En el caso de que el plazo de la imposición venza con anterioridad al crédito garantizado, la pignoración incluye el pacto de que aquél se entenderá automáticamente prorrogado, en tanto en cuanto, el crédito principal no haya sido satisfecho. Ello mediante cláusulas del siguiente o semejante tenor: *“En el caso de que las imposiciones a plazo o láminas de ahorro hubieren llegado a su vencimiento, si no se hubiesen extinguido todas las obligaciones garantizadas, la entidad X, podrá, a su criterio, renovar, a su vencimiento, las operaciones de las que deriven los derechos de crédito pignorados, así como constituir con cargo a los importes procedentes de su amortización nuevas imposiciones o láminas, por igual plazo al de su duración inicial y así sucesivamente (...)”*.

---

<sup>253</sup> Señala TAPIA HERMIDA, A.J., que la pignoración de un saldo de una imposición a plazo fijo somete a su titular a una doble situación de indisponibilidad porque a la indisponibilidad propia del contrato de depósito que le impide disponer de los fondos antes del vencimiento pactado se suma la indisponibilidad inherente al contrato de prenda, según el cual, aun llegado aquel plazo únicamente podrá exigir la restitución cuando el crédito pignorado haya quedado liberado por el cumplimiento previo de la obligación principal garantizada; por ello aun cuando pudiera rescatar el depósito antes del plazo con una penalización, ello no sería posible si estuviere pignorado, *opus cit.* pág. 252.

Como ya vimos anteriormente, la jurisprudencia del TS<sup>254</sup> (sents. TS 27 de diciembre de 1985, 18 de julio de 1989 o 28 de noviembre de 1989), negó inicialmente a los negocios jurídicos que ofrecían las imposiciones a plazo en garantía, el carácter de verdaderas prendas y por consiguientemente los efectos jurídicos consustanciales a los privilegios mobiliarios. Se les negaba de esta forma la preferencia de la garantía para obtener el pago del crédito con cargo al valor de la cosa con exclusión de otros eventuales acreedores del deudor y las facultades del titular de la garantía para defender su integridad en la fase de seguridad de la misma y con anterioridad al vencimiento de la obligación asegurada.

Tal jurisprudencia negadora del carácter pignoraticio de estos contratos de garantía que tenían como objeto las imposiciones a plazo, basaba su decisión en un argumento fundamental, cual era

---

<sup>254</sup> Estudios sobre la jurisprudencia de la prenda de crédito en los casos de imposiciones a plazo fijo pueden verse, entre otros, en TAPIA HERMIDA, A.J. “La pignoración de saldos de depósitos bancarios”, en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998; SÁNCHEZ GUILARTE, J., “Naturaleza jurídica de las imposiciones a plazo; compensación, derecho de prenda”, *RDBB* 1988 y “Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuentas” en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero* (VVAA) Madrid 1990; PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “Notas críticas sobre la prenda de imposiciones a plazo fijo”, *RJN*, Abril-Junio 2004; JORDANO FRAGA, F., “Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito. Sobre la pignorabilidad de una imposición a plazo fijo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 18 julio 1989)”, *ADC*, 1990; MANZANARES SECADES, A., “Prenda de dinero y prenda de créditos (comentario a la sentencia del tribunal supremo de 19 de septiembre de 1987)”, *ADC*, 1988; DE EIZAGUIRRE, J.Mª., “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos valores”, *RDBB*, número 25, 1987; AVILÉS GARCÍA, J., “Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de crédito”, *RDBB*, núm. 96/Octubre-Diciembre 2004; DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., “Notas para un estudio sobre la pignoración de cuentas corrientes y depósitos bancarios” en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Aurelio Menéndez*, primera edición, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996.

la diferencia entre prenda de títulos valores a que se referían los arts. 320 y ss. CCom y las prendas de títulos de legitimación, reconociendo la validez como prendas a las primeras y negándose a las segundas, con lo cual se estaba difuminando el verdadero objeto de la garantía, que no era otro que el crédito a la restitución y no el título representativo del mismo, como tuvimos ocasión de ver al tratar la pignoración de los saldos de las cuentas de ahorro, y ya estuviera documentado tal derecho de restitución mediante un certificado de depósito o mediante una libreta<sup>255</sup>. De hecho en la práctica bancaria actual, las imposiciones a plazo se formalizan mediante anotaciones contables, siendo residual la utilización de las “láminas”, libretas de imposición y los certificados de depósito<sup>256</sup> (estos últimos configurados como nominativos y transmisibles a la orden).

Recordemos no obstante que la negación de la eficacia pignoratícia no implicaba necesariamente prejuzgar la nulidad de estos negocios de garantía, sino que la sent. TS de 28 de noviembre de 1989, aun negándole la calificación como prenda de las garantías sobre las imposiciones a plazo fijo, admitía su validez como contratos atípicos, admisibilidad al amparo del art. 1255 CC.

Empero, y como ya vimos al tratar de la naturaleza

---

<sup>255</sup> Este tema, a propósito de la sent. TS de 27 de diciembre de 1985, fue tratado por DE EIZAGUIRRE, J.M<sup>a</sup>., en “Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoratícia. Una contribución a la dogmática de los títulos valores”, *RDBB*, número 25, 1987.

<sup>256</sup> Estos certificados fueron regulados en la Orden de 24 de abril de 1969 como documentos negociables y aptos para circular a la orden, que se modificó por la posterior Orden de 17 de enero 1981, si bien ambas fueron derogadas por la de 3 de marzo de 1987 (derogada a su vez por otra posterior), dejando tales certificados sin una regulación específica.

jurídica de la *prenda de créditos*, hace ya tiempo que el TS se ha decantado de forma definitiva, por reconocer el carácter de derecho real de prenda a los negocios que ofrecen en garantía las imposiciones a plazo fijo, remitiéndonos en este punto a lo que ya vimos al examinar la evolución de la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo.

d'') Caracterización de la garantía en función del beneficiario de la prenda.

Con anterioridad ya señalamos que las pignoraciones de saldos de depósitos bancarios lo pueden ser tanto en garantía de obligaciones contraídas con la propia entidad depositaria como un tercero. Conviene distinguir así dos posibilidades generales:

a''') Que la cualidad de entidad depositaria y acreedora pignoraticia confluyan en una sola parte del contrato.

En estos casos una persona física o jurídica depositante de una cantidad de dinero en una entidad bancaria, constituye prenda sobre el saldo de dicha imposición en garantía de las obligaciones que, por cualquier causa, tenga contraídas con dicha entidad. Resultan así dos operaciones bancarias contrapuestas, de una parte una operación *pasiva* (el depósito del dinero) en la que el depositante es acreedor a la restitución del *tantundem* frente a la depositaria; y de otra una operación *activa* ( que puede ser un préstamo, una apertura de cuenta de crédito, operaciones de descuentos, contragarantías por avales prestados, etc). La pignoración del saldo es así la garantía que otorga el cliente a la

entidad bancaria.

En estos casos los posibles conflictos se platean entre la entidad depositaria y acreedora pignoratícia y otros terceros acreedores del cliente depositante y deudor pignorante, bien en caso de concurso de acreedores de éste o bien en el ámbito extraconcursal, ya en el ejercicio de las acciones de reintegración de la masa del concurso contra la voluntad del acreedor pignoraticio, ya en caso de ejecución de embargo sobre los depósitos mediante el ejercicio de la tercería de mejor derecho por parte del acreedor pignoraticio.

b'') Que la cualidad de entidad depositaria y acreedora pignoratícia no sean coincidentes.

A diferencia de la hipótesis anterior, una persona física o jurídica depositante de una cantidad de dinero en una entidad bancaria, constituye prenda sobre el saldo de dicha imposición en garantía de las obligaciones que tenga contraídas con un tercero, que puede ser o no otra entidad bancaria<sup>257</sup>. En estos casos el conflicto surge normalmente cuando la entidad depositaria (y tercero respecto de la deuda garantizada y pignoración constituida), trata de saldarse una deuda que a su vez el depositante tenga contraída con ella por el mecanismo de la compensación, ante lo

---

<sup>257</sup> Lo normal es que el acreedor pignoraticio sea otra entidad bancaria, pero, aunque no sea usual en la práctica, nada impide, al menos en el plano teórico que se garanticen operaciones entre personas físicas o sociedades mercantiles. En tal sentido DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A., en *opus cit.* pág. 3221, contempla la hipótesis segunda ofreciendo un modelo de escritura en que dos personas físicas conciertan la pignoración de un derecho de crédito que ostenta la primera, en su cualidad de deudor, derivado de un depósito bancario de dinero en cuenta corriente.



cual, el acreedor beneficiario de la pignoración, trata de hacer valer sus derechos bien mediante el ejercicio de una acción declarativa del derecho de prenda, bien bajo la forma de una tercería de mejor derecho.

Estas cuestiones y otras serán examinadas al tratar de los efectos de la pignoración de créditos.

c) Pignoración de derechos de crédito frente a la Administración Pública.

Las distintas situaciones pueden venir afectadas por normativa sectorial de carácter administrativo<sup>258</sup>. Dentro de este grupo cabría citar:

a') Derechos de cobro derivados de contratos con la Administración.

En la contratación administrativa es práctica frecuente de los contratistas endosar las facturas y certificaciones emitidas por la Administración, a terceros, especialmente a entidades financieras, con la finalidad de conseguir de los endosatarios el pago inmediato de aquellas a cambio de cederles su crédito contra la

---

<sup>258</sup> No sólo por normas de derecho administrativo o fiscal de carácter general, sino incluso por disposiciones no ya sectoriales, sino dictadas en atención a casos concretos. Sirva de ejemplo el art. 5 del Real Decreto-ley 13/2014, de 3 de octubre, por el que se adoptan medidas urgentes en relación con el sistema gasista y la titularidad de centrales nucleares, que trata de la pignoración de los derechos de cobro por parte del sistema gasista, que se reconoce a ENAGAS TRANSPORTE S.A.U. o ulteriores titulares de dichos derechos. *Vide* el comentario de SANJUÁN Y MUÑOZ, E., "Proyecto Castor: el régimen particularizado de créditos concursales a través de leyes singulares", *Diario La Ley*, nº 8410, 30 de octubre de 2014, Año XXXV.

Administración.

De hecho, en el tráfico jurídico, las certificaciones de obra funcionan como títulos que incorporan derechos de crédito del contratista frente a la Administración, los cuales son objeto de transmisión y pignoración.

Es evidente que de los contratos administrativos surgen derechos de crédito a favor de las personas que contratan con la Administración<sup>259</sup>, siendo el derecho del contratista el derecho de cobro de una cantidad de dinero en concepto de precio por la prestación realizada por el mismo<sup>260</sup>. Dicha cantidad puede abonarse, bien una vez realizada la prestación por el contratista, bien mediante pagos o abonos parciales a cuenta<sup>261</sup>.

a”) Formalidades en general.

---

<sup>259</sup> BARRIOS ALVAREZ, J., y FUGARDO ESTEVILL, J.M., “Los derechos de crédito derivados de contratos administrativos como objeto de negocios de financiación y garantía. Especial referencia a las certificaciones de obra” en *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, (Coord. Ubaldo Nieto y Muñoz Cervera), Madrid, 1996, págs. 967 y ss.

<sup>260</sup> Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, TRLCSP, art. 87 *Precio 1. En los contratos del sector público, la retribución del contratista consistirá en un precio cierto que deberá expresarse en euros, sin perjuicio de que su pago pueda hacerse mediante la entrega de otras contraprestaciones en los casos en que ésta u otras Leyes así lo prevean. (...).*

*2. El precio del contrato podrá formularse tanto en términos de precios unitarios referidos a los distintos componentes de la prestación o a las unidades de la misma que se entreguen o ejecuten, como en términos de precios aplicables a tanto alzado a la totalidad o a parte de las prestaciones del contrato (...).*

<sup>261</sup> En el citado TRLCSP, art. 216 *Pago del precio 1. El contratista tendrá derecho al abono de la prestación realizada en los términos establecidos en esta Ley y en el contrato, con arreglo al precio convenido.*

*2. El pago del precio podrá hacerse de manera total o parcial, mediante abonos a cuenta o, en el caso de contratos de tracto sucesivo, mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado.*

La antigua Ley de contratos de las administraciones públicas (LCAP) se refería en general a la cesión de los derechos de cobro de los créditos derivados de un contrato con la Administración, pero no de forma expresa a su pignoración. Esta ley, en su art. 100, no distinguía el concepto en que podía realizarse dicha cesión, por lo que se deducía que su régimen era común a la cesión plena o transmisiva y a la prenda o cesión en garantía.

Así se desprendía además del Reglamento General de contratación del Estado de 25 de noviembre de 1975 (RGCE) que en su artículo 145, establecía que las certificaciones que se expedirán precisamente a nombre del contratista serán *transmisibles y pignorables* conforme a derecho (dicho Reglamento es derogado por el Real Decreto 1098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento general de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas).

Su régimen legal exigía:

1.- Notificación fehaciente a la Administración como requisito imprescindible para la plena efectividad de la cesión frente a la misma.

2.- El mandato de pago debía emitirse por la Administración a favor del cesionario, siendo liberatorios los pagos hechos al contratista antes de esa notificación.

La legislación vigente, constituida por el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, sigue esta misma línea. Dice así su art. 218 *Transmisión de los derechos de cobro*.

*1. Los contratistas que, conforme al artículo anterior, tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a Derecho.*

*2. Para que la cesión del derecho de cobro sea efectiva frente a la Administración, será requisito imprescindible la notificación fehaciente a la misma del acuerdo de cesión.*

*3. La eficacia de las segundas y sucesivas cesiones de los derechos de cobro cedidos por el contratista quedará condicionada al cumplimiento de lo dispuesto en el número anterior.*

*4. Una vez que la Administración tenga conocimiento del acuerdo de cesión, el mandamiento de pago habrá de ser expedido a favor del cesionario. Antes de que la cesión se ponga en conocimiento de la Administración, los mandamientos de pago a nombre del contratista o del cedente surtirán efectos liberatorios.*

De acuerdo con estos preceptos la transmisión de una certificación de obra es un negocio jurídico entre el contratista de la Administración y un tercero, mediante el cual el primero cede al segundo su derecho de abono a cuenta de la obra ejecutada que representa la certificación y éste recibe el derecho en las mismas condiciones en que lo tenía su titular. Y mediante la pignoración tal derecho de cobro queda sujeto como garantía del cobro del tercero acreedor del contratista.

Si los derechos de cobro se formalizaban mediante certificaciones de obra, en la práctica la pignoración viene a hacerse por endoso en la propia certificación. Ahora bien, tal endoso no puede equipararse con el endoso mercantil propio de los títulos valores o cambiario o endoso pleno, dado que aquí estamos

ante un endoso causal y no se desliga de la relación contractual que une a la Administración con el contratista cedente o pignorante<sup>262</sup>. De esta forma el crédito que representa la certificación de obra se transmite en las mismas condiciones que tenía su titular y pueden oponerse por parte de la Administración al endosatario para el pago todas las excepciones derivadas de la relación contractual existente entre el contratista cedente/pignorante y aquella.

Efectuada la cesión se requiere notificación fehaciente a la Administración con los efectos que recoge el art. 218 de la LCSP antes transcrito. Se ha discutido sobre el carácter fehaciente de la notificación y sobre el valor de la toma de razón por parte de la Administración para que pueda negarse legítimamente al pago frente al cesionario o fijar temporalmente el momento en que el concurso del cedente es oponible al cesionario. A estos efectos se ha considerado que el momento decisivo es la notificación fehaciente a la Administración, siendo la toma de razón por parte de la misma un requisito interno de ésta, cuyo incumplimiento o retraso, efectuada la notificación, no puede perjudicar al cesionario (así lo entendió la sentencia de la Audiencia Nacional sala de lo contenciosos administrativo sección 8ª de 25 de abril de 2001<sup>263</sup>). En semejantes términos la sentencia del TSJ Cataluña, sala de lo contencioso administrativo, sección 5ª, de 4 de febrero de 2000<sup>264</sup>, fija en la notificación y no en la toma de razón, el momento temporal para que afecte al cesionario la suspensión de pagos del

---

<sup>262</sup> Señalan CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., en *opus cit. Tratado...* en pág. 240, nota al pie 28, que está fuera de toda duda que la Administración podrá oponer al endosatario todas las excepciones que pudiera oponer a un simple cesionario del crédito.

<sup>263</sup> ROJ 2546/2001 ID CENDOJ 28079230082001100589

<sup>264</sup> ROJ STSJ CAT 1506/2000 ID CENDOJ 08019330052000101302

cedente (lo que hoy se aplicaría al concurso).

Dejando ahora de lado la cuestión de si la notificación de la pignoración es o no requisito constitutivo de la misma, cuestión que examinaremos para la pignoración en general al tratar de los requisitos formales para su eficaz constitución, sí interesa ahora resaltar que, a diferencia de las expresiones “conocimiento” o “notificación” que utilizan los artículos 1527 CC y 347 CCom, el art. 218 LCSP habla de “notificación fehaciente”<sup>265</sup>.

Tal expresión, en el ámbito jurídico civil suele referirse a las notificaciones efectuadas por notario. En el ámbito administrativo hay que tener en cuenta la existencia de registros de entrada de documentos en los distintos órganos administrativos que vienen referidos, con carácter general, en el art. 38 de la LRJAP, de forma que la presentación de documentos ante cualquiera de los registros administrativos a los que se refiere dicho artículo, incluso en la oficina de correos si se utiliza el procedimiento reglamentariamente establecido, sirve para acreditar la existencia del documento frente a terceros (ex art. 1227 CC) y frente a la Administración (ex arts. 35c) y 70.3 de la LRJAP). Ante ello cabe mantener dos posturas:

1.- O bien entender que mediante el procedimiento ordinario de registros presentados ante la Administración se obtiene la certeza de la presentación y del documento presentado, con lo

---

<sup>265</sup> Este tema está tratado por BARRIOS ÁLVAREZ, J. y FUGARDO ESTEVILL, J.M., “Los derechos de crédito derivados de contratos administrativos como objeto de negocios de financiación y garantía. Especial referencia a las certificaciones de obra” en *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, (Coord. Ubaldo Nieto y Muñoz Cervera), Madrid, 1996, págs.. 1007 y ss.

que bastaría con la presentación de un escrito comunicando la cesión.

2.- O por el contrario, considerar que si la LCSP hubiera querido seguir el sistema habitual hubiera utilizado la simple expresión “notificación”, con lo que el hecho de añadir el calificativo de “fehaciente” implica un *plus* de exigencia respecto del procedimiento ordinario y ello precisamente con la intención de asegurar la posición de la Administración deudora frente a las cesiones o pignoraciones del derecho de crédito a favor del contratista. De hecho, la notificación fehaciente, como veremos en su momento, es una cautela que puede exigir todo deudor, en base al principio de no empeoramiento de la situación del deudor a causa de una posible cesión y de la importancia que tiene para el deudor proveerse de una prueba que acredite que paga al cesionario por existir una situación de apariencia que respalda dicho pago; en tal sentido lo que la LCSP hace es elevar a regla general esa cautela que todo deudor puede exigir eliminando la posible discrecionalidad de la Administración que deberá exigir notificación fehaciente en todo caso. Esta es la opinión de BARRIOS ÁLVAREZ J. y FUGARDO ESTIVILL J.M.<sup>266</sup>, y que además se inclinan por la notificación efectuada por notario<sup>267</sup>.

Por su parte, los arts. 259 y 260 de la LCSP regulan la

---

<sup>266</sup> *Opus cit.* págs. 1011 y ss.

<sup>267</sup> La notificación efectuada por fedatario público de una parte evita dudas sobre la identidad de los firmantes, o sobre la capacidad, suficiencia y vigencia de la representación o poder de las personas que intervengan en nombre de cedente o cesionario y asegura la ausencia de vicios de la voluntad; y de otra parte, como indican los autores citados, evita que la Administración tenga que hacer valer un documento administrativo de comparecencia personal del cedente como prueba frente a particulares, sino que al contrario, con la intervención del fedatario público obtiene una prueba de la situación de apariencia que le lleva a pagar al cesionario y que además es externa a la propia Administración.

titulación de los créditos de los concesionarios. Y a estos efectos, la disposición adicional 3ª de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus sociedades gestoras, tras la redacción dada a la misma por la disposición final tercera de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público viene a asimilar el régimen de los créditos contra las Administraciones Públicas a cualesquiera otros créditos comerciales cedibles de forma que somete al mismo régimen material y concursal a las cesiones globales de créditos públicos y privados<sup>268</sup>. Ello supone una cierta diferenciación con el régimen

---

<sup>268</sup> En su redacción anterior la disp. adic. 3ª de la Ley 1/1999, imponía como condición para someterse al régimen en ella previsto, entre otras, **3.ª** *Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato no tengan por deudor a una Administración Pública.* La redacción vigente por el contrario comienza diciendo que **1.** *Esta disposición se aplicará a las cesiones de créditos que se efectúen al amparo de un contrato de cesión que cumpla las siguientes condiciones y con independencia de que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato tengan o no por deudor a una Administración Pública, las condiciones para su aplicación y el resto del régimen es el que sigue: **1.ª** *Que el cedente sea un empresario y los créditos cedidos procedan de su actividad empresarial.**

**2.ª** *Que el cesionario sea una entidad de crédito o un Fondo de titulización.*

**3.ª** *Que los créditos objeto de cesión al amparo del contrato existan ya en la fecha del contrato de cesión, o nazcan de la actividad empresarial que el cedente lleve a cabo en el plazo máximo de un año a contar desde dicha fecha, o que conste en el contrato de cesión la identidad de los futuros deudores.*

**4.ª** *Que el cesionario pague al cedente, al contado o a plazo, el importe de los créditos cedidos con la deducción del coste del servicio prestado.*

**5.ª** *Que en el caso de que no se pacte que el cesionario responda frente al cedente de la solvencia del deudor cedido, se acredite que dicho cesionario ha abonado al cedente, en todo o en parte, el importe del crédito cedido antes de su vencimiento.*

**2.** *Las cesiones de créditos empresariales a que se refiere la presente disposición tendrán eficacia frente a terceros desde la fecha de celebración del contrato de cesión a que se refiere el número anterior siempre que se justifique la certeza de la fecha por alguno de los medios establecidos en los artículos 1.218 y 1.227 del Código Civil o por cualquier otro medio admitido en derecho.*

**3.** *En caso de concurso del cedente, las cesiones reguladas en esta disposición serán rescindibles de conformidad con lo dispuesto en el artículo 71 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.*

**4.** *Los pagos realizados por el deudor cedido al cesionario no estarán sujetos a la rescisión prevista en el artículo 71.1 de la Ley 22/2003, de 9 de*



que para la cesión común recoge el art. 218 LCSP, por cuanto, como señalan CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J.<sup>269</sup>, es de esencia en el régimen de las cesiones globales y titulizaciones que la eficacia de la misma no se haga depender de la notificación al deudor cedido.

b'') Alcance de la cesión/pignoración.

Se ha planteado si la cesión de las certificaciones de obra comprenden únicamente el derecho al crédito principal o alcance también a los eventuales intereses de demora que puedan generarse, y en este último caso a quien corresponde la legitimación para reclamarlos, si al cedente/pignorante o al acreedor cesionario/garantizado.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo viene considerando los intereses de demora como un derecho accesorio de cobro cuya legitimación para su exigencia reconoce en su doctrina únicamente al contratista principal, sujeto que es quien sufre la demora del abono de las distintas certificaciones de obra.

Ello se basa en el carácter indemnizatorio que doctrina y jurisprudencia ha atribuido a los intereses de demora. En tal sentido cabe citar, entre otras, sentencias del TS (sala contencioso

---

*julio, en el caso de declaración de concurso del deudor de los créditos cedidos. Sin embargo, podrá ejercitarse la acción rescisoria cuando se hayan efectuado pagos cuyo vencimiento fuera posterior al concurso o cuando quien la ejercite pruebe que el cedente o cesionario conocían el estado de insolvencia del deudor cedido en la fecha de pago por el cesionario al cedente. Dicha revocación no afectará al cesionario sino cuando se haya pactado así expresamente.*

<sup>269</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. en *opus cit.*, *Tratado...* pág. 241

administrativo) de fechas 2 de abril de 1993 y 24 de septiembre de 1999<sup>270</sup>, de las que se deduce la obligación de abono al contratista principal de las obras de los intereses de demora devengados, aunque las certificaciones de las que traen causa los mismos hayan sido transmitidas, por cuanto es éste quien soporta el coste económico de la demora en el abono de las mismas.

En la misma línea, la sentencia de lo contencioso administrativo del alto tribunal de 3 de octubre de 2000<sup>271</sup> señala en su fundamento jurídico **CUARTO**. (...): *“tampoco se niega que la Administración contratante de las obras tomara conocimiento de la transmisión de la certificación, de modo que, concurriendo tales extremos, obvio es que, pese al «endoso» --sea cual sea la naturaleza causal o abstracta de éste, por no interferirse dicha cuestión en la de la legitimación del «endosante» para reclamar los intereses de demora-- el perjuicio por el retraso, genuino enclave de la discutida legitimación, lo sufre éste, no necesariamente la entidad «endosataria», como se deduce de las sentencias de esta Sala que menciona la parte recurrida en casación, si bien cabe también destacar que la obligación de la Administración de abonar los intereses de demora en los términos expuestos no puede quedar condicionada --como legal que es-- a que el contratista verifique o no la transmisión de la certificación, circunstancia a la que dicha Administración es ajena y de la que no puede pretender un injustificado beneficio, cuando patente resulta la procedencia de la obligación de que abone los mencionados intereses, haciendo derivar dicho beneficio de la*

---

<sup>270</sup> LA LEY 6906-5/1993 y 227/2000

<sup>271</sup> LA LEY 698/1995

*transmisión, y pretendiendo justificar el impago de aquéllos en el hecho de que no sea la entidad bancaria, sino la constructora, la que se los reclame, por lo que el motivo ha de ser desestimado al no entender esta Sala, además, en qué sentido han podido vulnerarse los preceptos del Código Civil a que se refiere la recurrente en casación, cuando la cuestión de legitimación tan claramente se vincula a la existencia de unos perjuicios --por la demora en el pago-- ocasionados, en contra de la constructora, que, indiscutiblemente, ésta ha experimentado”.*

Finalmente, la sentencia del TS (sala contencioso administrativo) de 17 de mayo de 2004<sup>272</sup>, afirma, en su fundamento jurídico **QUINTO.-** (...): *“Hemos de rechazar, sin embargo, el recurso también en este extremo porque la Sentencia de la Sala de Sevilla que se ha impugnado no ha incurrido en infracción del ordenamiento jurídico y para que pueda prosperar el recurso para la unificación de doctrina no sólo es preciso que se dé entre la Sentencia impugnada y las de contraste la identidad exigida por el artículo 102 a) de la Ley de la Jurisdicción, sino que también ha de haberse producido por la Sentencia cuestionada una infracción del ordenamiento jurídico. Y no es eso lo que aquí sucede. Al contrario, al resolver en favor de la legitimación del contratista para reclamar al SAS intereses de demora por el retraso en el pago de las certificaciones de obra, a pesar de que las hubiera endosado a una entidad bancaria, se ajustó a lo que, modificando una doctrina anterior, expresada en la Sentencia de 11 de enero de 1990, ha venido sosteniendo esta Sala desde la Sentencia de 28 de septiembre de 1993 (recursos 5972 y*

---

<sup>272</sup> LA LEY 115897/2004.

5974/1990), invocada por la de instancia [Sentencias de 24 de septiembre de 1999 (casación 5144/1994), 25 de julio de 2000 (casación para la unificación de doctrina 2658/1996), 3 de octubre de 2000 (casación 1162/1995), 24 de octubre de 2000 (casación 1799/1995), 27 de marzo de 2001 (casación 8686/1996), 9 de octubre de 2001 (casación para la unificación de doctrina 4059/1997), 29 de octubre de 2001 (casación 6212/1997), 14 de diciembre de 2001 (casación 9017/1997), 17 de diciembre de 2001 (casación para la unificación de doctrina 8963/1997), 29 de diciembre de 2001 (casación 10033/1997), 2 de febrero de 2004 (casación para la unificación de doctrina 7375/98)]. En todas ellas se justifica esa legitimación en el hecho de que el perjuicio económico del retraso en el pago es soportado por el contratista a través del descuento que le aplican las entidades bancarias endosatarias.

*El mantenimiento reiterado de la interpretación indicada, en cuatro Sentencias dictadas en recursos de casación para la unificación de doctrina, en tres de las cuales han sido parte el SAS y la misma empresa que en este caso (Sentencias de 9 de octubre de 2000, de 17 de diciembre de 2001 y 2 de febrero de 2004) y en las demás citadas, cinco de las cuales (las de 24 de septiembre de 1999, 25 de julio, 3 y 24 de octubre, todas de 2000, y de 29 de diciembre de 2001) fueron dictadas en pleitos en los que ha sido parte el SAS, nos exime de ulteriores consideraciones para justificar la procedencia de la desestimación del presente recurso”.*

En definitiva, y siguiendo esta línea jurisprudencial, sería el cedente o pignorante de las certificaciones (en definitiva el contratista con la Administración) el legitimado para la reclamación

de los intereses de demora en el pago, al tener un interés legítimo directo sobre los posibles intereses devengados y ser el perjudicado directamente por la demora.

Con todo, cabe plantearse la posibilidad de que la cesión/pignoración, por acuerdo expreso de las partes, extienda su objeto a los intereses de demora que puedan generarse. Se argumenta la aplicación del art. 1528 CC (*La venta o cesión de un crédito comprende la de todos los derechos accesorios, como la fianza, hipoteca, prenda o privilegio*), considerando que los eventuales intereses de demora que se generen son un accesorio del crédito principal pignorado. Si a ello unimos el pacto o acuerdo expreso entre las partes de hacer extensiva la pignoración a tales intereses, en nuestra opinión no hay razón obstativa a englobar los mismos dentro de la garantía y reconocer legitimación para reclamarlos al acreedor garantizado con la pignoración de las certificaciones. Ciertamente, y atendiendo al principio de autonomía de la voluntad que rige en nuestro ordenamiento jurídico en materia contractual, las partes pueden pactar lo que tengan por conveniente, siempre que no atente a la ley, la moral o el orden público<sup>273</sup>, por lo que pueden incluir al formalizar la pignoración y de forma expresa, la extensión de la garantía a otros derechos y obligaciones que los *derechos de cobro* estrictamente mencionados en el art. 218 de la LCSP, afectando de esta forma a derechos accesorios del crédito principal, entre los que no vemos inconveniente, ni perjuicio alguno para la Administración, para que puedan incluirse el de la reclamación por el acreedor garantizado

---

<sup>273</sup> Art. 1255 CC. *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público.*

por la pignoración de los intereses por la demora en el pago, bien entendido que tal extensión debe figurar claramente en la cesión/pignoración y haber sido puesta en conocimiento de la Administración actuante, y que, en cualquier caso, quien se considere legitimado para tal reclamación debe probarlo<sup>274</sup>.

c”) Carácter de la cesión.

Con todo, el principal problema es que sigue sin existir una mención separada de la prenda, con lo que se tiende en este ámbito a construir su régimen como una cesión en garantía, siendo aconsejable, si se instrumenta a través de un endoso en la propia certificación que figure la mención *en garantía* para evitar la asimilación a un simple endoso de cobranza.

Sin embargo, la jurisprudencia contencioso-administrativa del Tribunal Supremo, tiene reiterado que se trata de una simple cesión de crédito o apoderamiento de cobro, pudiéndose citar entre otras la sentencia de 14 de noviembre de 1989<sup>275</sup> “*terciando en la vieja polémica doctrinal sobre la naturaleza jurídica de las certificaciones de obras y de los endosos de las mismas, la jurisprudencia ha declarado que las certificaciones de*

---

<sup>274</sup> Es posible encontrar algún pronunciamiento en los juzgados en ese sentido sent. del TSJ de Murcia de 28 de mayo de 2003 (ROJ 1237/2003 ID CENDOJ 30030330022003100350) que cita expresamente el art. 1528 CC señalando en su fundamento jurídico tercero que *La obligación de pagar intereses tiene un marcado carácter de obligación accesorio; y, por tanto, debe seguir el régimen jurídico de las mismas. Esta es la doctrina general sobre las mismas; y este es el efecto del arto 1.528* o sent. del TSJ de Andalucía de 28 de noviembre de 2003 (ROJ 15461/2003 ID CENDOJ 29067330012003101416) que plantea la procedencia de los intereses de demora sin cuestionarse la razón por la que el cesionario pueda reclamarlos.

<sup>275</sup> LA LEY 128711/0000.

*obras no son más que liquidaciones parciales y provisionales de la contrata que la Administración realiza en vista de la debida continuación de las obras, siendo los endosos de estas certificaciones meros apoderamientos o simples comisiones de cobranza a favor de quien se extienden, sin transmisión plena de la obligación que reflejan; y siendo esto así, fue correcta la actuación del Ayuntamiento al aplicar la parte necesaria de las certificaciones de obra, a pesar de su endoso al banco demandante, al pago de la liquidación final de la contratista, y la sentencia apelada, que estimó correcta esta conducta, debe confirmarse”. En este mismo sentido, la sentencia del alto tribunal de 11 de mayo de 1999<sup>276</sup>, señala que “siendo los endosos de esas certificaciones meros apoderamientos o simples comisiones de cobranza de acuerdo con la reiterada jurisprudencia de esta Sala (...) es de tener en cuenta que la propia naturaleza de las Certificaciones de obra (...) permite constatar que constituyen un título de crédito a favor del Contratista por la realización de las obras a cambio del precio, teniendo en cuenta que el endoso supone la transmisión del principal, salvo indicación expresa en contrario”.*

La ambigüedad con que está redactada la regulación legal parece abonar esta corriente jurisprudencial, y en tal sentido, mientras el antes reseñado art. 145 del Reglamento General de Contratación se refería, como hemos visto, a la *transmisión o pignoración* de las certificaciones de obra, en la regulación vigente, en el art. 218 LCSP, se habla de la *cesión del derecho de cobro*, con lo que parece pretender excluir de la posible transmisión o

---

<sup>276</sup> LA LEY 6108/1999.

pignoración cualquier otro derecho que no sea el del cobro del crédito principal.

La calificación del endoso como simple comisión de cobranza parece confundirse con la cuestión de si el endoso es un título causal o autónomo, cuando lo que está en cuestión es una concepción clara de la eficacia jurídica dispositiva que debe tener la cesión o prenda. La discusión sobre tal calificación derivaba del hecho de considerar que la cesión plena independizaba a la certificación de obra del contrato del que procedía mientras que la abstracción del crédito no podía establecerse si se consideraba como simple comisión de cobranza, con un resultado práctico perseguido por la Administración, que no era otro que habilitar a la misma para la oposición de las distintas excepciones. En este punto, recuerda GARCÍA VICENTE<sup>277</sup>, el principio de no empeoramiento del deudor (cedido) señalando que con la disciplina común de la cesión de créditos, la posición del deudor/Administración no puede empeorar por la cesión efectuada, por lo que la misma conservará las facultades respecto de la vigencia y alcance del contrato que tenía frente al cedente/contratista. El contratista soportará el riesgo de impago del deudor cedido y deberá comprobar la vigencia del crédito cedido para aceptarlo como objeto de financiación (en el contrato de que se trata, sea descuento, factoring, o en nuestro caso prenda de certificaciones de obra).

En todo caso, tal concepción en la práctica genera consecuencias negativas para el acreedor cesionario y ejemplo de

---

<sup>277</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit.* *La prenda...* pág. 251.



ello es la sent. TS de 22 de febrero de 2008<sup>278</sup> la cual vino a

---

<sup>278</sup> LA LEY 86325/2008. La resolución contempla el siguiente supuesto : Mediante escritura pública la empresa mercantil X cedió al BANCO actor y recurrente, un crédito que decía ostentar frente al Ministerio de Fomento, Secretaría de Estado de Infraestructuras y Transporte, Dirección General de Carreteras, pactándose en dicho documento lo siguiente: el crédito se cede por su total importe, con la finalidad "*de que cuantas cantidades perciba el Banco como consecuencia de la cesión las destine dicha entidad bancaria al pago, hasta donde alcance, de los saldos resultantes, por todos los conceptos, de las pólizas de préstamo y negociación de documentos mercantiles referidas en el Exponiendo A*"; la entidad cedente responde de la existencia y legitimidad de crédito; el crédito se cede con todos sus derechos accesorios y las acciones que del mismo resulten; la entidad cedente se compromete a endosar al Banco las certificaciones que reciba de la obra a que se refiere la presente cesión de crédito; se notificó fehacientemente la cesión a través del propio Notario autorizante.

El crédito nace de la adjudicación, a favor de la empresa mercantil X de un contrato de ejecución de obras.

Posteriormente la empresa concesionaria entra en suspensión de pagos (todavía no estaba vigente la Ley Concursal) y el crédito es calificado como ordinario. Ante ello y habiéndose desestimado su pretensión ante el tribunal de instancia la entidad bancaria recurrente argumenta que *hay, si acaso, dos cesiones, una civil, realizada con todas las condiciones (artículos 1175, 1203 y 1271 CC), y notificada al deudor; y otra administrativa, a formalizar mediante el endoso de las certificaciones de obra que se vayan produciendo, y llega a la conclusión de que estamos ante una prenda de crédito, con su consiguiente condición privilegiada (artículos 1864 y 1922-2º CC), ya que la subsunción de las cesiones en el derecho real de prenda no supone desbordamiento del tipo legal y no compromete la regla de legalidad en materia de privilegios. El tribunal Supremo, si bien admite la posibilidad de pignorar y ceder créditos futuros desde el punto de vista civil, añade que En la contratación pública (...) la construcción de la cesión anticipada con un efecto directo a favor del cesionario (Direkterwerb) parece obstaculizada por la lectura jurisprudencial de las reglas aplicables ya desde los preceptos de la Ley de Contratos del Estado o del Reglamento General de Contratación del Estado hasta las normas vigentes, pues el pago del precio se ha de producir dentro del plazo de dos meses siguientes a la fecha de expedición de las certificaciones de obras o de los correspondientes documentos que acrediten la realización total o parcial del contrato y se dispone que "los contratistas que, conforme al artículo anterior, tengan derecho de cobro frente a la Administración, podrán ceder el mismo conforme a Derecho". Esto es, que la Administración ha de pagar cuando se haya comprobado que la obra está total o parcialmente ejecutada, y es entonces cuando el acreedor puede ceder, según la previsión de los preceptos indicados, el "derecho de cobro". Lo que, según la interpretación usual, supone que antes de la comprobación de haberse ejecutado la obra la Administración no está obligada a pagar, y no lo estará nunca si la obra no se ejecuta y no se libran los comprobantes necesarios, por lo que la cesión anticipada sería irrelevante para transferir el crédito al cesionario, si bien el cedente queda obligado frente a la Administración a realizar la obra, y frente al cesionario a endosar las certificaciones. Las certificaciones han venido siendo consideradas por la*

considerar que la cesión de derechos de cobro frente a la Administración no tiene eficacia dispositiva hasta el momento del reconocimiento del derecho de cobro de las certificaciones de obra, aunque la cesión se haya efectuado con anterioridad, por lo que si se produce suspensión de pagos de la empresa cedente/pignorante, tal cesión no es eficaz para crear un derecho de separación o privilegio.

d”) Jurisdicción competente.

Cabe plantearse por último cuál es la jurisdicción competente para conocer las reclamaciones que el

---

*jurisprudencia contencioso-administrativa como pagos a cuenta que responden al derecho del contratista al abono de la obra que ejecute y con arreglo al precio convenido (...) mientras que los endosos de esas certificaciones a entidades bancarias o de créditos son apoderamientos o comisiones de cobranza a favor de éstas (...) que se han de expedir a nombre del contratista. La certificación, ciertamente, no es un documento abstracto, es decir, no integra un auténtico valor desconectado de la relación causal subyacente, pues, con arreglo a doctrina consolidada de este Alto tribunal, Sala de lo Contencioso-Administrativo, (...) la cesión del crédito no se produce con consecuencias reales sin la transmisión de la certificación expedida, que ha de ser previamente puesta en circulación, teniendo el crédito un prevalente carácter documentario. El derecho del contratista sobre las certificaciones queda condicionado a las ulteriores liquidaciones que puedan practicarse como consecuencia de las vicisitudes que experimente la dinámica del contrato, y la jurisprudencia viene sosteniendo el carácter causal de las certificaciones (...) y la oponibilidad a los cesionarios por parte de la Administración deudora de las excepciones que pudiere tener frente al cedente (...) doctrina que han matizado algunas decisiones (...) en el sentido de que ha de tratarse de excepciones nacidas de hechos anteriores a la cesión.*

*(...) Promovido expediente de suspensión de pagos de la entidad cedente X las certificaciones que se vayan emitiendo habrán de ser libradas a nombre de la suspensa, y se integrarán en la masa activa, bajo control de la intervención judicial, que mal las podrá transferir mediante endoso, no obstante lo prevenido en la escritura de cesión, en perjuicio de los acreedores, pues antes del libramiento de las certificaciones no se ha podido producir, (...) al tratarse de contratación con administraciones públicas, una transferencia con efectos reales, de modo que no se produce ni el efecto transmisivo de la titularidad del crédito ni la pignoración misma del crédito que, (...) no podría haberse constituido antes del nacimiento del crédito a la vida jurídica.*

cesionario/acreedor pignoraticio pueda realizar contra la Administración de que se trate.

Se puede partir como premisa de que tanto la cesión como la pignoración de créditos son instituciones de naturaleza jurídica privada, cuya regulación concreta no se encuentra en normas jurídico administrativas sino en el Código civil (arts. 1526 y ss. y arts. 1863 y ss. respectivamente), en cuya formalización no ha intervenido la Administración Pública contratante, y que resulta independiente de cualquier actuación sujeta al derecho administrativo.

Bajo este argumento se consideraría competente a la jurisdicción ordinaria por derivación expresa del art. 1 de la LJCA cuando dispone que *“1. Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos legislativos cuando excedan los límites de la delegación”*. Y el art. 2 de la misma Ley viene a limitar la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo en el ámbito contractual de las Administraciones Públicas al conocimiento de la extensión y efectos de los denominados contratos administrativos al señalar, en su apartado *b)*, que *“El orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con: (...) b) Los contratos administrativos y los actos de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la legislación de la contratación de las Administraciones Públicas”*.

Y finalmente el art. 3 excluye la competencia de los juzgados y tribunales del orden jurisdiccional contencioso-administrativo entre otras materias, a aquellas cuestiones atribuidas expresamente al orden jurisdiccional civil, al señalar que “*No corresponden al orden jurisdiccional contencioso-administrativo: a) Las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración pública*”.

En base a los preceptos expuestos, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha venido declarando la falta de jurisdicción de los órganos contencioso-administrativos para conocer las reclamaciones derivadas de cesiones o pignoraciones de créditos derivadas de contratos administrativos. Entre otras, cabe citar las sentencias del TS de 3 de diciembre de 2003, 22 de diciembre de 2006 y 5 de diciembre de 2008, doctrina que recogen los Tribunales inferiores (*vide* sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 24 de Mayo de 2012)<sup>279</sup>.

---

<sup>279</sup> La sentencia de TS de 22 diciembre de 2006 (ROJ STS 7960/2006 ID CENDOJ 28079110012006101342) resume esta doctrina señalando “*SEGUNDO: (...) Y debe ser necesariamente así por cuanto la respuesta judicial impugnada se aparta del criterio seguido por esta Sala que, en casos similares anteriores, ha declarado la competencia de la jurisdicción civil para conocer de las pretensiones deducidas contra un Ayuntamiento en reclamación del importe de unas certificaciones de obra endosadas al demandante por el particular contratista de la Administración, tras haber aceptado ésta tal cesión y haber tomado razón de ella. De conformidad con esta doctrina jurisprudencial, que se recoge, entre otras, en la Sentencia de 14 de julio de 1994, y, en particular, en la de 3 de febrero de 2003 -que, con cita de otras anteriores, contempla un supuesto de hecho similar al que es objeto de autos-, la competencia de los tribunales del orden civil para conocer de tales pretensiones deriva del hecho de que el litigio no versa sobre un contrato de obras públicas, materia propia de la jurisdicción contencioso-administrativa en la medida en que el contrato tiene naturaleza administrativa y se rige por las normas propias de esta rama del Derecho, sino que deriva de la cesión del crédito que es consecuencia del endoso de las certificaciones de obra, y con base en dicha*”

b´) Derechos de cobro derivados de la devolución de ingresos tributarios.

Es muy frecuente en la práctica la pignoración de los derechos a la devolución de ingresos tributarios (sobre todo IVA) como mecanismo de financiación a corto plazo.

La Administración Tributaria ha negado efectividad a la pignoración de tales derechos basándose en el principio de indisponibilidad de los créditos tributarios recogido como regla general en el art. 18 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (*El crédito tributario es indisponible salvo que la ley establezca otra cosa*), y que forma parte de la relación jurídica tributaria de Derecho Público el deber de devolución de los ingresos tributarios debidos o indebidos a que se refieren los arts. 31 y 32 de dicha ley<sup>280</sup>. Dicha relación jurídico tributaria viene

---

*titularidad del crédito reclama el banco demandante, por lo que, en consecuencia, se han de aplicar las normas del Capítulo VII, del Título IV, del Libro IV, del Código Civil, sobre transmisiones de créditos y demás derechos incorporales, siendo, en consecuencia, una cuestión de carácter netamente privado en la que tiene especial relevancia la autonomía de la voluntad y que, por ello, se encuentra comprendida dentro de los supuestos a que se refiere el artículo 9.2 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, estando atribuida al orden jurisdiccional civil en atención al carácter complementario y atractivo que presenta respecto de los demás, especialmente frente al contencioso-administrativo por su ajenidad al desenvolvimiento de un servicio público”.*

<sup>280</sup> Art 30. Obligaciones y deberes de la Administración tributaria.

1. La Administración tributaria está sujeta al cumplimiento de las obligaciones de contenido económico establecidas en esta ley. Tienen esta naturaleza la obligación de realizar las devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo, la de devolución de ingresos indebidos, la de reembolso de los costes de las garantías y la de satisfacer intereses de demora.

2. La Administración tributaria está sujeta, además, a los deberes establecidos en esta ley en relación con el desarrollo de los procedimientos tributarios y en el resto del ordenamiento jurídico.

Art 31. Devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo.

1. La Administración tributaria devolverá las cantidades que procedan de acuerdo con lo previsto en la normativa de cada tributo.

definida en el art. 17 LGT, que establece que “1. Se entiende por relación jurídico-tributaria el conjunto de obligaciones y deberes, derechos y potestades originados por la aplicación de los tributos.

2. De la relación jurídico-tributaria pueden derivarse obligaciones materiales y formales para el obligado tributario y para la Administración, así como la imposición de sanciones tributarias en caso de su incumplimiento.

3. Son obligaciones tributarias materiales las de carácter principal, las de realizar pagos a cuenta, las establecidas entre particulares resultantes del tributo y las accesorias. Son obligaciones tributarias formales las definidas en el apartado 1 del

---

Son devoluciones derivadas de la normativa de cada tributo las correspondientes a cantidades ingresadas o soportadas debidamente como consecuencia de la aplicación del tributo.

2. Transcurrido el plazo fijado en las normas reguladoras de cada tributo y, en todo caso, el plazo de seis meses, sin que se hubiera ordenado el pago de la devolución por causa imputable a la Administración tributaria, ésta abonará el interés de demora regulado en el artículo 26 de esta ley, sin necesidad de que el obligado lo solicite. A estos efectos, el interés de demora se devengará desde la finalización de dicho plazo hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución.

Art. 32. Devolución de ingresos indebidos.

1. La Administración tributaria devolverá a los obligados tributarios, a los sujetos infractores o a los sucesores de unos y otros, los ingresos que indebidamente se hubieran realizado en el Tesoro Público con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones tributarias o del pago de sanciones, conforme a lo establecido en el artículo 221 de esta ley.

2. Con la devolución de ingresos indebidos la Administración tributaria abonará el interés de demora regulado en el artículo 26 de esta ley, sin necesidad de que el obligado tributario lo solicite. A estos efectos, el interés de demora se devengará desde la fecha en que se hubiese realizado el ingreso indebido hasta la fecha en que se ordene el pago de la devolución.

Las dilaciones en el procedimiento por causa imputable al interesado no se tendrán en cuenta a efectos del cómputo del período a que se refiere el párrafo anterior.

3. Cuando se proceda a la devolución de un ingreso indebido derivado de una autoliquidación ingresada en varios plazos, se entenderá que la cantidad devuelta se ingresó en el último plazo y, de no resultar cantidad suficiente, la diferencia se considerará satisfecha en los plazos inmediatamente anteriores.

*artículo 29 de esta ley.*

*4. En el marco de la asistencia mutua podrán establecerse obligaciones tributarias a los obligados tributarios, cualquiera que sea su objeto, de acuerdo con lo establecido en el artículo 29 bis de esta Ley.*

*5. Los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”.*

Sin embargo, el crédito frente a la Administración derivado de la devolución, en su caso del IVA, no puede ser considerado crédito tributario en el sentido del art. 18 LGT, pues como señalan CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.<sup>281</sup> no satisface ninguna necesidad pública la imposibilidad por parte del acreedor de la devolución de afectar su crédito en garantía de un tercero, pues es evidente que ello no afecta a intereses públicos.

En la práctica, estas pignoraciones se formalizan para obtener financiación sobre todo a corto plazo, y en ellas el sujeto tributario pignorante y normalmente deudor junto con el beneficiario de la prenda, que normalmente es una entidad financiera, comunican a la Administración Tributaria la constitución de aquélla, con la solicitud de que al vencimiento del crédito de devolución se proceda a pagar al acreedor, normalmente mediante la identificación de una cuenta bancaria del mismo y que

---

<sup>281</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J. en *opus cit. Tratado de los Derechos...* pág.267

no se atiendan las solicitudes del deudor pignorante sin consentimiento del acreedor garantizado.

No obstante la opinión de la doctrina antes expuesta, lo cierto es que el Tribunal Supremo en su jurisprudencia contencioso administrativa ha venido a dar la razón a la Hacienda Pública en su pertinaz negativa a reconocer efectos a las prendas de créditos de devolución de IVA. Ejemplo de ello son las sentencias del Tribunal Supremo de 11 de julio y 21 de septiembre de 2011<sup>282</sup>. Los argumentos utilizados por el TS vienen a reproducir los postulados de la Administración Tributaria, en síntesis, son los siguientes:

1.- El crédito concedido por el acreedor garantizado (la entidad bancaria recurrente) al deudor pignorante (sujeto pasivo tributario), en cuya garantía se pactó -entre ambas partes- la pignoración de las devoluciones derivadas del IVA que pudiera percibir la prestataria, es un pacto entre particulares que no puede afectar a la relación jurídico tributaria existente entre deudor pignorante/sujeto pasivo y la Administración Tributaria, de forma que frente a ésta es el deudor y no la entidad acreedora garantizada, el titular del derecho a la devolución y dicha devolución habrá de hacerse al deudor/sujeto pasivo del IVA, que fue quien soportó en sus operaciones mercantiles cuotas de IVA superiores a las devengadas; todo ello basándose en el derogado artículo 36 LGT (vigente en el caso objeto de la sentencia) que indicaba que *"...la posición del sujeto pasivo y de los demás elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares. Tales actos y convenios no surtirán efecto ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias*

---

<sup>282</sup> LA LEY 111684/2011 y LA LEY 183912/2011.



*jurídico-privadas...".* Idea de indisponibilidad que está presente igualmente en la vigente *LGT*, cuyo art. 17.4 como hemos visto, señala que *"los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas"*, y de forma más evidente, añadiendo el art. 18 que *"el crédito tributario es indisponible salvo que la Ley establezca otra cosa"*<sup>283</sup>.

2.- Frente a la alegación del acreedor garantizado/entidad recurrente de que el crédito cedido no es un crédito tributario, pues el titular del mismo no era la Hacienda Pública sino un particular, ya que su derecho de crédito nació como consecuencia de una relación tributaria que le precedió, por lo que en ningún caso es un crédito tributario o de naturaleza tributaria, sin que sea aplicable el art. 36 de la anterior *LGT*, que prácticamente reproduce el artículo 17.4 de la vigente, ya que no se trata aquí de alterar por pacto la condición del sujeto pasivo, ni la obligación tributada, ni ninguno de sus elementos, pues el crédito del deudor pignorante/sujeto pasivo frente a la Hacienda Pública, reconocido por ésta al acordar la devolución del IVA, no constituye ninguna obligación tributaria ni forma parte de los elementos de la misma, a los que exclusivamente se refiere el artículo 36 *LGT* (hoy 7.4 de la vigente

---

<sup>283</sup> Suele citarse también en apoyo de la postura mantenida por la Administración tributaria el Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, por el que se aprueba el Reglamento General de las actuaciones y los procedimientos de gestión e inspección tributaria y de desarrollo de las normas comunes de los procedimientos de aplicación de los tributos, cuyo art. 131 ("Ejecución de las devoluciones tributarias") establece (...) 4. *Cuando el derecho a la devolución se transmita a los sucesores, se atenderá a la normativa específica que determine los titulares del derecho y la cuantía que a cada uno corresponda.*

5. *Salvo lo dispuesto en el apartado anterior, la transmisión del derecho a una devolución tributaria por actos o negocios entre particulares no surtirá efectos ante la Administración, conforme a lo dispuesto en el artículo 17.4 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria.*

LGT), sino simplemente un derecho de crédito nacido con posterioridad a aquélla, que ha sido pignorado por su titular y notificado al deudor (la Hacienda Pública), y que ésta debe reconocer al acreedor pignoraticio, lo cual nada tiene que ver con la obligación tributaria, ni con sus elementos; el Tribunal Supremo reitera que la *“regulación sobre la indisponibilidad del crédito tributario a que hace referencia el precepto de referencia deja bien a las claras para todos los obligados tributarios que los actos que formalicen con otras personas para nada pueden afectar a la Administración y, por tanto, un obligado tributario no puede escudarse como defensa frente a la Administración en un acto o convenio suscrito con un tercero.*

*Se trata, por lo demás, de una secuela obligada de la naturaleza de la obligación tributaria como obligación "ex lege", no pudiendo ser modificado el contenido y el régimen jurídico que la propia ley le ha asignado por actuaciones de los particulares, ni tampoco de la propia Administración, que a este respecto queda tan vinculada como los sujetos pasivos a las prescripciones legales. El precepto distingue dos órdenes de consecuencias que podrían tener los actos o convenios a que en él se aluden. Se reconocen plenamente en la relación entre los particulares, adquiriendo entre ellos la fuerza de ley propia de toda convención. En cambio, la Administración tributaria deberá seguir exigiendo el tributo a quien sea el sujeto del mismo de acuerdo con el contenido prefijado por ésta, sin que se pueda, en ningún caso, alegar o excepcionar que un tercero ha asumido la obligación por acuerdo o pacto con él. Este tercero permanece totalmente ignorado en la aplicación y el desarrollo del tributo, confirmando en la jurisdicción civil las posibles controversias del pacto o convenio”.*

La doctrina de la sentencia de 11 de julio fue recogida en la de 21 de septiembre, si bien, en este segundo caso, el supuesto no versaba sobre la posible compensación, sino que el no reconocimiento de virtualidad de la cesión/prenda para alterar los elementos de la relación jurídico tributaria, servía de base para negar al acreedor a cuyo favor se realizó la cesión en garantía la legitimación para recurrir contra la negativa de devolución. La sentencia argumenta que *esta doctrina, referida a la transmisión de la obligación tributaria, es perfectamente aplicable a los supuestos de cesión de créditos tributarios, como ha ocurrido en el caso presente. La Administración sólo permitirá que los procedimientos que se tramiten en reclamación del mismo sólo se entiendan con el que aparece como su titular en virtud de la regulación del propio tributo. Los cesionarios no tienen intervención en estos procedimientos, de tal forma que si, como ocurre en el presente caso, la devolución de las deducciones solicitadas por el cedente no prosperan, el cesionario sólo tendrá la acción civil correspondiente contra el cedente por el importe de lo abonado como contraprestación por la cesión.* Añade además, negando al cesionario la condición de causahabiente que *no cabe invocar que en materia de devolución de ingresos indebidos se prevé expresamente en el art. 10 de la Ley 1/1998, de 26 de febrero, de Derechos y Garantías del Contribuyente (hoy derogada por la letra b) del número 1 de la disposición derogatoria única de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria<sup>284</sup>), que estos*

---

<sup>284</sup> En la vigente LGT tal argumentario se podría sustentar en base a sus arts. 32.1 *Devolución de ingresos indebidos 1. La Administración tributaria devolverá a los obligados tributarios, a los sujetos infractores o a los sucesores de unos y otros, los ingresos que indebidamente se hubieran realizado en el Tesoro Público con ocasión del cumplimiento de sus obligaciones tributarias o del pago de sanciones, conforme a lo establecido en el artículo 221 de esta ley y*

*puedan reclamarse y obtenerse por los herederos y causahabientes de los contribuyentes, pues se trata de los supuestos de sucesión por causa de muerte, en los que en la masa hereditaria se integran por ministerio de la Ley tanto los derechos como las obligaciones tributarias del causante, evitando que los mismos no puedan ser ejercitados por inexistencia de un titular.*

Esta doctrina jurisprudencial ha sido criticada<sup>285</sup>, fundamentalmente porque en la negativa por parte de la Administración a reconocer virtualidad a estas pignoraciones late el deseo por parte de la misma de asegurarse la posible compensación con otras obligaciones tributarias incumplidas por el pignorante. Así, si se reconociera virtualidad a las pignoraciones, no cabría la compensación por aplicación del art. 1196 5º CC (*Para que proceda la compensación, es preciso: (...) 5º Que sobre ninguna de ellas haya retención o contienda promovida por terceras persona y notificada oportunamente al deudor*), por lo que, basándose en los artículos mencionados de la LGT, se parte de la premisa de que los

---

39.1 *Sucesores de personas físicas . 1. A la muerte de los obligados tributarios, las obligaciones tributarias pendientes se transmitirán a los herederos, sin perjuicio de lo que establece la legislación civil en cuanto a la adquisición de la herencia.*

*Las referidas obligaciones tributarias se transmitirán a los legatarios en las mismas condiciones que las establecidas para los herederos cuando la herencia se distribuya a través de legados y en los supuestos en que se instituyan legados de parte alícuota.* En cualquier caso ello ha de entenderse referido a la relación jurídico-tributaria propiamente dicha, por lo que, haciendo nuestra la crítica a la doctrina jurisprudencial expuesta, desde el momento en que el crédito tiene, o al menos comparte, naturaleza jurídico-civil, no hay razón para restringir el concepto de “sucesor” al adquirente *mortis causa* extendiéndose por tanto la legitimidad para el ejercicio del crédito al *sucesor inter vivos*.

<sup>285</sup> CARRASCO PERERA, A., “Pignoraciones de la devolución del IVA y derecho de Hacienda a compensar” en *Diario La Ley* nº 7818 14 marzo 2012 Ref-119; ZEJALBO MARTIN, J., “¿Ineficacia frente a la Hacienda Pública de la prenda constituida sobre el importe de la devolución del IVA?” en [www.notariosyregistradores.com](http://www.notariosyregistradores.com).

créditos frente a la Hacienda Pública no pueden ser objeto ni de “retención” ni de cesión, y se llega a la conclusión de que la misma siempre dispondrá de la facultad de compensar en tanto el dinero del crédito de devolución no haya sido abonado en la cuenta del acreedor garantizado.

Es de destacar que la sentencia de 11 de julio de 2011 contó con el voto particular de dos magistrados<sup>286</sup> cuyos argumentos básicos fueron los siguientes:

1.- Sólo pueden calificarse como créditos tributarios los que derivan de una obligación tributaria, de los que es acreedora la Hacienda Pública. La otra cara de las obligaciones de contenido económico de la Administración Tributaria --los créditos en los que el acreedor es el particular frente a la Hacienda Pública-- no puede calificarse como crédito tributario.

2.- En base a lo anterior, el artículo 36 LGT (hoy 7.4 de la vigente LGT) no impide al particular disponer de sus créditos frente a la Administración tributaria y que ésta satisfaga sus obligaciones de contenido económico a un tercero en virtud de un pacto de éste con el particular acreedor originario notificado a aquella.

3.- Citan como argumento la sentencia del propio Tribunal Supremo Sala de lo Civil de 12 de diciembre de 2002<sup>287</sup> que

---

<sup>286</sup> D. Juan Gonzalo Martínez Micó y D. Emilio Frías Ponce.

<sup>287</sup> (ROJ STS 8374/2002 ID CENDOJ 28079110012002101415) Esta sentencia considera que la notificación por medio de carta con acuse de recibo del contenido de la pignoración fue suficiente para que tuviera conocimiento de ella la Agencia Tributaria; que la constitución de una prenda de crédito puede comprender una cesión de dicho crédito y que se puede construir -como admite doctrina científica moderna- a través del mecanismo de la cesión, comunicada al deudor y que conste en escritura pública como una legitimación útil en garantía del acreedor prendario o pignoraticio; y en consecuencia que surge la figura del

condenó a la AEAT a efectuar una devolución tributaria a un tercero al que el acreedor originario había cedido su crédito en garantía de una operación entre ambos, entendiendo la Sala de lo Civil que el deudor/Administración Tributaria, una vez había tenido conocimiento de la cesión de crédito entre particulares (la constitución de una prenda de un crédito es una verdadera cesión de crédito), solamente quedaba liberada mediante el pago al acreedor cesionario.

4.- La constitución de una prenda de crédito, que es una verdadera cesión del crédito, vincula a los sujetos cedente y cesionario de tal manera que el deudor cedido, como no es parte en el negocio de cesión, no tiene que manifestar ningún consentimiento al mismo y si el cedido tiene conocimiento de la

---

contrato de cesión de crédito, que como negocio bilateral vincula principalmente a los sujetos cedente y cesionario de tal manera que el deudor cedido como no es parte en el negocio de cesión no tiene que manifestar ningún consentimiento al mismo, y si el cedido tiene conocimiento de la cesión, solo libera la obligación si paga al cesionario.

Argumentos semejantes a los utilizados por los magistrados discrepantes aparecen en alguna resolución judicial como la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, sala de lo contenciosos administrativo, de 5 de diciembre de 2005, la cual considera que *por lo que hace referencia a la eficacia de dicho contrato de cesión respecto a la Hacienda pública, debe señalarse que si la finalidad de dicho contrato fuera la de alterar la posición del sujeto pasivo -en este caso con carácter parcial hasta la cuantía fijada en el contrato- u otro cualquier elemento de la obligación tributaria, dicho pacto no surtiría eficacia respecto a la Administración, y sería plenamente de confirmar el acuerdo impugnado, pero lo cierto es que no es esa la finalidad del contrato ya que la cesión de crédito efectuada y comunicada a la Administración no pretende alterar ni altera la posición de sujeto pasivo, que sigue teniéndola el cedente, sino que lo que determina es que el saldo, en el caso de existir en su momento, derivado de la devolución del IVA, que ostente el cedente, lo perciba hasta la cuantía indicada el cesionario, sin otorgar ningún otro derecho que dentro de la obligación tributaria corresponda al sujeto pasivo.*

La sent. TS de 20 de junio de 2007 (LA LEY 51919/2007), si bien no versa sobre problema alguno con la Administración Tributaria, reconoce virtualidad a estas pignoraciones constituidas sobre los créditos a la devolución de IVA, pues en un conflicto entre la entidad acreedora garantizada con la pignoración sobre el crédito a la devolución y un posterior embargante de dicho crédito, da preferencia a la primera la cual había reclamado que se le declarase su mejor derecho.

cesión; solo libera la obligación si paga al cesionario (Sents. de la Sala de lo Civil de 19 de febrero de 1993 y de 5 de noviembre de 1993).

5.- Que la cesión del derecho de crédito a la devolución por el particular, además de no ser el único supuesto en el que la Administración tributaria efectúa el pago al titular originario, no introduce ninguna distorsión importante en la mecánica de la relación jurídico-tributaria porque el tercero no sustituye al obligado en ningún aspecto de la relación jurídica, pues las actuaciones derivadas del procedimiento de gestión deberán seguir practicándose con el titular originario.

Posteriormente, la sentencia del TS de 2 de junio de 2014<sup>288</sup> viene a reproducir los argumentos de la resolución antes examinada, e igualmente cuenta con el voto particular de dos magistrados<sup>289</sup> que mantienen los mismos contraargumentos expuestos a favor de la eficacia de la pignoración frente a la Administración.

Con todo, el tema no es tan simple o evidente como a primera vista pudiere parecer dada la interferencia que sobre la compensación en su regulación civil (arts. 1195 y ss. CC) genera la normativa tributaria aplicable (arts. 71 a 73 LGT y arts. 56 a 59 RGR).

Ciertamente, la postura mantenida por la Administración tributaria y corroborada por la doctrina jurisprudencial, supone

---

<sup>288</sup>ROJ STS 2174/2014 ID CENDOJ 28079130022014100275

<sup>289</sup>D. Juan Gonzalo Martínez Micó y D. Emilio Frías Ponce.

cercenar cualquier vía interpretativa que pueda dejar abierta la posibilidad de prevalencia del gravamen pignoraticio sobre la compensación de créditos fiscales, ya que implícitamente vienen a consagrar un régimen de compensación tributario especial respecto del general o civil. Sólo así es inteligible la inoponibilidad que predicen frente a la Hacienda Pública de las pignoraciones de derechos a la devolución del IVA.

De aplicarse la normativa civil nos encontramos con que el art. 1198 CC en su párrafo primero establece que *El deudor, que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente*, con lo que es hasta cierto punto lógico la falta de consentimiento de la Hacienda Pública a la cesión/pignoración, pues de consentirla ni siquiera podría oponer la compensación aunque los criterios de compensabilidad *ex art. 1195 CC y 72 y 73 LGT* (conurrencia de créditos cruzados, vencidos, líquidos y exigibles) hubieren concurrido antes de la constitución de la prenda.

Desde la postura contraria el acreedor pondrá de normal toda la diligencia posible en efectuar cuanto antes la notificación de la prenda constituida a fin de reducir o eliminar la aplicabilidad del párrafo tercero del mismo art. 1198 CC (*Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión*).

El problema para la Hacienda Pública viene del párrafo



segundo del mismo 1198 (*Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión*), con lo cual, y no aceptada la pignoración, aquélla al menos podría oponer la compensabilidad de las deudas anteriores a la prenda. Aquí cabría distinguir, toda vez que los elementos que dan nacimiento al crédito tributario no son necesariamente simultáneos, o dicho en otras palabras, que el devengo del impuesto no es necesariamente coetáneo con la realización del hecho imponible que lo origina, entre las siguientes situaciones:

1.- Que el hecho imponible que genera el crédito tributario del que es acreedora la Hacienda Pública que se pretenda compensar, así como su devengo y vencimiento del mismo sean anteriores a la constitución de la prenda, en cuyo caso cabría oponer la compensación a la pignoración.

2.- Que el hecho imponible tenga lugar antes de la constitución de la prenda pero el crédito tributario se devengara después y venciera antes que el crédito de devolución pignorado por el deudor/sujeto pasivo, lo que tendría lugar cuando Hacienda reconociera el derecho a la devolución *ex art. 71.1 LGT (Las deudas tributarias de un obligado tributario podrán extinguirse total o parcialmente por compensación con créditos reconocidos por acto administrativo a favor del mismo obligado, en las condiciones que reglamentariamente se establezcan)*. En este caso es ya discutible si cabe o no la compensación si bien hay que reconocer que hay argumentos interpretativos para hacer prevalecer ésta sobre la pignoración.

3.- Que, una vez conocida la pignoración, el crédito

tributario cuya compensación se pretende venza después de que hubiera vencido el crédito de devolución del IVA pignorado.

4.- Finalmente que el hecho imponible que origina el crédito tributario a compensar tenga lugar después del conocimiento de prenda por parte de Hacienda.

En estos dos últimos casos, desde el punto de vista de la regulación común del Código civil, no cabría que la Hacienda Pública hiciera valer la compensación frente a la prenda constituida.

La situación se complica para la Administración si se atiende a la distinción que la normativa tributaria hace según la deuda tributaria se encuentre en período voluntario o ejecutivo. Tras afirmar en el art. 71.2 LGT que *La compensación se acordará de oficio o a instancia del obligado tributario*, dice el art. 72.1 LGT que *El obligado tributario podrá solicitar la compensación de las deudas tributarias que se encuentren tanto en período voluntario de pago como en período ejecutivo* y el art. 73.1 LGT que *La Administración tributaria compensará de oficio las deudas tributarias que se encuentren en período ejecutivo*<sup>290</sup>. De esta

---

<sup>290</sup> **Artículo 160. La recaudación tributaria.** (...)

2. *La recaudación de las deudas tributarias podrá realizarse:*

a) *En período voluntario, mediante el pago o cumplimiento del obligado tributario en los plazos previstos en el artículo 62 de esta ley.*

b) *En período ejecutivo, mediante el pago o cumplimiento espontáneo del obligado tributario o, en su defecto, a través del procedimiento administrativo de apremio.*

**Artículo 161. Recaudación en período ejecutivo.**

1. *El período ejecutivo se inicia:*

a) *En el caso de deudas liquidadas por la Administración tributaria, el día siguiente al del vencimiento del plazo establecido para su ingreso en el artículo 62 de esta ley.*

b) *En el caso de deudas a ingresar mediante autoliquidación*

forma la Hacienda Pública no podría compensar de oficio y sólo a instancia de parte las deudas tributarias vencidas que se encontrasen en período voluntario de pago, y ello aunque los requisitos generales de la compensabilidad se hubieran producido antes de la notificación de la constitución de la prenda; a mayor abundamiento el art. 73.3 LGT al tratar de la compensación de oficio viene a establecer que *La extinción de la deuda tributaria se producirá en el momento de inicio del período ejecutivo o cuando se cumplan los requisitos exigidos para las deudas y los créditos, si este momento fuera posterior. El acuerdo de compensación declarará dicha extinción.*

Es evidente que la aplicación sin más del régimen común de la compensación de los arts. 1195 y ss. CC a los créditos tributarios, genera situaciones indeseadas para la Administración, parte de las cuales podrían soslayarse interpretando el art. 73.1 en el sentido de que la misma pudiera compensar de oficio las deudas tributarias que se encontrasen en período ejecutivo mientras siguiera siendo deudor de la deuda de devolución todavía no satisfecha, aunque la situación de compensabilidad, por el juego de las normas tributarias expuestas, se hubiera producido después de que se le hubiese notificado la constitución de la prenda.

Ante ello la interpretación jurisprudencial contencioso-administrativa que ha prevalecido ha supuesto negar la virtualidad

---

*presentada sin realizar el ingreso, al día siguiente de la finalización del plazo que establezca la normativa de cada tributo para dicho ingreso o, si éste ya hubiere concluido, el día siguiente a la presentación de la autoliquidación.*

(...).

de la prenda desde el principio en evitación así de posibles perjuicios a la Hacienda Pública, sin intentar siquiera una interpretación integradora de la normativa civil y tributaria.

Con todo, siguen constituyéndose pignoraciones sobre créditos de devolución del IVA en garantía de operaciones de financiación de proyectos y en los tiempos de crisis transcurridos como mecanismo de refinanciación de deudas empresariales, ello fundamentalmente porque, aun contando con la negativa de la Administración a reconocer eficacia contra ella de la prenda<sup>291</sup>, la misma sí que es oponible entre particulares y eficaz en el orden civil, por lo que su preferencia como garantía sería indiscutible frente a otros créditos ordinarios o gravámenes o embargos no preferentes conforme a las reglas generales<sup>292</sup>.

---

<sup>291</sup> La forma de actuar en la práctica de la Administración Tributaria va desde ignorar sin más la notificación a negar eficacia a la cesión; un ejemplo literal de negativa por su parte es el siguiente “*En relación con la comunicación remitida a esta administración de la AEAT por (...) para que se informe del estado de pago de créditos a terceros y se tome nota de la cesión de un crédito tributario, le informo que conforme al artículo 34.1.i de la Ley General Tributaria (Ley 58/2003 de 17 de diciembre) los datos obtenidos por la Administración Tributaria no pueden ser cedidos o comunicados a terceros, salvo en los supuestos previstos en la Ley. Por su parte y respecto a la cesión de crédito tributario el artículo 17.4 y 18 de la Ley General Tributaria disponen: Artículo 17.4 Los elementos de la obligación (...). Artículo 18 El crédito tributario es indisponible (...). Por lo tanto, no podemos atender su petición quedando a su disposición para cualquier aclaración sobre este asunto.*” Precisamente por ello en muchas ocasiones, una vez efectuada la pignoración del crédito de devolución, la notificación a la Administración Tributaria, se envuelve en un ruego o solicitud de que el pago se efectúe en una cuenta determinada (que por pacto entre acreedor y deudor/pignorante es indisponible para éste).

<sup>292</sup> Procesalmente, como señala CARRASCO PERERA, A., en *opus cit.* “Pignoraciones....., cabe la posibilidad de que el acreedor pignoraticio adopte como estrategia procesal la decisión de no recurrir las decisiones de Hacienda sobre las devoluciones, presentar reclamación de tercería de mejor derecho en vía administrativa *ex art. 165.3 LGT (Cuando un tercero pretenda el levantamiento del embargo por entender que le pertenece el dominio o titularidad de los bienes o derechos embargados o cuando considere que tiene derecho a ser reintegrado de su crédito con preferencia a la Hacienda Pública, formulará reclamación de tercería ante el órgano administrativo competente)* y

c`) Derechos de cobro frente a la Administración derivados de otras relaciones jurídicas.

Cabe predicar igualmente la posibilidad de pignorar otros derechos de cobro frente a la Administración, siendo diversos los supuestos que nos enseña el tráfico jurídico.

Así ocurre con la pignoración de los derechos de los concesionarios en el caso de concesiones de obras públicas, y en particular los derechos derivados de la resolución de un contrato de concesión de obra o de gestión de servicio público o de aportaciones públicas<sup>293</sup>. A este supuesto se refiere la nueva redacción del art. 261 de la LCSP, dada por la Disposición final novena, punto siete de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, que en su versión anterior sólo trataba de la hipoteca de la concesión y ahora habla también de la pignoración de derechos, al determinar en su apartado 3 que *Los derechos derivados de la resolución de un contrato de concesión de obra o de gestión de servicio público, a*

---

proceder a la demanda civil de tercería *ex arts.* 117 y 120.3 RGR, con la intención de que el órgano judicial ordinario aplique las normas civiles de la compensación y no atienda al rigor de la doctrina jurisprudencial expuesta sobre la inalterabilidad de la relación jurídico tributaria.

<sup>293</sup> GUTIERREZ GILSANZ, A., ya trató sobre la posibilidad de pignorar la responsabilidad patrimonial de la Administración a favor de las entidades financieras en garantía de las operaciones de financiación de los proyectos ejecutados por los concesionarios de autopistas; la citada responsabilidad se halla prevista en la norma reguladora del contrato de concesión de obras públicas (art. 271.1 TRLCSP) como compensación a cargo de la Administración pública a favor del concesionario por las inversiones realizadas, para el caso de resolución anticipada del contrato evitándose con ello el enriquecimiento injusto de la Administración a costa de la concesionaria (“Virtualidad de la prenda constituida sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) a favor de las entidades financieras en el concurso de las sociedades concesionarias de autopistas” en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*. Diario La Ley nº 8074 Sección Documento on-line, 2 de mayo 2013).

*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 pignorarse 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.* Este precepto establece dos requisitos adicionales, uno *objetivo*, esto es, que las deudas garantizadas deben guardar relación con la concesión o el contrato, y fundamentalmente lo serán las deudas derivadas de la financiación que obtenga el concesionario o contratista para el desarrollo de la concesión o el contrato; y otro *subjetivo*, pues se debe contar con la *previa* autorización del órgano de contratación (que deberá publicarse en el BOE o boletín oficial correspondiente). La autorización, previa a la formalización, no sustituye a la notificación posterior de la pignoración a la administración correspondiente. Por lo demás, la concurrencia de requisitos que impone el art. 261 LCSP son imprescindibles para que la pignoración despliegue sus efectos frente a terceros, y así se desprende, en el ámbito concursal, de la redacción del art. 90 1 6º II c).

De igual manera se pueden citar las subvenciones debidas o reconocidas por la Administración en base a las remisiones que se realizan en el art. 5.1 de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones (Art. 5. *Régimen jurídico de las subvenciones. 1. Las subvenciones se regirán, en los términos establecidos en el artículo 3, por esta ley y sus disposiciones de desarrollo, las restantes normas de derecho administrativo, y, en su*

*defecto, se aplicarán las normas de derecho privado.*). Suele recurrirse a las mismas en los proyectos de inversión financiados en parte con subvenciones concedidas por las distintas Administraciones, aunque más que como pignoración, se instrumentan a través de una *cesión pro solvendo* con la indicación de que la subvención se debe abonar a la entidad financiadora en la cuenta designada y con expresa prevención de que, una vez producido el abono, el importe de la subvención se destinada a la cancelación anticipada, parcial o total, del préstamo concedido.

Cabe citar como ejemplo la sentencia del TS de 27 de junio de 2003<sup>294</sup>, que contempla la controversia entre la entidad bancaria cesionaria en el procedimiento de suspensión de pagos declarado con posterioridad a la cesión pero antes del cobro de las subvenciones cedidas. Las líneas de la cláusula de cesión accesoria de un contrato de préstamo, eran las siguientes: cesión irrevocable y salvo buen fin (si llegado el vencimiento del contrato no se hubiere percibido el importe se conservarían todas las acciones derivadas de la póliza contra el deudor cedente) del derecho al cobro de determinadas compensaciones financieras o subvenciones reconocidas a la mercantil prestataria, el préstamo principal se entendería automáticamente vencido en el momento en que se produjera por parte de la Administración concedente el pago total o parcial del crédito cedido o la denegación del mismo, la cesión se pactaba como especial medio de pago de la deuda y por el importe y medida en que fuera necesaria para la cancelación de las obligaciones asumidas por el deudor cedente al que se abonaría el sobrante en su caso y finalmente la cesión se notificaría

---

<sup>294</sup> LA LEY 2656/2003

fehacientemente a la entidad pública concedente de la subvención a los efectos legales oportunos.

Sin entrar ahora en el problema contemplado por la sentencia relativo a la eficacia frente a terceros acreedores de la deudora cedente y el momento de la misma, la sentencia afirma que *se declara la validez de la cláusula y a continuación la ineficacia de la misma* haciendo una serie de consideraciones sobre la naturaleza de la cesión *pro solvendo* calificando la cláusula en cuestión de *cesión de créditos futuros "pro solvendo"*.

Por su parte, la sentencia del TS de 11 marzo de 2008<sup>295</sup> contempló la posibilidad de pignorar los derechos de cobro del justiprecio de una expropiación. En concreto la persona física X pignoró en garantía de un préstamo a favor de la entidad bancaria Y los derechos de cobro que le correspondía percibir de un Ayuntamiento derivados de la expropiación realizada de una finca de su propiedad y en base a ello apoderaba irrevocablemente a dicha entidad bancaria a realizar cuantas gestiones fueran necesarias para conseguir del Ayuntamiento el pago del justiprecio el cual una vez recibido se aplicaría al pago de todas las cantidades que se adeudaren en dicho momento; la cesión de derechos de cobro se notificó notarialmente al Ayuntamiento afectado. El problema surge cuando el deudor pignorante transmite la finca expropiada y el Ayuntamiento paga la cantidad correspondiente al justiprecio de la expropiación a los titulares de la finca en el momento del pago y no a la entidad bancaria acreedora del crédito en garantía del cual se habían pignorado los derechos de cobro. El

---

<sup>295</sup> LA LEY 69466/2008



TS tras recordar su doctrina sobre la admisibilidad de las prendas de derechos entiende, basándose en el art. 1527 CC (*el deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor; quedará libre de la obligación*) interpretado a *contrario sensu* (el deudor que tiene conocimiento de la cesión no queda liberado de su obligación si satisface a su primitivo acreedor y no al nuevo), que el Ayuntamiento no queda liberado por tal pago debiéndose satisfacer el justiprecio expropiatorio a la entidad bancaria cesionaria.

d) Pignoración de los derechos de créditos nacidos en contraprestaciones en contratos sinalagmáticos de tracto sucesivo.

Finalmente otro de los supuestos relativamente frecuentes en la práctica jurídica es la pignoración de los derechos de crédito que el deudor tiene a su favor derivados de una relación sinalagmática de tracto sucesivo.

Normalmente suelen concertarse este tipo de garantías como medio del que dispone el deudor, normalmente un empresario individual o sociedad mercantil, de aumentar la confianza en su solvencia u obtener financiación para un proyecto determinado; aunque nada impide, y así se da igualmente en la práctica, que sea una persona física en la que confluya la cualidad de consumidor, la que, ante la necesidad de financiación o refinanciación de sus deudas, y ante la falta de otros bienes que ofrecer en garantía, recurra a gravar derechos procedentes de tal tipo de relaciones, como por ejemplo la pignoración de las rentas derivadas de un arrendamiento.

De los supuestos que suelen darse en la práctica se desprenden como notas generales las siguientes:

a') Finalidad económica.

Con frecuencia la pignoración de derechos de crédito derivados de contratos o relaciones sinalagmáticas, suele ser complemento de un negocio jurídico principal de financiación, cuya finalidad, es, precisamente, la inversión en un negocio determinado que da origen a esa relación sinalagmática.

Así venía ocurriendo en los préstamos concedidos por entidades bancarias destinados a la inversión en plantas de energía eléctrica en sus distintas modalidades (fotovoltaica, eólica, etc...) en que se pignoran los derechos de crédito derivados del suministro de energía eléctrica, en la práctica con cláusulas de pignoración del tenor siguiente o similar: *Sin perjuicio de la responsabilidad personal, solidaria e ilimitada de la parte deudora o, en su caso acreditada, como garantía especial de las obligaciones derivadas del contrato de (préstamo, apertura de crédito, etc), el Garante, en el concepto en que interviene, constituye prenda a favor de (la entidad bancaria X), que acepta, sobre cada uno de los créditos que le corresponden frente a (empresa eléctrica Y) a consecuencia del contrato de venta de energía eléctrica suscrito con fecha (...) y correspondiente a los pagos que ésta última debe efectuar al Garante de conformidad con el contrato antes indicado.*

Igualmente en la financiación de la adquisición de un negocio o unidad productiva, o para la puesta en marcha de

determinada unidad productiva o línea de negocio, en que lo pignorado son los derechos de crédito derivados del contrato de suministro de mercaderías con el cliente principal o de prestación de servicios u obra determinada concertado con dicha cliente. Las redacciones son semejantes, sustituyendo las referencias al contrato del que derivan los derechos de crédito por la que se trate en cada caso *v.gr. En garantía de las obligaciones y responsabilidades referidas en la parte expositiva, y sin perjuicio de la responsabilidad personal e ilimitada de X, o de cuantas otras garantías el Banco ostente o en el futuro pueda ostentar, el pignorante constituye a favor del Banco, que acepta, un derecho real de prenda sobre los derechos de crédito derivados del contrato descrito* (contrato de compras de producción, contrato de suministro de mercaderías en exclusiva o no, contrato de inversión de capital para la puesta en marcha y explotación de un negocio, etc...)

No faltan, sin embargo y como ya anticipamos, supuestos en que se recurre a la pignoración de derechos de crédito de naturaleza semejante en proceso de refinanciación de deudas ante la ausencia de otras posibles garantías o como complemento de otras por insuficiencia de las mismas. Una posibilidad es la pignoración de los derechos que, como arrendador, tiene el pignorante, derivado de contratos de arrendamiento. Si en los casos anteriores nos encontramos casi siempre ante sociedades mercantiles o empresarios individuales, aquí ya es más frecuente que el pignorante pueda ser una persona física en quien no concurra la cualidad de empresario o profesional. Ejemplo de ello es la siguiente cláusula: “*Sin perjuicio de la responsabilidad personal,*

*solidaria e ilimitada de la parte deudora, y en su caso, de los fiadores, aquella como PARTE PIGNORANTE, constituye garantía real pignoratícia a favor de LA ACREEDORA, sobre los derechos de crédito que le correspondan derivados de los contratos de arrendamiento (para vivienda/uso local comercial) sobre el inmueble sito en (...), formalizado mediante contrato de fecha (...). Dichos derechos de crédito consisten en la percepción económica de las rentas pactadas y de cualesquiera cantidades, tanto por indemnización como por otros conceptos, que traigan causa de los contratos de arrendamiento concertados por la parte pignorante (...)*”.

b’) Carácter de la garantía.

Si ya algunas de las pignoraciones de derechos de crédito llevan implícita de forma directa o indirecta una cesión *pro solvendo*, en las que late la intención de que, una vez vencido y cobrado el crédito dado en garantía (v. gr. en el caso de una subvención o indemnización concedida) su importe se aplique al pago de la obligación garantizada, en los casos que examinamos, en que los créditos objeto de garantía van entrando en el patrimonio del pignorante/deudor a medida en que se van cumpliendo las prestaciones sucesivas (que pueden ser fijas como en un arrendamiento o variables como en un contrato de suministro), es frecuente prever o dejar a voluntad del acreedor garantizado, que las mismas se apliquen al pago de las cuotas del préstamo garantizado (en su caso). Ello puede crear una frontera difusa entre la pignoración y la cesión *pro solvendo* que puede traer consecuencias no deseadas para las partes si su voluntad no ha

quedado bien definida en los términos del contrato.

En este sentido, la sentencia del TS de 21 de julio de 2009<sup>296</sup> contempló un caso en el cual, y en garantía de un préstamo, se cedieron las rentas derivadas de un arrendamiento. El problema fue que dado el tenor del contrato de cesión, no se configuró como un derecho real de prenda, que por propia naturaleza es accesorio del principal, y permite al acreedor satisfacerse mediante la acción personal o la derivada de la garantía, sino como una cesión que incluía el ejercicio de las acciones judiciales de reclamación de las mismas, calificándolo el tribunal como cesión *pro solvendo*. En efecto el redactado de la cláusula decía que “*X cede a partir de la fecha a favor de la CAJA Y, la totalidad de los derechos de percepción de las rentas del arrendamiento y participación en subarriendos que se señalan en el apartado anterior, incluyendo el ejercicio de las acciones judiciales o extrajudiciales de reclamación de tales derechos (...) La no percepción por parte de CAJA Y de cualquiera de las rentas cedidas, será causa de la cancelación del préstamo y facultará a CAJA Y para la exigencia del saldo total dispuesto*”.

Ocurrió que el local arrendado se subarrendó y que el acreedor, sin ejercitar ninguna acción para el cobro de las rentas adeudadas, alegó que el cobro de los recibos había devenido imposible, e interpuso las acciones ejecutivas para el cobro de la póliza a su vencimiento. Ante ello la mercantil deudora y cedente de las rentas derivadas del arrendamiento alegó que debían declararse por pagadas las obligaciones derivadas de la póliza por

---

<sup>296</sup> LA LEY 125221/2009

cuanto el no cobro de las rentas del subarriendo era imputable al acreedor por no ejercitar las oportunas acciones y dejar pasar el plazo de prescripción de las mismas.

El Tribunal Supremo consideró que en *el caso de la garantía consistente en la cesión del crédito generado por las rentas del arrendamiento nos encontramos ante una cesión que convirtió en acreedor a la ahora recurrente, aunque bien es verdad, con la salvedad del buen fin. Estaba autorizado para hacer efectivo el crédito y para ejercitar las acciones con esta finalidad (...)*

*Nos encontramos en una relación en la que el Banco era el cesionario y podía ejercitar las acciones correspondientes a su crédito, X era el acreedor cedente de las rentas y deudor de Y, que no se liberaría de la deuda que mantenía con ésta hasta el efectivo pago por parte del deudor arrendatario cedido. De este modo, no se extinguía el crédito garantizado, el de Y con X, hasta que las rentas fuesen cobradas, porque la liberación estaba sometida a la condición suspensiva de la efectiva realización del pago. Sin embargo, ello no autorizaba al cesionario, auténtico titular del crédito cedido, para perjudicar o no perseguir los créditos de los que, repetimos, era titular y mucho menos dejarlos prescribir por el transcurso de cinco años (Art. 1966,2ª CC). De este modo, la cesión pro solvendo produjo los efectos del Art. 1170.2 CC por haberse perjudicado los créditos por rentas al no haber sido reclamados en su momento por quien era su titular. Hay que tener en cuenta, además, que de acuerdo con lo dispuesto en el contrato de cesión de estas rentas, se transmitieron no solo los créditos por los arriendos, sino también por los subarriendos, de modo que el Banco cesionario podía también dirigirse contra quien fuera*

*subarrendatario, cosa que no hizo, y además, estaba legitimado expresamente para ejercer las acciones correspondientes. En conclusión, la negligencia en la gestión de los créditos produce el efecto del pago previsto en el Art. 1170.2 CC .*

A fin de conjurar posibles interpretaciones erróneas, las pólizas en que se pignoran estos tipos de créditos suelen utilizar con claridad el término *pignoración* o *prenda* o *garantía real prendaria*, quedando la *cesión* como algo implícito o accesorio de la garantía. Como contrapartida suele preverse la facultad del acreedor de aplicar al cobro de su crédito las prestaciones sucesivamente satisfechas al pignorante (*La parte pignorante autoriza de forma expresa e irrevocable a la acreedora, para destinar el importe indicado en el objeto de la prenda, al pago hasta donde alcancen, de todas las obligaciones y responsabilidades derivadas de las obligaciones garantizadas referenciadas, en concepto de principal, intereses remuneratorios, comisiones, costas y gastos, tanto vencidas y pendientes de pago, en su caso, como no vencidas y pendientes de pago, procediendo a la amortización anticipada de dichas obligaciones garantizadas hasta la total cancelación de las mismas; o bien queda la parte acreedora facultada para compensar las cantidades ingresadas por razón de los créditos pignorados con las cantidades vencidas e impagadas por razón de la obligación garantizada o en su caso, para proceder a la amortización anticipada del citado préstamo*).

Por otra parte se deja claro, como es lo propio en el caso de constitución de garantías reales de cualquier tipo, la posibilidad de acudir a cualquier acción, sin carácter excluyente, para obtener

la satisfacción de la obligación garantizada (se incluyen cautelas del tipo *los derechos y acciones que se generen a favor de la acreedora como consecuencia de lo pactado en el presente contrato, no excluyen los que a ésta corresponden por cada una de las obligaciones específicas garantizadas y que podrán ser ejecutadas con plena independencia y sin perjuicio de aquellas*).

c') Pignoración del depósito resultante.

Finalmente, y dado que son además derechos de crédito derivados de prestaciones de tracto sucesivo y no de tracto único, la pignoración de tales derechos se combina con la designación de una cuenta bancaria (abierta en la propia entidad garantizada, lo que es el supuesto más habitual), en la que irrevocablemente el pignorante debe ordenar se realicen los pagos y cuyo saldo queda pignorado en garantía de la obligación principal, ello por una razón evidente cual es que los pagos de los créditos sucesivos no tienen entidad suficiente para cubrir aisladamente la garantía de la obligación garantizada; con lo que coexisten la prenda sobre el saldo que pueda arrojar la cuenta al vencimiento de la obligación asegurada con la prenda sobre los créditos derivados de las prestaciones sucesivas futuras.

La generalidad de las pólizas en que se pignoran estos derechos vienen a incluir, en consonancia con lo expuesto, la obligación del pignorante de consentir una domiciliación irrevocable en la cuenta designada por el acreedor garantizado de los sucesivos pagos generados por el contrato cuyos derechos económicos se pignoran, domiciliación que se notifica obviamente



a la otra parte contractual a fin de que pueda efectuar los pagos a través de dicha cuenta. A esta domiciliación irrevocable y a la notificación de inmovilización de los derechos de créditos, típica de la pignoración de créditos en general, se le da el carácter de desplazamiento posesorio de la prenda (en cláusulas del tipo *La domiciliación irrevocable y la notificación de inmovilización referidas en este contrato, al hacer indisponibles los derechos que se entregan en prenda, constituyen para su titular una verdadera desposesión de dichos derechos a favor de la acreedora en cumplimiento del artículo 1.868 del Código Civil*).

Ocurre no obstante que en ocasiones, sobre todo cuanto garantías de este tipo sirvan para garantizar la financiación de determinadas inversiones, puede provocar respecto del pignorante deudor un efecto perverso, cual es verse privado de la disponibilidad de unos fondos obtenidas en el desarrollo de una actividad mercantil, que puede ser, y de hecho, es frecuente que sea, su principal fuente de recursos. Con lo cual, si las ganancias obtenidas (*v. gr.* en el caso de pignorar los derechos de crédito por los contratos de suministros con el cliente principal) quedan indisponibles hasta tanto no se satisfagan las deudas derivadas de la financiación concedida por el acreedor garantizado, puede paralizar la actividad mercantil. A fin de evitar esta circunstancia las posibles soluciones prácticas son varias, y así cabe o bien fijar un límite cuantitativo genérico a partir del cual las prestaciones satisfechas por el contrato origen de la pignoración sean disponibles, o bien fijar un porcentaje para cada una de las prestaciones que quedará indisponible siendo el resto de libre disponibilidad para el pignorante o bien permitir que las prestaciones domiciliadas en la

cuenta señalada sean disponibles en tanto las obligaciones garantizadas sean satisfechas generando cualquier impago la indisponibilidad de la cuenta. Esto último no es un contrasentido, pues téngase en cuenta que, como dijimos, en ocasiones lo que late es la intención de poder aplicar al pago de las deudas garantizadas (v. gr. del préstamo concedido) que resulten impagadas con las prestaciones sucesivas del contrato sinalagmático cuyos derechos económicos se pignoran, siendo como argumento a mayor que la pignoración puede no ser la garantía principal sino complementaria de otra (así v. gr. el préstamo garantizado con hipoteca inmobiliaria destinado a poner en marcha una unidad productiva destinada a abastecer mercaderías a una empresa o grupo de empresas, operación en el accesoriamente se pignoran los créditos derivados del contrato de suministro; suele ser económicamente más rentable para la entidad financiera darse por cobrado aun en caso de impago con los créditos que nazcan en el futuro, manteniendo el funcionamiento de la empresa, que dar por vencido anticipadamente el préstamo y ejecutar la garantía hipotecaria, opción de la que dispone en cualquier momento).

Como corolario de todo lo anterior queda prevista la subrogación real de los derechos de crédito derivados del contrato de que se trate, y a medida en que se ingresen en la cuenta de domiciliación, por el saldo que presente dicha cuenta.

C) *La prenda global y cláusulas ómnibus. El sobreaseguramiento.*

En la práctica jurídica, y especialmente en el tráfico

mercantil, el aseguramiento de obligaciones futuras obedece a necesidades varias, en la mayoría de los casos plenamente justificables, aunque no exentas de riesgos. Con tales cláusulas de globalización, lo que pretenden las entidades bancarias es disponer de una garantía flexible susceptible de abarcar las distintas operaciones de financiación convenidas entre las partes, sin necesidad de constituir garantías *ad hoc* para cada una de ellas. Lo cual, de principio, puede ser igualmente beneficioso para quien habitualmente recurre a mecanismos de financiación bancaria, por cuanto puede facilitarle la obtención futura de crédito<sup>297</sup>.

Pero al lado de las evidentes razones económicas que justifican desde los intereses de las partes<sup>298</sup> la existencia de dichas garantías, no son menos evidentes los riesgos que implican. Existe siempre el riesgo de abuso por parte de la entidad bancaria que termine imponiendo garantías desproporcionadas para el riesgo que asume, provocando situaciones de sobregarantía; y desde la posición del deudor, éste puede sufrir un bloqueo de parte de sus activos patrimoniales por el hecho de conceder garantías anticipadas.

---

<sup>297</sup> Vide entre otros AVILÉS GARCÍA, J., “Contratos de garantía y ampliación del ámbito de aplicación de las prendas de créditos” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Madrid, 2003; señala (pág. 1439) que la prenda *ómnibus*, si bien no contemplada con carácter general en nuestras leyes, es admitida en la práctica bancaria como un tipo de prenda *flotante* al cobijo de los artículos 1861 y 1864 CC y de la normativa de la cesión de créditos.

<sup>298</sup> AVILÉS GARCÍA, J., en *opus cit.* resalta el protagonismo que en la actualidad adquieren las garantías vinculadas a la denominada *financiación de proyectos* cuya característica reside en ser una financiación sin recurso previo o bien con un recurso limitado, que se fundamenta no en una posición de solvencia previa sino en la bondad o mérito del mismo proyecto. Presuponen un complejo mecanismo de financiación al que va inseparablemente unido todo un entramado de contratos, entre los que destacan los contratos de garantía en donde sobresale toda una tipología de fórmulas de pignoración, tanto de créditos, como de saldos y acciones, o de pólizas y documentos del propio proyecto.

a) Situaciones de sobregarantía.

La cuestión del sobreaseguramiento no es específico de la prenda de créditos, ni siquiera de la prenda en garantía/sobre créditos futuros, sino en general de todas las modalidades de garantías, sean reales o personales. Sin embargo, y dado que el riesgo es más evidente en las garantías globales que por su naturaleza sufren en mayor o menor grado cierta indefinición, la examinamos en esta sede, aunque lo que se concluya sea extrapolable a otras situaciones.

Situaciones que en la práctica pueden dar lugar a tal sobreaseguramiento son la constitución de varias garantías para asegurar un mismo crédito de forma desproporcionada, la desproporción entre los valores pignorados y los asegurados, la sujeción del íntegro patrimonio del deudor incluido el futuro a la seguridad de determinadas obligaciones o aquellos pactos que, a pesar de no distribuirse la responsabilidad entre los derechos afectos, impiden la liberación sucesiva de los derechos o créditos pignorados a medida que se amortiza el crédito asegurado.

En el ámbito del préstamo al consumo, donde nos encontramos como deudores garantes a personas físicas que no desarrollan actividad alguna profesional o mercantil, y por tanto no acuden de forma recurrente a la financiación externa, no es normal encontrar garantías generales para obligaciones futuras (sí en el aspecto opuesto, esto es garantizar con créditos futuros titularidad del cliente frente a la entidad financiera, tales como imposiciones a plazo, depósitos, etc, operaciones concretas de presente a través de

cláusulas de compensación, cuestión que examinaremos en otro lugar).

En la generalidad de estos casos el patrimonio está construido casi de forma única por la propiedad de la vivienda habitual, y el recurso a la financiación ajena se dirige básicamente a la adquisición de la misma y de bienes de consumo, como por ejemplo vehículos.

Las garantías previstas para futuras eventualidades de financiación carecen de interés, de ahí que, a lo más, se recurra al expediente tradicional de la ampliación de hipoteca ya existente o al recurso a productos bancarios intermedios entre el préstamo y el crédito en cuenta (llamadas comercialmente *hipotecas abiertas*); cabría incluso la llamada *hipoteca recargable*, poco utilizada en la práctica. Pero todos estos supuestos son ajenos a las llamadas garantías flotantes que examinamos, y desde luego ajenas a la prenda de créditos.

El texto refundido de la LGDCU aprobado por Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, recoge en su art. 2, como ámbito de su aplicación, las relaciones entre consumidores o usuarios y empresarios, y en su art. 3 señala que son consumidores o usuarios las personas físicas que actúen con un propósito ajeno a su actividad comercial, empresarial, oficio o profesión, y extiende tal concepto a las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica que actúen sin ánimo de lucro en un ámbito ajeno a una actividad comercial o empresarial.

Para estos casos, y dentro del elenco de cláusulas abusivas sobre garantías, se recoge en el art. 88 1. *La imposición de garantías desproporcionadas al riesgo asumido*. Pero añade que *se presumirá que no existe desproporción en los contratos de financiación o de garantías pactadas por entidades financieras que se ajusten a su normativa específica*. La redacción del precepto adolece de una absoluta falta de concreción toda vez que, el *riesgo asumido*, debe valorarse atendiendo todas las circunstancias concurrentes y no sólo las propias de la operación sino las que afectan a la situación patrimonial del deudor. Si a ello unimos que se deja a salvo en las garantías pactadas por las entidades financieras, se evidencia la imposibilidad de determinar *a priori* qué condiciones determinan una situación de sobregarantía que convierta la cláusula en abusiva<sup>299</sup>. La doctrina<sup>300</sup> venía considerando básicamente dos casos a estos efectos: la emisión de pagarés en blanco y las cláusulas de compensación de cualquier clase de saldos.

Respecto del primero<sup>301</sup>, viene referido al caso de que en

---

<sup>299</sup> Como señala MONTES RODRÍGUEZ, M.P., en “Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios”, en *Estudios sobre Jurisprudencia bancaria*, VVAA, Cizur Menor, 2002, págs. 116 y 117, con la redacción de la norma se obliga al consumidor que alegue la aplicación de la misma y pida la nulidad de la cláusula, a probar el carácter desproporcionado de la garantía; ello se intenta justificar de la naturaleza propia de las actividades financieras, pero lo cierto es que colocan en peros situación a los usuarios bancarios reduciendo así su protección frente a los posibles abusos de las entidades financieras.

<sup>300</sup> Vide NAVARRO CHINCHILLA, J.J., “Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria” en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas* (VVAA, Director NIETO CAROL, U.), Valladolid, 2000, págs. 549 y ss.

<sup>301</sup> Vide, entre otros, MONTÉS RODRÍGUEZ, M.P., *opus cit.* “Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios”, en *Estudios sobre Jurisprudencia bancaria*, págs.128 y ss.

la formalización de contratos de crédito al consumo algunas entidades incluyen una cláusula estableciendo para el prestatario la obligación de librar, en el momento de formalizar el préstamo, un pagaré a la vista, en blanco y a la orden de la entidad prestamista, en garantía de la obligación contraída y como instrumento de ejecución a su vencimiento.

Los tribunales, especialmente las Audiencias, ante esta práctica bancaria, se habían pronunciado de modo diverso:

I.- Unos pronunciamientos han concedido<sup>302</sup> validez y eficacia jurídica al pagaré en garantía de un contrato de préstamo. Para ello, y tomando como punto de partida la libertad de contratación y la Ley Cambiaria y del Cheque, recogían como argumentos: la liquidez “*ab initio*” en los contratos de préstamo a interés fijo que no precisan ulterior liquidación; la posibilidad del consumidor de alegar que el pagaré no se ha cumplimentado conforme a lo pactado; las excepciones que puede oponer el deudor al banco prestamista, tratándose de pagarés con la cláusula “*no a la orden*”; inexistencia de práctica abusiva por no quedar el deudor en peor situación o más desequilibrada que mediante la suscripción de una póliza intervenida por fedatario mercantil ni mermar las garantías del consumidor; posibilidad de que la aplicación directa de la Ley de Protección de los consumidores desplace la carga de la prueba al acreedor cambiario.

---

<sup>302</sup> Vide entre otras sentencias de 29 de julio de 2002 -secc. 4ª- (LA LEY 141871/2002), 28 de julio de 2004 -secc. 14ª- (LA LEY 177574/2004) de la Audiencia Provincial de Barcelona; sentencia de 18 de octubre de 2004 -secc. 2ª- (LA LEY 215410/2004) de la Audiencia Provincial de Girona; sentencia de 20 de diciembre de 2004 -secc. 20ª- (LA LEY 268069/2004 2.000) de la Audiencia Provincial de Madrid.

2.- En otras ocasiones se ha negado su validez<sup>303</sup> argumentando: que se deja al arbitrio de una de las partes acudir a un procedimiento privilegiado; inflexión en la tendencia a la exigencia de una mayor claridad y transparencia en las reclamaciones de las entidades bancarias; fraude de ley por pretender eludir las normas que regulan el juicio ejecutivo con fundamento en pólizas mercantiles, en cuanto a las garantías que en ellas se exigen en beneficio del deudor (intervención de fedatario mercantil en la perfección y en el procedimiento de liquidación); inversión de la carga de la prueba y dificultad de la misma en cuanto se desconocen los elementos de hecho y el cálculo para la liquidación; se trata de una práctica contraria a la exigencia de la buena fe y justo equilibrio de las prestaciones; ausencia de negociación, tratándose de una condición general en contrato de adhesión impuesta por la entidad bancaria al consumidor para obtener el préstamo personal pretendido, desplegando su eficacia la normativa de protección de los consumidores y usuarios; redacción confusa y falta de información; incompatibilidad del concepto de pagaré con su emisión en blanco o fijando el importe del principal, cuando la reclamación se encuentra condicionada a los avatares del contrato de préstamo.

3.- Finalmente existen resoluciones que adoptan una postura ecléctica al afirmar que la validez o invalidez de tal práctica depende del caso concreto<sup>304</sup>, de forma que sólo será

---

<sup>303</sup> Vide entre otras sentencias de 7 de noviembre de 2.003 (LA LEY 180434/2003), 26 de febrero de 2.001 (LA LEY 44872/2001) de la secc. 3ª de la Audiencia Provincial de Tarragona; y las sentencias de 29 de abril de 2.003 - secc. 18ª- (LA LEY 77445/2003) y 19 de febrero de 2.002 -secc. 14ª- (LA LEY 38270/2002) de la Audiencia Provincial de Madrid.

<sup>304</sup> Puede citarse como ejemplo el caso sobre el que versó la sentencia de la Audiencia Provincial de Gerona de 24 de febrero de 2014<sup>304</sup> (ROJ SAP GI 99/2014; ID CENDOJ 17079370012014100046). Se planteaba si una cláusula



inválida, y como consecuencia dará lugar a la nulidad del pagaré, cuando se pretenda mediante ella quebrantar las garantías que la ley proporciona al deudor y, más en concreto, en lo atinente a la determinación de la deuda; de manera que la práctica merecerá reproche cuando la entidad crediticia pretenda evitar el procedimiento de liquidación que impone hoy el artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no en otro caso.

---

contenida en un contrato de préstamo es abusiva o no. Dicha cláusula facultaba a una entidad financiera de crédito en un contrato de préstamo suscrito por un consumidor, para cumplimentar un pagaré firmado en blanco, en atención a la deuda existente en el momento de ser cumplimentado.

La sentencia llega a la conclusión de que, atendido el tenor de la cláusula, que no es abusiva y por lo tanto es válida la cláusula que permite cumplimentar el pagaré firmado en blanco librado el día de la firma del préstamo, teniendo en cuenta que en el caso concreto, éste es a interés fijo (y no hay necesidad de acudir a ninguna liquidación previa para determinar la deuda ex art. 572 LEC); y que tampoco es abusiva cuando se trata de un pagaré librado no a la orden.

La posición que sostiene la vulneración de la normativa sobre consumidores y usuarios atiende fundamentalmente a la falta de intervención de fedatario público en la firma del préstamo; a que se está evitando la liquidación mediante la intervención de fedatario público, lo cual, si el interés es variable, tal liquidación parece más que obligada; además, si el pagaré fuera a la orden, podría ser endosado y saldría del poder jurídico del acreedor, convirtiéndose en un título abstracto en el que el consumidor tampoco podría alegar las excepciones personales que tuviera contra la entidad financiera; y que, en último término, se estaría invirtiendo la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

En favor de la posición que acoge la sentencia se argumenta que no siempre es necesaria la liquidación a que se refiere el art. 572 LEC, como en el caso contemplado en que el préstamo lo es a interés fijo; que no es necesariamente abusiva cuando el pagaré se libra "no a la orden", dado que no puede salir de la esfera de poder jurídico del acreedor, y además, en éste último tipo de pagaré, el deudor podría oponer todas las excepciones personales que tuviera contra el acreedor; que, y refiriéndose a la carga de la prueba, la existencia de una cláusula abusiva no siempre conlleva su nulidad absoluta, sino su aplicación conforme a los principios que establece la Ley, y en base a ello, si se prohíbe la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor, puede y debe exigirse al acreedor cambiario la demostración de que la cantidad consignada en el pagaré es correcta; se produzca o no una inversión de la carga de la prueba, la acreditación del pago siempre es carga del deudor; señala igualmente la sentencia que el acreedor que acude al juicio cambiario no tiene más beneficios que si acudiera a la ejecución, dado que si en aquél el embargo es inmediato, en la ejecución lo obtiene si requerido el deudor, no paga, independientemente de su oposición, con lo cual realmente la situación en que se encuentra el deudor es prácticamente la misma.

La sentencia del TS de 12 de septiembre de 2014<sup>305</sup>, que considera ese tipo cláusula en un préstamo al consumo nula por abusiva, supone un giro de planteamiento, ya que hace bascular la argumentación, sobre la base de que la nulidad se determinaría por su carácter de negocio vinculado, la del pagaré emitido con base en la condición general abusiva, en virtud de lo que se ha venido en llamar la extensión o propagación de la nulidad de un negocio jurídico a otro con el que se halla vinculado cuando existe una vinculación funcional entre uno y otro, habiendo sido admitido así por la jurisprudencia. Y basa en las siguientes razones la nulidad de la cláusula por abusiva: 1ª. El contrato de préstamo se ha celebrado en documento privado por lo que no constituye un título ejecutivo del art. 517 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por ausencia de intervención de fedatario público y mediante la emisión de este pagaré se eluden las garantías del cauce procesal previsto en la ley para que las acciones derivadas de contratos de préstamo accedan a una vía procesal privilegiada; 2ª el interés intenta residenciarse en el abaratamiento de costes, pero tal ahorro arancelario en el fedatario público sería a base de sacrificar la función de información, asesoramiento previo, control de la legalidad, fehaciencia y seguridad jurídica, que son funciones que llevan a cabo los notarios, según el art. 1 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado -Decreto de 2 de junio de 1944-, información y asesoramiento previo que, en sede de condiciones

---

<sup>305</sup> LA LEY 141926/2014. La doctrina de esta sentencia se ha seguido ya en tribunales inferiores, así sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 16 de diciembre de 2014 (ID CENDOJ 08019370012014100558), sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 17 de febrero de 2015 (ROJ SAP A 316/2015; ID CENDOJ 03014370042015100052) o sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 25 de febrero de 2015 (ROJ SAP B 3344/2015; ID CENDOJ 08019370192015100013).

generales de contratación, deben prestar a las partes contratantes, sobre todo a la adherente; 3ª con esta cláusula no sólo se eluden los controles administrativos y la necesaria información y transparencia, sino que se impide al tribunal el control de oficio de las cláusulas abusivas que pudiera contener el contrato de préstamo; 4ª aunque el pagaré es librado con la mención de un importe, el total del préstamo concedido, en la práctica opera como un pagaré en garantía librado en blanco puesto que en caso de que en un momento dado se produzca el impago del préstamo, u otra causa que permita al prestamista dar por vencido anticipadamente el préstamo, el tenedor del pagaré procederá a completarlo con el importe que resulte de la liquidación de la operación. En tales circunstancias, el demandado cambiario difícilmente podrá oponer la excepción de complementación abusiva del pagaré porque no sabrá en qué términos ha hecho la liquidación el acreedor (fecha de la liquidación, pagos parciales tomados en consideración); 5ª la cláusula que permite la utilización de este tipo de pagarés en las operaciones con consumidores opera una inversión de la carga de la prueba, pues es el demandado cambiario quien ha de oponer la excepción de complementación abusiva del importe del pagaré y probar lo hechos que la sustenten, lo que no se produce en el caso del proceso de ejecución basado en póliza de préstamo; 6ª la utilización de esta condición general permite al profesional el acceso a un proceso privilegiado que comienza con un embargo cautelar sin necesidad de oír al demandado y sin que tenga que prestar caución ni justificar el *periculum in mora*, con base en un contrato que requiere una previa liquidación para determinar la cantidad adeudada en un momento concreto, sin que el acreedor deba justificar los elementos de hecho y de cálculo utilizados para

fijar la cantidad reclamada y sin que la corrección de la liquidación haya sido controlada por un fedatario público. Por tanto se impide que el demandado tenga los elementos de hecho y de cálculo que le permitan enjuiciar la corrección de la cantidad que se le reclama y, en su caso, impugnarla, invirtiéndose además la carga de la prueba en perjuicio del consumidor; 7ª no puede alegarse en contra de la argumentación del supremo que por tratarse de un contrato de préstamo no necesita liquidación para calcular la cantidad adeudada y que se podría ejecutar la póliza de préstamo sin necesidad de observar lo previsto en el art. 573 de la Ley de la Ley de Enjuiciamiento Civil, por el contrario la cantidad cuyo pago se reclama al prestatario, y que fue extendida por el prestamista como importe del pagaré, no se encuentra expresada, como tal, en el contrato, el artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se encabeza con el epígrafe «Cantidad líquida. Ejecución por saldo de operaciones» a diferencia del texto del anteproyecto en el que dicho epígrafe indicaba «Cantidad líquida. Ejecución por saldo de cuenta». El concepto de “saldo de operaciones” reviste mayor amplitud que el de “saldo de cuenta”, concepto este que podía ceñirse a aquellas operaciones que exigían un verdadero cierre de cuentas u operaciones similares y que permitirían excluir a los préstamos a interés fijos sin embargo, al aludir finalmente la Ley de Enjuiciamiento Civil a la ejecución del “saldo de operaciones”, se está refiriendo a cualquier contrato en el que la determinación de su saldo exija de la realización de alguna operación, sin necesidad de que sea de elevada complejidad.

Más relacionado con el tema que tratamos es el segundo, siendo frecuente en los diversos contratos de financiación encontrar

cláusulas por las que se atribuye a la entidad bancaria la facultad de compensar las posibles posiciones impagadas con los saldos acreedores que el titular ostente a su favor en otras cuentas o depósitos de la misma entidad financiera<sup>306</sup>. A priori una cláusula de esta naturaleza no debe considerarse abusiva, toda vez que, conforme a las reglas de compensación del Código civil, la entidad financiera podría compensar los saldos deudores y acreedores de un mismo titular; otra cosa sería que la entidad tuviera reconocida la facultad de compensar saldos de cuentas que el titular tuviera en la misma como meramente autorizado o como titular indistinto con otros, introduciendo en la redacción de la cláusula (que además forma parte de las condiciones generales y no es objeto de

---

<sup>306</sup> Vide en esta materia FERRANDO VILLALBA, M.L., “Las cláusulas de compensación y la tutela del cliente bancario”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 26, Septiembre 1998. Como señala, la compensación puede ser legal o convencional. En el primer caso cita los siguientes supuestos en que el Servicio de Reclamaciones del Banco de España ha resuelto en contra de la entidad bancaria (págs.. 25 y 26): 1) Compensaciones de deuda mediante cargo en cuenta cuya titularidad correspondía a un tercero ajeno a la deuda, gozando el deudor cuyo crédito fue objeto de compensación únicamente de disponibilidad de fondos. 2) Compensación de deuda proveniente de una operación de préstamo con el saldo de la cuenta de un avalista de dicha operación activa, no cumpliéndose en este caso el requisito del art. 1196 1º CC que exige *que cada uno de los obligados lo esté principalmente, y sea a la vez, acreedor principal del otro*. 3) Traspaso entre cuentas por importe superior al necesario para realizar la compensación por cuanto la compensación tiene como efecto extinguir una y otra deuda en la *cantidad concurrente* (art. 1202 CC). 4) Compensación del saldo acreedor de la cuenta de un cliente con cierta deuda en concepto de préstamo que todavía no estaba vencida por cuanto el art. 1196 CC en sus números 3º y 4º exige que *las dos deudas estén vencidas y que sean líquidas y exigibles*. Pero los problemas de protección de los clientes bancarios, como señala FERRANDO VILLALBA, surgen sobre todo en los supuestos de compensación convencional, cuando existe una cláusula de compensación contractual, que permite a la entidad de crédito su realización aun respecto de deudas que no cumplen los requisitos contenidos en el art. 1196 CC, de tal forma, que, amparándose en el principio de libertad de pactos consagrado en el art. 1255 CC, las entidades de crédito incluyen en sus formularios contractuales cláusulas de compensación que pretenden aumentar el grado de autotutela que ofrece la institución, puesto que no se han de cumplir para que opere la misma los requisitos propios de la compensación legal, intentando así evitar los requisitos de vencimiento y homogeneidad de los créditos, exigidos para que sea eficaz la compensación legal.

negociación individualizada) expresiones tales como *cualquiera que sea la forma de disposición de las cuentas*, en cuyo caso sí cabe entender que la misma es contraria a la buena fe y al justo equilibrio de las prestaciones<sup>307</sup>.

Distinto es el panorama si estamos ante personas físicas, empresarios o profesionales, o de personas jurídicas y sociedades mercantiles. Es aquí el campo propicio para este tipo de garantías y por tanto donde se produce el riesgo de posible defraudación frente a terceros (no sólo los ajenos a la obligación garantizada y a la pignoración constituida, sino en el caso de tercero garante no deudor) y del apalancamiento del patrimonio crediticio o dinerario del deudor a favor de un solo acreedor que además no está obligado *per se* a proporcionar nueva financiación.

El riesgo de sobreaseguramiento es evidente e indicios del mismo pueden considerarse desde la afección en garantía de los créditos de la totalidad o cuasitotalidad del patrimonio del deudor, o que los bienes y derechos dados en garantía tengan un valor muy superior a las obligaciones garantizadas, hasta que la constitución de la garantía pretenda limitar la libertad contractual del obligado prohibiéndole o limitándole de forma efectiva el recurso a la financiación de terceros ajenos a las partes.

En nuestro ordenamiento jurídico no existe una norma

---

<sup>307</sup> En esta materia *vide* entre otros a FERRANDO VILLALBA, M.L., “Problemas derivados de la cotitularidad indistinta de cuentas bancarias”, págs. 225 y ss.; y CUÑAT EDO, V. y GONZÁLEZ CASTILLA, F., “La aplicación de la cláusula de compensación en el ámbito de las cuentas con cotitularidad solidaria”, págs. 303 y ss., en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Cizur Menor, 2002.

expresa que ponga límites al sobreaseguramiento. Cabría deducir un principio general en tal sentido de preceptos tales como la necesaria determinación del objeto de los contratos (art. 1273 CC *El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie ...*), la exclusión del arbitrio unilateral de una de las partes contratantes (art. 1256 CC *La validez y el cumplimiento de los contratos no pueden dejarse al arbitrio de uno de los contratantes*), e incluso en aplicación de los límites generales de la autonomía de la voluntad (art. 1255 CC *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral ni al orden público*).

Únicamente encontramos como norma que prohíbe pactar garantías con un valor significativamente superior al importe de la obligación asegurada el precepto citado del Texto Refundido de la Ley General para la Defensa de Consumidores y Usuarios a cuya referencia anterior nos remitimos.

En cierta medida podría entenderse que el RD Ley 5/2005<sup>308</sup> en sede de garantías financieras acoge una regla legal tendente a la adecuación entre el valor de la obligación y de la garantía constituida. Así el art. 10 prevé la posibilidad de pactos para restaurar tal equilibrio (*Las partes podrán pactar que, en caso de variaciones en el precio del objeto de la garantía o de la cuantía de las obligaciones financieras principales inicialmente pactadas, habrán de aportarse y, en su caso, y cuando así se pacte,*

---

<sup>308</sup> Así lo considera GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit.* *La prenda...* pág. 76, nota 1.

*devolverse, nuevos valores o efectivo, para restablecer el equilibrio entre el valor de la obligación garantizada y el valor de las garantías constituidas para asegurarla. En tal caso, dichos valores o efectivo tendrán la consideración de parte integrante de la garantía inicial y serán tratados como si hubieran sido aportados de manera simultánea a la aportación del objeto inicial de la garantía financiera*)<sup>309</sup>. Y el art. 13 bajo el epígrafe *Salvaguarda de los intereses de las partes y de terceros* establece: una llamada general a las buenas prácticas comerciales lo que no es sino una aplicación concreta del principio de la buena fe contractual (*El derecho de sustitución o disposición de una garantía, la ejecución de una garantía, las aportaciones de garantías complementarias, las aportaciones de garantías equivalentes y las liquidaciones por compensación se habrán de llevar a cabo de manera que tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta*); deja a salvo la autonomía de la voluntad y la libertad contractual con el límite objetivo del valor actual de mercado (*Para ello, y sin perjuicio de los procedimientos que las partes hubieran pactado, las valoraciones y cálculos necesarios se habrán de ajustar al valor actual de mercado de los valores negociables aportados como garantías*); y pretende salvaguardar la restitución, caso de ejecución, del sobrante una vez satisfecha la deuda garantizada (*En todo caso, el sobrante que resulte, una vez satisfecha la deuda correspondiente, se reintegrará al garante*).

---

<sup>309</sup> Es destacar que la redacción vigente a partir de la modificación operada por la Ley 7/2011 de 11 de abril establece la bidireccionalidad de tal reequilibrio. En la redacción originaria hablaba de *habrán de aportarse nuevos valores o efectivo, para restablecer el equilibrio* y en la vigente se añadió *y, en su caso, y cuando así se pacte, devolverse, nuevos valores o efectivo, para restablecer el equilibrio*.



Sin embargo tampoco cabe decir que tales reglas tiendan a prevenir el sobreaseguramiento, sino más bien a solucionar los imprevistos que en la valoración pueden sufrir las garantías más o menos duraderas. En realidad tales prevenciones suelen aparecer en la práctica a través de pactos entre las partes que prevén modificaciones sobrevenidas en la relación inicial entre el valor pignorado y la obligación asegurada, pudiendo atribuir al acreedor pignoraticio la facultad de exigir imperativamente el reequilibrio si se producen devaluaciones en el valor de los derechos pignorados.

b) Requisitos de determinación.

A priori debe exigirse una adecuada delimitación de las obligaciones futuras garantizadas, lo que por otra parte no deja de ser un requisito general, el de la determinación, respecto de la obligación asegurada por la pignoración ( así, si bien el art. 1271 CC como vimos admite que puedan ser objeto de contrato todas las cosas que no estén fuera del comercio de los hombres, aun las futuras, el art. 1273 CC añade que el objeto de todo contrato *debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie*, la indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato *siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes*). De lo contrario, y teniendo en cuenta que las garantías específicamente constituidas sobre determinados bienes y derechos, van a mermar la garantía genérica que brinda el patrimonio del deudor, lo que vendrá a limitar las posibilidades de cobro de terceros acreedores, distintos del garantizado, podría suponer que la garantía, en nuestro caso la pignoración, supusiera una sujeción sin límite temporal y por un

importe indeterminado en cuando a los créditos futuros que quedan garantizados

Son diversos los criterios<sup>310</sup>, que pueden utilizarse para la determinación de las obligaciones futuras garantizadas:

1.- La identidad de las partes de la relación obligatoria. En supuestos tales como garantizar todos los créditos que nazcan de las relaciones negociales entre acreedor y deudor, lo que es frecuente en la práctica bancaria donde empiezan a generalizarse las llamadas *cláusulas de globalización* o de *prenda global* y que seguidamente examinaremos.

2.- Criterios objetivos referidos a la tipología de los créditos asegurados.

3.- Temporales, como los casos, también frecuentes en la práctica en que los créditos garantizados derivan de contratos de suministro entre operadores mercantiles o contratos de arrendamiento, donde las obligaciones aseguradas son las de pago de las mercancías suministradas o las rentas,

4.- O cuantitativos, estableciendo una cifra máxima de responsabilidad.

En este último sentido se viene considerando que al igual que ocurre con la hipoteca global, es preciso fijar un máximo de

---

<sup>310</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit.* “La prenda...”pág. 81. Vide también MALO CONCEPCIÓN, J.V., *opus cit.* “Prenda de participaciones en fondos ...”, pág. 226, *En cuanto a la validez de la prenda “omnibus”, que garantice no sólo obligaciones concretas sino también cualesquiera otras obligaciones entre el cliente y la entidad crediticia hay que pronunciarse afirmativamente, resultando discutible la necesidad de una expresa determinación cuantitativa de la responsabilidad pignoratícia y de la naturaleza estrictamente bancaria y limitada al tráfico habitual de las relaciones que la originen.*

responsabilidad dado que la prenda es un gravamen que daña las expectativas de terceros acreedores<sup>311</sup>.

Esta exigencia en la fijación de un máximo de responsabilidad es aplicable ya sea pignorante el propio deudor ya sea un tercero, aunque en este último caso es todavía más evidente tal exigencia; y lo mismo cabe predicar para el caso de que un tercero adquiriera posteriormente el crédito pignorado.

Igual que en la duración *a priori* indeterminada de la extensión de la garantía pignoraticia a los créditos futuros, la necesidad de la determinación de tal máximo de responsabilidad viene a ser una exigencia de la buena fe contractual, como en cualquier caso de garantía flotante, impidiendo que el acreedor pueda prevalerse de la indeterminación de la responsabilidad máxima (o de la indeterminación temporal como seguidamente veremos) para seguir concediendo crédito al deudor, por considerarse aquel blindado con su garantía, provocando finalmente una situación de insolvencia, en que el resto de posibles acreedores pueden quedar en evidente desventaja. Las similitudes en este punto con otras garantías *globales* como la fianza global son evidentes, y en tal sentido en la jurisprudencia del Tribunal

---

<sup>311</sup> Vide entre otros VEIGA COPO, A., “Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, en *RDBB* número 82/2001, pág. 39; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., en *opus cit. Tratados de los Derechos...*, pág. 272; ALEMANY EGUIDAZU, J., *opus cit.* “La prenda de créditos financieros ...” *RDBB* pág. 75 que señala que *su heteroeficacia (la de la prenda ómnibus) no es absoluta, y como en las hipotecas globales o flotantes, habrá de fijarse un máximo de responsabilidad que evite el detrimento de las expectativas que sobre el patrimonio del constituyente tienen terceros, quedando además al albur del derecho de desistimiento y liberación de pignorante.* AVILÉS GARCÍA, J., en “Contratos de garantía y ampliación del ámbito de aplicación de las prendas de créditos”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo II, Madrid, 2003.

Supremo está asentada la doctrina sobre la exigencia de una cifra máxima de responsabilidad en materia de fianza.<sup>312</sup>

---

<sup>312</sup> Sobre la fianza *ómnibus* puede verse, entre otros a ARIJA SOUTULLO, C., “Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid, 2003.

En cuanto a la jurisprudencia por todas cabe citar la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 2000 (LA LEY 3483/2000): “*Partiendo del principio de autonomía de la voluntad que proclama el artículo 1255 del Código civil y del concepto del contrato de fianza, artículo 1822, y de su regulación relativa a la obligación garantizada como objeto del mismo, se debe admitir, en principio, su validez, ya que no hay norma que la impida y restrinja la autonomía de la voluntad, siempre que: - primero: no se atente a la normativa sobre condiciones generales de la contratación o cláusulas abusivas, tal como aparecen reguladas en las leyes 7/1998, de 13 Abr. y 26/1984, de 19 Jul., modificada por aquélla, no aplicables al caso presente, por ser anteriores a su entrada en vigor; - segundo: la obligación garantizada sea determinada o determinable, lo que significa, no sólo que exista la obligación y se desconozca su importe, sino también que no haya nacido la obligación y pueda nacer en el futuro, quedando determinada o determinable por fijarse --es el caso más frecuente, como el presente-- las partes cuyas relaciones jurídicas hagan nacer las obligaciones que se garantizan y el importe máximo de las mismas; - tercero: se armonice la indeterminación de la obligación garantizada con la fianza con el carácter expreso de ésta, que contempla el artículo 1827 del Código civil de tal manera que sólo se admite la obligación que sea determinable --no la absolutamente indeterminada-- por --como mínimo-- la concreción subjetiva de las partes entre quienes nacerá la obligación y por la concreción objetiva de la cuantía, aunque sólo sea como máximo. CUARTO.- Esta ha sido la doctrina que reiteradamente ha mantenido esta Sala, manteniendo la validez de las obligaciones futuras: la sentencia de 20 Feb. 1987 considera válida la fianza por deudas futuras, de cuantía desconocida e incierta, si bien no cabe reclamar contra el fiador hasta que la deuda sea líquida; la de 10 Feb. 1989 contempla y declara válida la fianza de las obligaciones que deriven de un contrato de arrendamiento de servicios; la de 20 May. 1989 reitera que el fiador sólo viene obligado al pago cuando la deuda es líquida y exigible, partiendo de la validez de la fianza de la obligación futura; la de 29 Abr. 1992 destaca la posibilidad de constituir válidamente fianza por obligaciones futuras e inciertas y de cuantía desconocida y en el caso de autos no admite que tal validez alcance a obligaciones nacidas después de la muerte del fiador; la sentencia de 10 Jul. 1995 declara la validez de una fianza encubierta en un préstamo y dice, literalmente, que la fianza puede llevarse a cabo por cualquiera de las formas que admite el Código civil, lo que no impide que se desarrolle con autonomía cuando las partes así lo convinieren, difuminándose la nota de accesoriedad respecto al contrato principal. En todo caso, son constantes las sentencias que contemplan fianzas de obligaciones futuras sin plantearse siquiera el tema de su validez, que se considera indiscutible y que es práctica habitual en el tráfico mercantil. En definitiva, no hay que olvidar que la amplitud del objeto del contrato no equivale a su indeterminación, ni hay que prescindir del último inciso del artículo 1825 que exige que para la reclamación al fiador, la*

c) Duración de la prenda en garantía de créditos futuros.

La prenda, como por otra parte ocurre con la generalidad de garantías, es accesoria de la obligación principal garantizada (art. 1857 1º CC *Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca: 1º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal*). Sin embargo en el caso de constituirse prenda en garantía de las obligaciones que el futuro se contraigan con el acreedor garantizado, la garantía pignoraticia deviene en la práctica en una relación jurídica duradera e indefinida en el tiempo mientras que la relación subyacente que origina la constitución de la garantía no lo es, ello en el sentido de que, aunque se hayan garantizado créditos que nazcan o puedan nacer en el futuro derivados de la relación entre acreedor garantizado-deudor pignorante, sean por sus relaciones comerciales o por necesidades de financiación futura, nada obliga al deudor a contraer futuras deudas con el acreedor pignoraticio.

Esto es lo que lleva a reconocer al deudor pignorante una suerte de derecho de desistimiento, aproximando la situación a la de un prestador de fianza global<sup>313</sup>.

A fin de obviar este problema es posible pactar al constituir la prenda una duración determinada, lo que no será usual, o una serie de prórrogas automáticas que mantendrán en vigor la garantía prestada en tanto no se denuncie el contrato por alguna de

---

*obligación garantizada esté perfectamente determinada y sea líquida.”*

<sup>313</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., en *opus cit. Tratado de los Derechos...* pág. 273; GARCIA VICENTE, J.R., en *opus cit. La prenda ...* pág. 83.

las partes.

Pero igualmente, y es un caso frecuente en la financiación bancaria, las cláusulas de globalización o prenda global son de duración indefinida o indeterminada, lo cual supone una correlativa pérdida de libertad para el pignorante que pierde capacidad de endeudamiento por tener parte de su patrimonio bloqueado, al quedar indefinidamente sujeto a garantizar deudas futuras.

Es en tales supuestos donde las reglas de la buena fe, llevan a reconocer al pignorante la citada facultad de desistimiento. La no determinación de un plazo determinado de duración de la garantía no puede suponer una vinculación indefinida del garante por lo que se le debe reconocer, aun en el caso de no haberse pactado expresamente, la facultad de desistir o mejor denunciar unilateralmente la vigencia de la prenda; bien entendido que ello no puede suponer que en el instante en que no exista ningún crédito pendiente de vencimiento o pago se extinga de forma automática la prenda por falta de obligación asegurada en virtud del principio de accesoriedad, ya que las cláusulas de globalización o cláusula *omnibus* subsisten aunque no existan actualmente créditos, mientras no sea cancelada por desistimiento, mutuo acuerdo de las partes o, si se hubiese pactado, la llegada del término pactado para la extinción de la garantía.

Esta facultad de desistimiento implica que las obligaciones aseguradas con la prenda serán aquellas que hubiesen nacido antes del ejercicio de la facultad de desistir, desistimiento que el pignorante debe notificar al acreedor garantizado, dejando de estar

aseguradas únicamente aquellas obligaciones que no se hubiesen contraído ya en el momento en que el desistimiento fuere eficaz frente al acreedor. Ello es comprensible en la práctica por ejemplo en los casos en que la prenda global o cláusula ómnibus esté inserta en una relación de financiación entre una entidad bancaria y una empresa (sea sociedad mercantil o empresario individual) determinada: la pignoración estará vigente en tanto subsistan obligaciones pendientes de la empresa con la entidad financiera, pero nada obliga a la empresa a recurrir a la obtención de crédito con la misma entidad bancaria, con la que además puede haber finalizado toda relación comercial, por lo que, no existiendo ya operaciones pendientes o aun existiendo todavía alguna pero salvando la vigencia de la pignoración para las mismas, el pignorante puede denunciar la garantía en su día prestada que dejará de garantizar operaciones futuras a favor del mismo acreedor.

La operativa expresada debe, no obstante, ser matizada, en el caso de que la prenda por obligaciones futuras tenga como relación subyacente un contrato de tracto sucesivo entre ambas partes, por ejemplo un arrendamiento de local de negocio o nave industrial, en que la prenda constituida lo es en garantía de las rentas que se devenguen en el futuro, o incluso un contrato de suministro de mercaderías que conlleve un pacto de exclusiva durante un período determinado. En estos casos es evidente que, en cuanto subsista la relación jurídica subyacente que une a las partes y de la que nacen los créditos garantizados, no puede desistirse unilateralmente de la garantía por parte del pignorante, éste deberá o bien esperar a la finalización de la relación jurídica bilateral de la

que trae causa la garantía o resolver ésta, con las consecuencias que se deriven de la misma (como por ejemplo penalizaciones por desistimiento unilateral antes del plazo determinado), antes de proceder a la extinción unilateral de la prenda constituida.

En cualquier caso, y fuera de los supuestos en que la relación de que deriven los créditos futuros, sea determinada en el tiempo (en el ejemplo anterior el contrato de arrendamiento de local de negocio), siempre será problemático determinar cómo puede el pignorante en una cláusula *omnibus* asegurar que no existen créditos u obligaciones pendientes, y en base a ello pedir la cancelación de la garantía. Las posibilidades son dos: o bien debe ser el propio deudor el que acredite que no se han contraído nuevas obligaciones con el acreedor, o bien entender que la carga de probar que todavía existen créditos no extinguidos y cubiertos con la garantía corresponden al acreedor. Partiendo del carácter *accessorio* de la garantía prendaria respecto de la obligación asegurada y de los criterios generales sobre prueba recogidos en el art. 217 2 y 3 de la Ley 1/2000 de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (2. *Corresponde al actor y al demandado reconviniendo la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se desprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvencción. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido, la carga de probar los hechos que conforme a las normas que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior*), y teniendo en cuenta que lo que se debe acreditar no es la extinción de la garantía *per se* sino desistir de la misma por inexistencia de obligación



asegurada (principio de accesoriedad), tal acreditación debe recaer en el acreedor caso de que pretenda ejecutar la garantía sobre obligaciones existentes ya nacidas en el momento del desistimiento; de lo contrario, imponer al pignorante el deber de acreditar tal inexistencia, supone exigirle una *probatio diabólica* sobre un hecho negativo cual es el no nacimiento de obligaciones aseguradas en el momento de formular el desistimiento. Eso sí, debe exigirse del pignorante la necesidad de realizar al acreedor una notificación del hecho del desistimiento unilateral, y en tanto esta no se produzca, la garantía debe subsistir para cualquier obligación que nazca en dicho ínterin.

D) *Pluralidad de créditos gravados.*

Puede darse la situación de que sean varios los créditos pignorados en garantías sin establecer una afección individualizada de cada uno de ellos, es decir, sin determinar al constituir la pignoración la parcela de responsabilidad de cada uno de los créditos gravados.

Dice a estos efectos el art. 1860 CC que *La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor.*

*No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo.*

*Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en*

*perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos.*

*Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito.*

*El deudor, en este caso, tendrá derecho a que se extinga la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.*

En sede de hipoteca inmobiliaria, caso de constituirse hipoteca sobre varios inmuebles en garantía de una deuda, la regla general es la necesaria distribución de la responsabilidad entre cada uno de ellos. Así, el art. 119 LH exige que cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder. Caso de que la finca hipotecada se divida en dos o más, no se distribuirá entre ellas el crédito hipotecario, sino cuando voluntariamente lo acordaren el acreedor y el deudor, pero no verificándose esta distribución, podrá repetir el acreedor por la totalidad de la suma asegurada contra cualquiera de las nuevas fincas en que se haya dividido la primera o contra todas a la vez (art. 123 LH) y según el art. 125 LH cuando sea una la finca hipotecada, o cuando siendo varias no se haya señalado la responsabilidad de cada una, por ocurrir el caso previsto en el art. 123 LH, no se podrá exigir la liberación de ninguna parte de los bienes hipotecados, cualquiera que sea la del crédito que el deudor haya satisfecho. Hay que hacer no obstante una precisión a tal régimen de distribución de responsabilidad, y es que, la determinación de la parte de que responde cada finca no supone una división del crédito, por cuanto, mientras no haya terceros, el acreedor que haya ejecutado una de

las fincas garantizadas puede dirigirse contra las demás fincas que quedan sujetas a repetición por el importe no cubierto del crédito garantizado tal y como resulta del art. 121 LH (*Lo dispuesto en el artículo anterior se entenderá sin perjuicio de que, si la hipoteca no alcanzare a cubrir la totalidad del crédito, pueda el acreedor repetir por la diferencia contra las demás fincas hipotecadas que conserve el deudor en su poder; pero sin prelación, en cuanto a dicha diferencia, sobre los que, después de inscrita la hipoteca, hayan adquirido algún derecho real en las mismas fincas*).

Por el contrario, en el supuesto de la prenda ordinaria de créditos, caso de pluralidad de créditos gravados, no hay norma expresa que imponga la distribución entre los mismos del importe de la obligación asegurada.

Para la prenda ordinaria de créditos la distribución de responsabilidad entre los varios créditos gravados es disponible por la voluntad de los contratantes, como se deduce de los dos últimos párrafos del art. 1860 CC. En consecuencia todos los créditos pignorados responderán del importe total del crédito garantizado sin que pueda solicitarse la liberación parcial del gravamen en tanto no se haya satisfecho íntegramente el crédito garantizado.

### **III. CUESTIONES FORMALES EN LA PRENDA DE CRÉDITOS.**

#### **1. Generalidades.**

Como ya dijera CASTÁN<sup>314</sup>, refiriéndose a la prenda en general, la misma puede ser considerada como *derecho real* ya constituido, o como *contrato* en virtud del cual se constituye aquel. El modo más corriente de constitución de la prenda es precisamente el contrato, tanto es así, que en referencia a la prenda ordinaria su regulación viene recogida por nuestro Código civil en sede de contratos.

Cabe plantearse si es posible la constitución por acto unilateral o por disposición de última voluntad.

Lo primero, esto es la constitución unilateral, no parece admisible en nuestro derecho toda vez que se requerirá el concurso del acreedor para atribuirle las facultades necesarias para el control del crédito dado en garantía (en forma análoga al traspaso posesorio de la prenda sobre cosas corporales); no cabe la aplicación analógica de la hipoteca unilateral (art. 141 LH<sup>315</sup>) pues esta es una figura excepcional. De encontrarnos una prenda constituida unilateralmente deberíamos reconducirla a una promesa de prenda. Dispone el art. 1862 CC que *la promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que*

---

<sup>314</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t. II, V. segundo, Madrid, 1988, pág. 505.

<sup>315</sup> Art. 141 LH: *En las hipotecas voluntarias constituidas por acto unilateral del dueño de la finca hipotecada, la aceptación de la persona a cuyo favor se establecieron o inscribieron se hará constar en el Registro por nota marginal, cuyos efectos se retrotraerán a la fecha de la constitución de la misma.*

*Si no constare la aceptación después de transcurridos dos meses, a contar desde el requerimiento que a dicho efecto se haya realizado, podrá cancelarse la hipoteca a petición del dueño de la finca, sin necesidad del consentimiento de la persona a cuyo favor se constituyó.*

*incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no les pertenecen*<sup>316</sup>.

Por lo que refiere a los actos de última voluntad, la solución suele admitirse por la doctrina exigiéndose capacidad para testar (que recordemos y por excepción se tiene con la edad de 14 años *ex art. 663 CC* salvo el testamento ológrafo que exige mayoría de edad *ex art. 688 CC*). La prenda vendrá a ser una carga para los herederos y el beneficiario un legatario. Lo discutido es cuando produce sus efectos frente a terceros. En teoría caben dos posibilidades: o bien entender que produce sus efectos desde la muerte del testador<sup>317</sup> o que por el contrario requiere que el heredero desarrolle una actividad conducente a la constitución de la misma<sup>318</sup>.

---

<sup>316</sup> Señala GUILARTE ZAPATERO, V., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (Dir. Albaladejo) tomo XXIII, Madrid, 1990, pág. 485, que *ciertos autores en la doctrina italiana se muestran partidarios de la admisibilidad de este modo de constitución de la prenda por acto unilateral inter vivos, entendiendo que debe ser de aplicación al caso por vía analógica el artículo 2.281 del Código italiano, que, como nuestra Ley Hipotecaria, proclama la validez de la constitución unilateral de la hipoteca, pues en ambos supuestos concurre la misma ratio. En tal sentido GORLA destaca la importancia del problema respecto de la prenda de créditos y de otros derechos (...) Frente a tal criterio se alega, exactamente, a mi juicio, que la norma que sanciona la validez de la hipoteca constituida unilateralmente tiene carácter excepcional, no admitiendo por lo mismo aplicación analógica, y que la promesa unilateral sólo produce efectos en los casos previstos por la ley.*

<sup>317</sup> En nuestro derecho señala GUILARTE ZAPATERO, V., *opus cit.*, pág. 485, que ALBALADEJO considera que aceptada la herencia por el heredero, adquirirá el acreedor el derecho de prenda desde la muerte del testador (en base al art. 882 CC), sin necesidad de aceptación ni de que le sea entregada la cosa gravada.

<sup>318</sup> Es más prudente mantener que la prenda se entenderá constituida respecto de terceros desde que el heredero cumpla con todos los requisitos previstos para una garantía de tales características, toda vez que las garantías reales suponen alterar la *par conditio creditorum*, y defender que la prenda produjera efectos sin necesidad de aceptación desde la muerte del testador, permitiría al deudor modificar las garantías comunes de los acreedores de forma

En cualquier caso, lo anteriormente expuesto será un supuesto excepcional, difícil de encontrar en la práctica, siendo la norma a la hora de constituirse la prenda sobre un crédito que se realice por actos inter vivos. Y si la prenda de créditos, como garantía real que es, tal y como hemos defendido, permite al acreedor “ejecutar” el crédito con independencia de quien sea su poseedor, tendremos que convenir que las personas implicadas o que puedan resultar afectadas por la pignoración del crédito son:

1.- Las partes propiamente dichas, esto es, el acreedor garantizado y el deudor pignorante (que a su vez es acreedor del crédito pignorado).

2.- Un tercero impropio, esto es el deudor del crédito pignorado.

3.- Y los terceros propiamente dichos, esto es, todos aquellos distintos de los anteriores a los que puede afectar la pignoración. Fundamentalmente se pueden citar los acreedores del acreedor pignoraticio (cuyo interés puede estar en el embargo o traba de los créditos cedidos en seguridad de su propio crédito), los ulteriores cesionarios o acreedores pignoraticios que adquieren su derecho del concedente de la garantía, los cesionarios a título total o parcial de los créditos ya pignorados con anterioridad que lo sean por cualquier causa jurídica hábil para transmitir la titularidad de crédito y en general en caso de concurso del pignorante todos los demás acreedores del mismo que se incluyan en la masa pasiva del concurso y respecto de los cuales se pretenda hacer valer la preferencia singular sobre el crédito (que podría ser nacedero después de la declaración de concurso) o incluso la compensación posterior a la declaración como mecanismo de ejecución de la

---

oculta mediante vínculos que nacería después de su muerte.

garantía.

Sobre la base de estos distintos sujetos, las cuestiones formales que plantea la constitución de una prenda de crédito son fundamentalmente cómo se perfecciona entre acreedor y deudor, qué valor ha de darse a la notificación de la prenda al deudor del crédito pignorado, y respecto de los terceros cuáles son los requisitos para la oponibilidad y eficacia frente a los mismos, en concreto la exigencia o no de documentación pública, y la posible inscribibilidad de la prenda sobre créditos. Examinaremos cada uno de estos aspectos por separado.

2. Perfección y nacimiento de la pignoración entre acreedor y deudor del crédito garantizado.

Partiendo de la distinción ya apuntada entre contrato de prenda y derecho real de prenda, viene considerando la doctrina que la prenda de créditos en nuestro derecho es válida y plenamente eficaz entre el acreedor pignoraticio y el pignorante por el mero consentimiento, bastando las declaraciones de voluntad en tal sentido de ambos. Así cabe deducirse del art. 1862 CC (*La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen*), del que cabría inferir que, siempre que no haya terceros implicados, el acreedor podría compeler al deudor al cumplimiento en forma específica y eventual ejecución de la prenda, o en caso de

imposibilidad, a la pertinente reclamación de daños y perjuicios.

De esta manera, y aunque no se recoja expresamente en la regulación de nuestro Código civil, puede distinguirse entre los requisitos necesarios para la perfección del contrato de prenda y para la constitución del derecho real. Como tal contrato, se requerirá de acuerdo con la norma general del art. 1261 CC<sup>319</sup> consentimiento (el del acreedor y deudor del crédito garantizado), objeto cierto (el crédito dado en garantía) y causa (como tal contrato de garantía el aseguramiento de una obligación). Concurriendo estos requisitos será válido y eficaz entre acreedor y deudor contratante (o tercero constituyente de la prenda en garantía de deuda ajena), y ello cualquiera que sea la forma del contrato dejando a salvo lo prescrito con carácter general en el art. 1280 CC. Se aplicaría así el *principio espiritualista* tradicional en nuestro derecho contractual del art. 1278 CC *Los contratos serán obligatorios, cualquiera que se la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez*, con la previsión del art. 1279 CC *Si la ley exigiere el otorgamiento de escritura u otra forma especial para hacer efectivas las obligaciones propias de un contrato, los contratantes podrán compelerse recíprocamente a llenar aquella forma desde que hubiese intervenido el consentimiento y demás requisitos necesarios para su validez*. La referencia antes hecha al art. 1280 CC en la materia que tratamos se concretaría fundamentalmente en los números 4º, 6º y último párrafo (*Deberán*

---

<sup>319</sup> Art. 1261 CC *No hay contrato sino cuando concurren los requisitos siguientes:*

- 1.º *Consentimiento de los contratantes.*
- 2.º *Objeto cierto que sea materia del contrato.*
- 3.º *Causa de la obligación que se establezca.*



*constar en documento público: (...) 4º La cesión, repudiación y renuncia de los derechos hereditarios o de la sociedad conyugal (...) 6º La cesión de acciones o derechos procedentes de un acto consignado en escritura pública. También deberán hacerse constar por escrito aunque sea privado, los demás contratos en que la cuantía de las prestaciones de uno o de los dos contratantes exceda de 1.500 pesetas);* difícilmente puede encajarse un caso de prenda de créditos en cualquiera de los otros supuestos recogidas en el resto de números del artículo en cuestión y por otra parte tanto en nuestra doctrina como en nuestra jurisprudencia es pacífico que el art. 1280 CC no se refiere a ningún tipo de forma *ad solemnitatem*, ni impone una norma valorativa de la prueba, siendo calificada generalmente como forma *ad utilitatem*.

La cuestión es, por tanto, qué requisitos son además necesarios para que del contrato nazca un derecho eficaz y oponible frente a terceros, toda vez que hemos sentado que en la prenda de créditos estamos ante un derecho real de garantía.

3. Eficacia de la prenda frente al deudor del crédito dado en garantía. La notificación de la pignoración del crédito.

A) *Planteamiento de la cuestión.*

Tal y como ha quedado expuesto anteriormente, uno de los temas más controvertidos a la hora de la admisión de la prenda de créditos, ante la ausencia de una regulación específica, fue la de encontrar algún procedimiento equivalente a una *traditio* que colocase al acreedor pignoraticio, al admitir en garantía la

pignoración de créditos, en una posición similar a la que se encuentra el acreedor en el caso de pignoración de cosas corporales<sup>320</sup>. En esta última viene a exigir el desplazamiento posesorio el art. 1863 CC (*Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, se necesita, para constituir el derecho de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo*); tal tradición no exige el Código que tenga que ser forzosamente una entrega material, siendo lo fundamental que la prenda quede bajo la efectiva disponibilidad del acreedor prendario<sup>321</sup>.

Es evidente que, siendo el derecho de crédito la facultad de exigir de una tercera persona, o deudor, un determinado comportamiento dirigido al cumplimiento de la prestación debida, el pignorante debe transferir al acreedor pignoraticio las facultades derivadas del crédito que permitan su conservación, defensa y llegado el caso, la exigencia de su cumplimiento. Con ello se coloca al pignorante en situación de indisponibilidad del crédito dado en garantía, y al acreedor garantizado en situación de ejercer los derechos que le atribuye la garantía caso de incumplimiento de

---

<sup>320</sup> El carácter *antieconómico* de la desposesión ha sido destacado por la generalidad de la doctrina, y llevó a buscar formas de garantía mobiliarias que no implicasen desposesión del pignorante (hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento). Por todos *vide* GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Segunda*, Valencia, 2012, pág. 466, que señala que “*la desposesión que conlleva la prenda asegura el derecho del acreedor, pero impide al deudor contar con un activo productivo, lo que le resta capacidad de generar riqueza. A consecuencia de ello, el Derecho Mercantil no ha dejado de buscar expedientes que permitieran la pignoración de derechos y que eludieran la necesidad de entrega de la cosa, sin menoscabar el derecho del acreedor*”.

<sup>321</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., siguiendo a COVIÁN cita como ejemplos de tradiciones fictas a estos efectos: la entrega de las llaves de una bodega de aceite, vino, o de un local destinado a la cosa; la marca nueva puesta en semovientes cuando por costumbre se los distingua por ese medio, etc. *Derecho Civil español, común y foral*, t. II, vol. 2º, pág. 508.

su crédito. Ocurre que, como hemos visto, la prestación debida depende del comportamiento de un tercero (deudor del crédito pignorado) y como regla general el art. 1527 CC establece que *El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación.* ¿Qué valor se le da a la notificación al deudor del crédito pignorado que tienda evitar un pago liberatorio?

B) *Derecho comparado.*

En algunos ordenamientos jurídicos extranjeros, sobre la base de la regulación expresa que de la prenda de créditos contienen, la doctrina y la jurisprudencia vino a configurar la notificación como elemento constitutivo de la prenda. Así se encuentra en el § 1280 del *BGB* alemán, el art. 2800 del *Código* italiano o el art. 2075 del *Code* francés anterior a la reforma del Derecho Francés operada en 2006.

El Código civil portugués en su art. 681.1 viene a establecer que la prenda produce efectos desde que es notificada al deudor o ha sido aceptada por éste, pero añade que nada obsta a la eficacia de la prenda cuando el acreedor pignoraticio prueba que el deudor tenía conocimiento de la misma. *Prima facie* parece exigir como requisito de la notificación, pero parece más bien, en el caso portugués un requisito de eficacia y no tanto de validez, ya que el tenor del precepto sólo parece inteligible si la pignoración se constituye consensualmente por el mismo contrato<sup>322</sup>.

---

<sup>322</sup> Vide VEIGA COPO, A., en *opus cit.* “Prenda de créditos y negocio...”, pág. 72.

Por el contrario, el Código civil holandés, en su art. 239 permite establecer el derecho de prenda sobre un derecho por acto auténtico o por acto privado registrado, sin notificación, siempre que este derecho exista ya en el momento de la constitución de la prenda o que sea adquirido a continuación a partir de una relación jurídica ya existente en ese momento.

C) *Derecho español.*

A falta de una regulación expresa en nuestro Código civil la doctrina se ha encontrado dividida en este punto. Lo discutido es la función que cumple la notificación de la pignoración de un crédito a estos efectos. Las posibilidades a grandes rasgos son o bien entender que tal notificación es requisito constitutivo de la prenda de créditos, o por el contrario considerar que el efecto traslativo deriva del contrato mismo siendo la notificación una consecuencia del cumplimiento de las obligaciones contractuales.

En el primer sentido se pronuncia la regulación que, de la prenda de créditos, se contiene en el derecho civil catalán, concretamente el art. 569.13.3 del CCCat cuando señala que bajo el epígrafe de los requisitos de constitución 3. *La prenda de créditos debe constituirse en documento público y debe notificarse al deudor o deudora del crédito empeñado.* La literalidad del precepto coloca al mismo nivel la formalización en documento público y la notificación al deudor, con lo que conduce a pensar que ambos son requisitos constitutivos.

En el ámbito del derecho común cabe preguntarse qué funciones puede cumplir la notificación en la pignoración de créditos. Puede atribuírsele una función sustitutiva del traspaso posesorio en la prenda de cosas corporales; puede considerarse un mecanismo de publicidad respecto de los terceros; o bien puede ser una medida de protección o cautela respecto de las facultades atribuidas al acreedor pignoraticio. De lo que no cabe duda es que su finalidad principal es la protección que con ella obtiene el acreedor frente al posible pago que el deudor pudiera hacer al acreedor titular del crédito dado en garantía, pero tal finalidad ¿es tan consustancial que lleve a considerar la notificación requisito constitutivo?

a) Postura a favor de considerar la notificación requisito de constitución.

Un sector doctrinal ha venido considerando que la notificación al deudor del crédito pignorado es constitutiva de la pignoración. Se argumenta fundamentalmente lo siguiente:

1.- Que la notificación cumple, en la pignoración de créditos, una función similar a la desposesión en la prenda de cosas corporales. En este sentido CRUZ MORENO<sup>323</sup> mantiene que si en la prenda corpórea el desplazamiento posesorio se erige como requisito constitutivo del derecho real de prenda, así mismo ha de serlo su equivalente, esto es, la notificación. Se argumenta que la notificación al deudor del crédito pignorado es el medio adecuado para que el acreedor pignoraticio en el caso de la prenda de créditos, se coloque en una posición similar a la que tiene en el

---

<sup>323</sup> CRUZ MORENO, M., *opus cit.* “La prenda...”, pág. 1299.

caso de la prenda de cosas corporales gracias a la desposesión de las mismas por parte del constituyente. De igual forma MANZANARES SECADES<sup>324</sup> más contundente si cabe, señala que tal notificación en materia de prenda de créditos es obligatoria para sustituir el requisito de la puesta en posesión del art. 1863 CC, concluyendo que una prenda de créditos sin notificación al deudor del crédito dado en prenda no existiría como tal derecho real de prenda<sup>325</sup>.

2.- Que la notificación sirve como requisito de publicidad de la garantía que hace reconocible la pignoración frente a otros posibles acreedores del pignorante.

3.- Que presenta una importancia evidente para el acreedor pignoraticio, evitando la extinción del crédito pignorado por el pago liberatorio del deudor de buena fe a su acreedor. En este sentido PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER<sup>326</sup> venían a concluir que la notificación como requisito de la constitución se infiere *por adaptación del art. 1527 CC*.

4.- Que la jurisprudencia, desde la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1997, que supuso el reconocimiento de la posibilidad de la prenda de créditos en nuestro derecho, venía exigiendo del requisito de la notificación como elemento constitutivo de la pignoración por su función análoga al desplazamiento posesorio. La resolución citada en su Fundamento

---

<sup>324</sup> MANZANARES SECADES, A., *opus cit.* “Prenda de dinero y ...”, pág. 1396.

<sup>325</sup> Más modernamente ROMERO MATUTE, B., en *El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, pág. 40, indica que la desposesión del crédito se consigue mediante la notificación al deudor creándose una situación de indisponibilidad del crédito gravado.

<sup>326</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER Y MICÓ, J., anotaciones a WOLF (*Derecho de cosas del Tratado de Derecho civil*, ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLF, M.).

de Derecho 3º decía que *la pignoración del mismo obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio de titularidad efectuado (art. 1527 CC) para que quede vinculado con el nuevo acreedor que ostentará aquella titularidad en garantía de la deuda que el pignorante de la deuda tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro.*

5.- Y que además fue la solución elegida por los Códigos que regularon expresamente la prenda de créditos<sup>327</sup> y es la recogida como vimos por el art. 569.13.3 del CCCat.

Esta es la posición que inicialmente mantuvo la doctrina española mayoritariamente. Podemos citar entre otros a CASTÁN TOBEÑAS<sup>328</sup>, DE IZAGUIRRE<sup>329</sup>, DÍEZ PICAZO y GULLÓN<sup>330</sup>,

---

<sup>327</sup> CRUZ MORENO, M., en *opus cit.* “La prenda ...”, nota al pie (67) pág. 1298, cita en el Derecho alemán a WOLF (*Derecho de cosas del Tratado de Derecho civil*, ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLF, M. Vol. II t. 3º Barcelona 1971), autor que señala que si un crédito, para cuya plena transmisión bastaría el acuerdo (sin forma o formal) entre el cedente y el cesionario, ha de ser pignorado, ese acuerdo no es bastante, y es menester además que el pignorante notifique la pignoración al deudor; y en el Derecho italiano a GORLA (*Pegno, Ipoteca en el Commentario Scialoja/Branca* Bolonnia-Roma 1968) para el que refiriéndose al artículo 2800 del Codice Civile señala que la notificación es requisito constitutivo del derecho de prenda de crédito.

<sup>328</sup> CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho civil español, común y foral*, t.II, vol.2, pág. 516, que señala que al no ser los créditos susceptibles de verdadera posesión, no cabe cumplir el que es requisito esencial para la constitución del derecho de prenda o sea, la entrega del objeto pignorado al acreedor para su posesión; pero de acuerdo con la solución que se adopta en otras legislaciones como ese requisito no tiene otra finalidad que la de producir un estado de hecho que obstaculice la posibilidad de disposición material de la cosa por parte del pignorante puede ser suplido en la prenda de créditos por la notificación del empeño al deudor para que este se abstenga de pagar al acreedor del derecho básico.

<sup>329</sup> DE IZAGUIRRE, J. M<sup>a</sup>, *opus cit.* “Las imposiciones ...”, pág. 202, que da por supuesto que nuestra doctrina confiere a la notificación al deudor elemento formal constitutivo de la prenda de crédito e insiste en que la *pignoración* y la *cesión* de créditos son instituciones distintas.

<sup>330</sup> DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A., *Sistema de*

GUILARTE ZAPATERO<sup>331</sup>, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER<sup>332</sup>, entre otros<sup>333</sup>.

b) En contra de considerar la notificación requisito de constitución.

Por el contrario no comparte la opinión expuesta otro grupo de autores para los que la notificación de la prenda no es una forma de publicidad negativa ni positiva equivalente al traspaso posesorio, entendiendo que en nada mejora la información de los terceros por el hecho de que el deudor cedido sea notificado de la pignoración del crédito<sup>334</sup>.

---

*derecho civil* III, pág. 492, al fundamentar la admisibilidad de la prenda sobre créditos exponen que la indisponibilidad característica de la figura se expone en tal caso mediante su cesión al acreedor pignoraticio y su correspondiente notificación al deudor cedido.

<sup>331</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XXIII, a propósito del art. 1864 CC afirma que cuando la prenda verse sobre derechos no poseíbles ha de acudirse a un procedimiento que, en defecto de la transmisión posesoria, produzca las consecuencias de ésta, especialmente la indisponibilidad del derecho gravado por su titular y por ello entiende que la notificación es un requisito constitutivo, suficiente para que se opere la indisponibilidad del crédito, lo que no releva de la escritura pública del art. 1865 CC para que la prenda tenga efectos frente a terceros.

<sup>332</sup> PÉREZ GONZÁLEZ, B. y ALGUER Y MICÓ, J., en *opus cit.* anotaciones a WOLF (*Derecho de cosas del Tratado de Derecho civil ENNECERUS, L., KIPP, T. y WOLF, M.*).

<sup>333</sup> En general esta era la postura de la doctrina inicialmente partidaria de la admisibilidad de la figura, señalando MALO CONCEPCIÓN, J.V., en *opus cit.* “Prenda de participaciones en fondos ...”, págs. 229-230, que *Mayoritaria y tradicionalmente se ha entendido por la doctrina que es requisito básico para que la prenda quede constituida, cuando nace en virtud de contrato, que la cosa gravada se ponga en posesión del acreedor o de un tercero de común acuerdo. Considerada la prenda como contrato, y no como derecho real, el citado requisito sólo se explica por razones históricas y de respecto a la autoridad del Derecho Romano. La transmisión de la posesión en la prenda de créditos se realizamediante la notificación de la misma al deudor y, en su caso, la entrega del documento en que el crédito conste, llegándose a la idea de que la notificación opera como un requisito constitutivo de la prenda.*

<sup>334</sup> Esta es la opinión de CARRASCO PERERA, A., CORDERO



Finalmente ARANDA RODRÍGUEZ<sup>335</sup> es de la opinión de que la notificación ni es requisito constitutivo ni tampoco sustituye la función de la posesión como requisito de publicidad argumentando que la pignoración de créditos, al igual que la cesión de los mismos, se constituye por el mero consentimiento de las partes sin necesidad de entregas; que tampoco puede considerarse un requisito de eficacia frente a terceros, ya sean estos en sentido amplio del art. 1526 CC, respecto de los que hay que observar la certeza de la fecha de la pignoración, o el tercero cualificado que es el deudor del crédito cedido en el que la notificación exigida por el art. 1527 CC, lo es en sentido amplio entendida como forma de llegar a tener conocimiento de la prenda y que se considera requisito de eficacia de la garantía; tampoco puede considerarse un requisito de publicidad siendo, según ARANDA incongruente asimilar la función de la notificación con la posesión en el caso de la prenda ordinaria por entender que no cabe la posesión de los derechos de crédito y porque la notificación al deudor no implica la indisponibilidad por parte del pignorante.

---

LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de los Derechos ...*, pág. 258, que añaden que mediante la notificación al deudor cedido, el acreedor se asegura que en una determinada medida el pignorante no podrá realizar convenios con aquél que entrañen disposición o extinción del crédito (v. gr. Transacción, renuncia, novación), pero ello no comporta ninguna consecuencia en cuestión de publicidad de la prenda. *Vide* igualmente a ALEMANY EGUIDAZU, J., en *opus cit.* “La prenda de ...” *RDBB*, págs.79-80, para el que la notificación de la prenda al deudor por el cedente-pignorante no es un requisito constitutivo de la prenda de créditos en nuestro Derecho sino un requisito de eficacia para que el deudor cedido quede vinculado con el cesionario-creedor pignoraticio, destruida la apariencia de que el cedente es acreedor pleno del crédito. AVILÉS GARCÍA, J., en *opus cit.* “*Contratos de garantía y ampliación...*”, págs. 1452-1453. VICENT CHULIÁ, F., *opus cit. Introducción al Derecho...*, págs. 1859 y 1850: “*siendo la notificación de la prenda al deudor del crédito pignorado útil para el acreedor —para que el deudor no pueda pagar válidamente al pignorante— pero no requisito esencial o necesario para la constitución del derecho real*”.

<sup>335</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., en *opus cit. La prenda ...* pág 160 y ss, “La prenda ...” en *Cuestiones actuales de las garantías...* pág. 57-59.

Recoge ideas en esta misma línea la Rs. de la DGRN de 18 de marzo de 2008, que si bien parte de señalar que la inexistencia de corporeidad en el caso de los créditos obliga a que de alguna forma se manifieste la desposesión del deudor y para ello surge la notificación de la pignoración al deudor cedido, añade que la misma no alcanza el rango de requisito de constitución de la prenda<sup>336</sup>, sino simplemente lo será de eficacia.

Sobre estos argumentos el valor que se da a la notificación es la de ser requisito de eficacia de la pignoración sólo respecto del deudor, vinculando a éste con el acreedor garantizado a la vez que evita el pago liberatorio al pignorante; y si hasta que se le notifique la pignoración no hay vinculación con el beneficiario de la prenda se debería concluir que, hasta ese momento, no sería efectiva para el deudor del crédito pignorado aunque entre pignorante y acreedor

---

<sup>336</sup> Dice la DGRyN que *la inexistencia de corporeidad obliga a que de alguna forma se manifieste la desposesión del deudor, para lo que surge el instituto de la notificación de la prenda al deudor cedido. Ahora bien, este requisito que tiende a alcanzar, en la medida de lo posible, la publicidad de esa prenda, no adquiere el rango de requisito de constitución de la misma. En otras palabras, dicha notificación es, desde la perspectiva fáctica, útil para el acreedor puesto que si la prenda no es notificada al deudor éste podrá liberar pagando al acreedor primitivo y al acreedor pignoraticio no se le reconocerá legitimación a ningún efecto. Ahora bien, la inexistencia de esa notificación no priva a la prenda constituida de ninguno de los derechos antes analizados. No es, pues, un requisito de constitución, ni de eficacia «erga omnes»; tan es así, que la misma normativa concursal en su artículo 90.1.6.º de la LC en modo alguno exige esa notificación, ni siquiera a los efectos concurrenciales.*

*Y, por ello, la doctrina señala la conveniencia de que en los casos de imposibilidad práctica de desplazamiento posesorio del objeto pignorado por ser éste un intangible, se entregue, al menos, al acreedor pignoraticio la representación documental de tal incorporal, como puede ser el contrato del que se derivan los derechos de crédito pignorados o la libreta que sirve de soporte contable en caso de prenda de cuentas y depósitos bancarios, impidiendo además y de este modo al pignorante la restitución de lo pignorado en tanto la prenda no se libere la prenda por el íntegro cumplimiento de la obligación que garantiza; mas en cualquier caso, y se insiste en ello, tal notificación será útil para el acreedor por motivos fácticos, pero no alcanza el carácter de requisito constitutivo.*

garantizado se hubiese convenido<sup>337</sup>.

B) *Consecuencias de la falta de notificación.*

Sea cual sea la postura adoptada y aun reconociendo que la pignoración está válidamente constituida sin necesidad de notificación al deudor, la inexistencia de la misma, aparte de permitir la posibilidad del pago liberatorio ex art. 1527 CC, produce otras consecuencias indeseadas para el acreedor garantizado. Así:

1.- Se ve privado del derecho a la compensación anticrética del art. 1868 CC y por tanto exigir que el deudor le abone los intereses devengados por el crédito pignorado.

2.- No podría ejercer las acciones tendentes a la conservación del crédito frente al deudor cuando el pignorante fuere negligente o con su actuación activa o pasiva pudiere perjudicar el derecho de crédito pignorado.

3.- Podría incluso perder la posibilidad de ejecutar la prenda a su favor, si, constituida pignoración con posterioridad, éste se notifica al deudor y llega a exigirse el pago del crédito dado en garantía.

Podemos concluir de lo dicho hasta ahora, que las funciones que viene a cumplir la notificación de la prenda de créditos al

---

<sup>337</sup> PAZ-ARES RODRIGUEZ, I., en “Pignoración de cuotas sociales” *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Madrid, 2013, pág. 130, señala que *Actualmente es minoritaria la doctrina que la configura (la notificación) como un requisito esencial, ya constitutivo, ya de oponibilidad, en línea con lo que representa el desplazamiento de la posesión en la prenda posesoria. En la moderna construcción de la prenda de créditos, la notificación no produce más efecto que vincular al deudor cedido con el nuevo titular (prendario).*

deudor del crédito pignorado son básicamente las dos siguientes: de una parte pone en noticia al deudor de que se ha producido una cesión de determinadas facultades derivadas del crédito pignorado por lo que será sabedor de que el pago que pudiere hacer al pignorante no sería liberatorio habida cuenta de que ya no está legitimado exclusivamente para su cobro, en tal sentido se debe traer a colación el art. 1164 CC cuando dice que *El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor*, y, si el deudor del crédito pignorado es sabedor de la pignoración, es evidente que no le es predicable la buena fe; de otra parte, no podrán oponerse al acreedor pignoraticio los acuerdos novatorios o extintivos celebrados con posterioridad celebrados entre pignorante y deudor sin el consentimiento de aquel, tales acuerdos serán válidos *inter partes* pero, no podrán oponerse como excepciones frente al acreedor pignoraticio.

Todo ello deriva de diversos preceptos del Código civil, aparte del citado 1164, encontramos el 1198 (en su párrafo tercero *Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión*), el 1527 (como aplicación concreta en sede de cesión de créditos del pago liberatorio dispone *El deudor que antes de tener conocimiento de la cesión satisfaga al acreedor quedará libre de la obligación*); también encontramos aplicaciones de tal regla en la Ley Hipotecaria, así en el 110 (en su párrafo segundo establece *Conforme a lo dispuesto en el artículo anterior, se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario:(...) Segundo.*

*Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y “quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca”, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil), en el Código de comercio el art. 347 (Los créditos mercantiles no endosables ni al portador, se podrán transferir por el acreedor sin necesidad del consentimiento del deudor, bastando poner en su conocimiento la transferencia. El deudor quedará obligado para con el nuevo acreedor en virtud de la notificación, y desde que tenga lugar no se reputará pago legítimo sino el que se hiciere a éste), en la Ley Concursal arts. 216 y 225 (el primero referido al pago de residentes en el extranjero, El pago hecho al concursado en el extranjero por un deudor con residencia habitual, domicilio o sede en el extranjero, sólo liberará a quien lo hiciere ignorando la apertura del concurso en España. Salvo prueba en contrario, se presumirá que ignoraba la existencia del procedimiento quien realizó el pago antes de haberse dado a la apertura del concurso la publicidad a que se refiere el apartado 1 del artículo anterior; el segundo al pago en caso de deudor declarado insolvente en otro Estado, El pago hecho en España a un deudor sometido a procedimiento de insolvencia abierto en otro Estado y conforme al cual deberá hacerse al administrador o representante en él*

*designado sólo liberará a quien lo hiciere ignorando la existencia del procedimiento. Salvo prueba en contrario, se presumirá que ignoraba la existencia del procedimiento quien realizó el pago antes de haberse dado a la apertura del procedimiento de insolvencia extranjero la publicidad ordenada en el apartado 3 del artículo 221), en la Ley del contrato de seguro el art. 40 (El derecho de los acreedores hipotecarios, pignoratícios o privilegiados sobre bienes especialmente afectos se extenderá a las indemnizaciones que correspondan al propietario por razón de los bienes hipotecados, pignorados o afectados de privilegio, si el siniestro acaeciere después de la constitución de la garantía real o del nacimiento del privilegio. A este fin el tomador del seguro o el asegurado deberán comunicar al asegurador la constitución de la hipoteca, de la prenda o el privilegio cuando tuviera conocimiento de su existencia.*

*El asegurador a quien se haya notificado la existencia de estos derechos no podrá pagar la indemnización debida sin el consentimiento del titular del derecho real o del privilegio. En caso de contienda entre los interesados o si la indemnización hubiera de hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación garantizada, se depositará su importe en la forma que convenga a los interesados, y en defecto de convenio en la establecida en los artículos mil ciento setenta y seis y siguientes del Código Civil.*

*Si el asegurador pagare la indemnización, transcurrido el plazo de tres meses desde la notificación del siniestro a los acreedores sin que éstos se hubiesen presentado, quedará liberado de su obligación), ...*

4. Eficacia de la prenda frente a terceros.

A) *Cuestiones generales.*

Para que la prenda ordinaria produzca efectos contra terceros, el art. 1865 CC impone el documento público (*No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha*).

En el caso específico de la prenda de créditos, la discusión estuvo en la aplicación a la misma de el precepto indicado o el art. 1526 CC que en sede de cesión de créditos dispone en su párrafo primero que *La cesión de un crédito, derecho o acción no surtirá efecto contra tercero sino desde que su fecha deba tenerse por cierta en conformidad a los artículos 1.218 y 1.227*. De los dos artículos indicados el primero se refiere al documento público *Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste. También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros*. Y el segundo, esto es el art. 1227 al documento privado señalando que *La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito 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*.

El punto central de la discusión está en determinar los requisitos necesarios para que los terceros, distintos del deudor

cedido, puedan verse afectados por la pignoración formalizada por el pignorante y el acreedor pignoraticio. ¿Quiénes son estos terceros? Fundamentalmente los otros posibles acreedores del pignorante y cesionarios posteriores que pudieran quedar afectados por la prenda constituida. ¿Y cómo pueden verse afectados? No sólo en la posible *ejecución* de la prenda o *aplicación* del crédito pignorado a la satisfacción del garantizado, sino ya desde el momento de la constitución de la prenda, dado que el acreedor pignoraticio tendrá la facultad de cobrar los intereses que produzca el crédito pignorado ex art. 1868 CC; y si el crédito pignorado vence antes que el garantizado, por el juego de la subrogación real, la prestación en que consista aquél quedará en poder del acreedor pignoraticio, reconvirtiéndose la prenda de créditos en una prenda de dinero o en una prenda regular según los casos. Es evidente pues la importancia que la prenda puede tener respecto estos terceros, de ahí la importancia de determinar los requisitos para que tal eficacia pueda ser efectiva y no generar situaciones de injusticia material manifiesta.

Los autores que negaron la posibilidad de la prenda de créditos en nuestro derecho se inclinaban en general por la aplicación del art. 1526 CC<sup>338</sup>. No faltan sin embargo quienes, como ARANDA RODRÍGUEZ, aun partiendo en sus planteamientos iniciales<sup>339</sup> de considerar que estábamos ante una cesión de créditos con causa de garantía, al defender que la dicha causa modalizaba su régimen jurídico por lo que entre la aplicación

---

<sup>338</sup> Por todos véase la postura de GIL RODRÍGUEZ, J., “La Prenda de derechos de crédito” en *opus cit.*

<sup>339</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La prenda (...), op. cit.*



del art. 1526 o del 1865 CC, se inclinaban por éste último como requisito de oponibilidad respecto de acreedores del pignorante y sucesivos cesionarios. Mención aparte merece la posición de PANTALEÓN PRIETO que como vimos considera que estamos ante una cesión en garantía a la que le es aplicable por analogía lo dispuesto en los arts. 1526.1 y 1527 CC por lo que su eficacia frente a tercero no requiere necesariamente que se instrumenten en documento público<sup>340</sup>.

Al contrario, los partidarios de considerar la *prenda de créditos* verdadera garantía real, venían a exigir el documento público por aplicación de la regla general del art. 1865 CC. Esta venía siendo la posición mayoritaria, especialmente desde el reconocimiento que la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo vino a hacer de la figura de la *prenda de créditos* en nuestro Derecho.

Las dos posiciones doctrinales expresadas quedaban perfectamente definidas en su planteamiento hasta que la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, introduce, al enumerar los créditos con privilegio especial dentro del concurso, un precepto, el art. 90 1 6º que si bien, viene a dar carta de naturaleza como ya expusimos a la figura de la *prenda de créditos*, introduce un elemento que distorsiona el régimen general de constitución de la prenda, en el aspecto que estamos comentando.

Dice el art. 90 1. 6º de la Ley Concursal (en la redacción

---

<sup>340</sup> PANTALEON PRIETO, F., viene manteniendo esta tesis, entre otras, *vide opus cit.* “Cesión de créditos” y “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal” ...

vigente dada por la Disposición final quinta, punto cuatro, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre)<sup>341</sup> que *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 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

---

<sup>341</sup> Recordemos que en su redacción originaria no se mencionaban los créditos futuros y que tras su modificación por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, se añadió el siguiente inciso, que es el modificado por Ley 40/2015, *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.*

B) *Posiciones doctrinales.*

Llegados a este punto, las posiciones que pueden y se han mantenido sobre la cuestión pueden resumirse en las dos siguientes:

a) Admisión en el ámbito concursal y extraconcursal del documento privado de fecha fehaciente.

Una primera postura es considerar que la Ley Concursal supone un cambio consciente y resuelve la discusión sobre la forma de constitución de la prenda de crédito para ser eficaz frente a terceros, decantándose por la aplicación del art. 1526 CC. Desde esta perspectiva se consagraría legislativamente por tanto la posición de PANTALEÓN<sup>342</sup> sobre este tema. Se recuerda, de acuerdo con esta posición, que la misma regla aparecía en el proyecto de CC de 1851 que en su art. 1774 que establecía que *El derecho de prenda (...) no surtirá efecto contra tercero si no consta*

---

<sup>342</sup> Este autor, fiel a la tesis que venía defendiendo, y a propósito de la Propuesta de Anteproyecto de Ley Concursal redactada por A. ROJO FERNÁNDEZ RÍO publicada en el Boletín de Información del Ministerio de Justicia de 15 de febrero de 1996, proponía redacciones para la determinación de los créditos con privilegio especial en la que debería ser la ley concursal, a los efectos que nos interesa defendía las siguientes: *Los créditos garantizados con prenda constituía en documento público, o en documento privado de fecha cierta sobre las cosas o derechos pignorados;* o bien separadamente de la prenda ordinaria añadir *Los créditos garantizados mediante cesión en garantía de créditos u otros derechos instrumentada en documento público, o en documento privado de fecha cierta, sobre los créditos o derechos cedidos en garantía;* o finalmente a la referencia a la prenda ordinaria y cesión en garantía de créditos, suprimir la referencia al documento publico o privado de fecha cierta añadiendo un párrafo indicando que *Para que gocen de privilegio los créditos previstos en los números quinto y sexto del mismo apartado 1, los contratos de prenda de cosas o los de cesión en garantía de créditos o derechos deberán constar en documento de fecha cierta anterior a la fecha de la declaración judicial de concurso.*

*por instrumento público o privado cuya fecha sea cierta (...)*  
*Cuando la cosa dada en prenda sea un título de crédito que conste en escritura pública, o en una inscripción nominativa, no surtirá efecto contra tercero el derecho de prenda, sino desde que se inscriba en el protocolo o registro matriz.*<sup>343</sup>

En igual sentido GARCÍA VICENTE<sup>344</sup> entiende que la Ley Concursal resuelve la cuestión inclinándose, tras la aparición de dicha norma, por la interpretación que defendía la aplicación del precepto indicado, admitiendo el documento privado con fecha fehaciente<sup>345</sup>.

En todo caso ello sólo sería predicable de la pignoración de

---

<sup>343</sup> Este argumento histórico, en cualquier caso, es cuando menos reversible pues si el legislador eliminó la equivalencia, es porque la exigencia de forma pública no se hacía a los solos efectos probatorios. Insistiremos en este punto cuando tratemos sobre la diferencia sustancial entre el documento privado y el público.

<sup>344</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit.*, *La prenda ...* pág. 65 y en “La publicidad registral de la prenda de créditos: el nuevo párrafo tercero del artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Deslazamiento”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 49, CGN Junio 2008 pág 87. Igualmente parece compartir esta opinión VICENT CHULIÁ, F., *opus cit. Introducción al Derecho ...*, pág. 1850, que señala que “para su oponibilidad a terceros, el desplazamiento de la posesión propio de la prenda sobre cosas materiales se consigue mediante documento con fecha fehaciente, indispensable para que el acreedor pignoraticio goce de privilegio en el concurso (art. 90.1.6.º LC...)”.

<sup>345</sup> Vide igualmente AVILÉS GARCÍA, J., que si bien en *opus cit.* “Contratos de garantía y ampliación...” publicado en 2003 (y presumiblemente redactado antes de la publicación de la Ley Concursal) señalaba (pág. 1451) que la opinión mayoritaria se inclina desde hace ya tiempo por reconocer a la forma documental pública el carácter de requisito de oponibilidad de la prenda de créditos por imperativo del art. 1865 CC, posteriormente en *opus cit.* “Concurrencia, oponibilidad y compensación...” *RDBB*, 2004, pág. 230, posterior ya a la publicación de la Ley Concursal considera respecto al art. 90 1 6º que su aceptación de la prenda de créditos, para la que no se exige ni la constancia en documento público ni su notificación al deudor para su validez, supone un paso determinante en el reconocimiento de la figura de la prenda de créditos como derecho real plenamente eficaz frente a terceros desde el momento del consentimiento del acreedor pignoraticio en documento privado con fecha cierta.

créditos no futuros, por cuanto, tras la modificación introducida por la Disposición final quinta de la Ley 40/2015, la prenda constituida sobre créditos futuros requiere documento público.

b) Admisibilidad del documento de fecha fehaciente en el ámbito concursal.

Puede considerarse que la admisión del documento privado de fecha fehaciente, es una excepción a la regla general del documento público aplicable únicamente a los casos de concurso, de manera que sólo dentro del mismo cabría que un acreedor pignoraticio recurriese a la aplicación del art. 1526 CC para gozar de su preferencia invocando fecha cierta no sólo con documento público sino también privado en los casos que marca la ley. En el ámbito extraconcursal regiría la norma de derecho material correspondiente, que a juicio de los defensores de esta tesis, no es otra que la del art. 1865 CC y por tanto el documento público. Abonaría esta tesis el apartado 2 del art. 90 de la LC cuando establece que *Para que los créditos mencionados en los números 1.º a 5.º del apartado anterior puedan ser clasificados con privilegio especial, la respectiva garantía deberá estar constituida con los requisitos y formalidades previstos en su legislación específica para su oponibilidad a terceros,(...)*. Esta remisión al derecho material interpretada a *contrario sensu* vendría a decir que las garantías a que se refieren los números 1º a 5º para producir efectos en el concurso deben estar constituidas con los requisitos previstos en sus normas reguladoras para producir efectos fuera del concurso, luego, si la prenda de créditos, referida en el punto 6º produce efectos en el concurso aunque no esté constituida con los

requisitos de la ley material, quiere decir que los requisitos dentro y fuera del concurso no son los mismos, de lo que cabe concluir que la norma del número 6º respecto de la prenda de créditos es una excepción a la regla general.

Un apoyo a favor de esta tesis es la exigencia de documentación pública para la prenda constituida sobre créditos futuros, acorde con la regla general del art. 1865 CC, que dejaría la posibilidad de la formalización de la prenda en documento privado de fecha fehaciente, reducida a la prenda sobre créditos no futuros y a una excepción concursal. Y lo que dicha excepción vendría a decir es que frente a la prenda sobre cosas corporales o constituida sobre créditos futuros que exige como forma la documental pública ex art. 1865 CC, en el caso de la prenda de créditos no futuros bastaría que constase documentalmente en documento privado de fecha fehaciente para que tenga la condición de privilegio especial, puesto que la fehaciencia de la fecha se podrá discutir y probar ante el juez que conozca del concurso en el examen y graduación de los créditos.

c) Posición crítica.

No falta en la doctrina, ya se siga una u otra posición de las expresadas, quien considera que el legislador ha estado en este punto poco cuidadoso<sup>346</sup> produciéndose un aparente contrasentido que conlleva un círculo vicioso de remisiones imperfectas en expresión CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y

---

<sup>346</sup> Vide ARANDA RODRÍGUEZ, R., en “La prenda de créditos (...)” en *Cuestiones actuales de las garantías ...*, op. cit. pág. 53.

MARÍN LÓPEZ, M.J.<sup>347</sup>. Señalan estos últimos que “la prenda de créditos está privilegiada en el concurso cuando conste en documento con fecha fehaciente. Podía pensarse entonces, por un argumento de mayor a menor, que si la prenda de créditos es eficaz y privilegiada en el concurso sin más requisito que la fecha escrita fehaciente (*cf.* Art. 1227 CC), igualmente bastará con ello fuera del concurso, de manera que para su válida constitución extrarregistral no sería preciso ni el documento público ni la notificación al deudor cedido ni ninguna otra exigencia formal (*v. gr.* Registro). Más no es así, porque el apartado 2 del art 90 (...)”,<sup>348</sup>.

Más crítico es PÉREZ DE MADRID CARRERAS<sup>349</sup> que si bien señala, con buen criterio práctico, que la forma pública se utilizará como forma *ad utilitatem* para evitar las controversias que plantearán los restantes acreedores del concursado, considera que la innovación legislativa responde a un equivocado análisis de la situación legal y jurisprudencial y que además, resulta curioso que frente a la tendencia tan restrictiva de la nueva Ley Concursal sobre los créditos privilegiados (dice la Exposición de Motivos que *la ley reduce drásticamente los privilegios y preferencias del concurso*) se abra paso una preferencia tan ligera. Y es que, como señala PAZ-ARES RODRÍGUEZ<sup>350</sup> la solución no es, ni puede ser, tan simple.

---

<sup>347</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de los Derechos ...* pág. 238.

<sup>348</sup> Vide también ALEMANY EGUIDAZU, J., en *opus cit.* “La prenda de ...” *RDBB*, pág. 80, para quien la cesión de créditos no es un negocio abstracto, sino que adoptará uno u otro tipo negocial según su causa (..) la cesión con causa de garantía recurrirá la forma del negocio que se realice; luego la del artículo 1865 que exige instrumento público para alcanzar dicha eficacia.

<sup>349</sup> PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., en “Notas críticas sobre la prenda de imposiciones a plazo fijo”, *RJN*, Abril-Junio 2004, pág.180.

<sup>350</sup> PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I., en *opus cit.* “Pignoración de cuotas sociales”, pág. 131: *En los arts. 1526 y ss del código civil no se contiene ninguna*

Ciertamente, si en nuestra opinión no era acertada la postura que antes de la ley Concursal admitía el simple documento privado con fecha fehaciente, con el texto de dicha norma no podemos sino afirmar que la opción del legislador ha sido poco meditada. Piénsese que se habría pasado de utilizarse la ausencia de regulación expresa en nuestro Código civil para negar por alguna doctrina la posibilidad de pignorar créditos a permitir, por una referencia contenida en una norma de tipo procedimental como la concursal, a permitir constituir tal garantía libremente sin requisito alguno de forma y publicidad<sup>351</sup>. Como señalan CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J.<sup>352</sup> “sería chocante que una prenda que goza del requisito de la publicidad como la posesoria, requiriese escritura pública solemne y que una prenda oculta, como es la de crédito, se constituyera con heteroeficacia por el simple consentimiento”.

a’) Carácter del documento privado de fecha fehaciente.

Dice el art. 1.227 CC que “La fecha de un documento privado no se contará respecto de terceros sino desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público, desde la

---

*regla especial para una cesión limitada, como es la prenda. Por tanto no es seguro que dicho régimen jurídico sea suficiente para entender inaplicable el art. 1865 del mismo cuerpo legal. Debe insistirse en que el legislador suele ser más exigente, desde la perspectiva formal, en la constitución de derechos reales limitados, especialmente garantías, que en la transmisión dominical pura. En todo caso, no debe olvidarse que la Ley Concursal en su art. 90.1.6 dispone que “si se tratare de prenda de créditos bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar del privilegio sobre los crédito pignorados”.*

<sup>351</sup> GALLEGO SÁNCHEZ, E., *Derecho Mercantil Parte Segunda*, Valencia, 2012, pág. 481, sigue afirmando que “la eficacia frente a terceros deriva de su constancia en documento público (arg. ex arts. 1526, 1218 y 1865 Cciv)”.

<sup>352</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit.*, *Tratado de los Derechos ...* pág. 260.



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”. La fehaciencia de la fecha la determinan tres hechos externos y ajenos al propio documento, a saber:

*1.- desde el día en que hubiese sido incorporado o inscrito en un registro público:* en este caso se producirá la fehaciencia de la fecha desde la de su entrega, debiendo ser el funcionario competente, material y territorialmente, y dado que la norma no hace distinción alguna, se incluirían no sólo los registros de seguridad jurídica (que requieren del documento público como regla general, pues no olvidemos que la autenticidad del contenido de un asiento registral es meramente derivada y sólo puede provenir de la autenticidad del documento público que provoca el mismo), sino que también se incluirían los administrativos;

*2.- desde la muerte de cualquiera de los que lo firmaron:* no sólo de las partes propiamente dichas, sino también la de otros firmantes como testigos;

*3.- desde el día en que se entregase a un funcionario público por razón de su oficio:* entre ellos y fundamentalmente, la presentación en la Oficina Liquidadora del Impuesto sobre transmisiones patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados<sup>353</sup>.

---

<sup>353</sup> Tratándose de la pignoración de un crédito, y fuera de los casos en que se autorice directamente una escritura pública o se intervenga una póliza, cabe plantearse la posibilidad de que el documento contractual privado de la pignoración del crédito se *entregue* a un notario, en cuyo caso la pretensión de la actuación notarial puede dirigirse a una de estas tres posibilidades: *la legitimación de las firmas, la protocolización del documento privado o la elevación a público*. La primera no es admisible toda vez que el art 258 RN señala que *Solo podrán ser objeto de testimonios de legitimación de firmas los documentos y las certificaciones que hayan cumplido los requisitos establecidos por la legislación fiscal, siempre que estos documentos no sean de los comprendidos en el artículo 1280 del Código Civil, o en cualquier otro precepto que exija la escritura pública como requisito de existencia o de eficacia;* y partiendo de la base de la vigencia el art. 1865 CC no es posible la legitimación

Este precepto marca una de las diferencias fundamentales con los documentos públicos. Pues mientras éstos hacen prueba plena sin límites frente a terceros (art. 319 LEC y 1218 CC), la firma de los documentos privados sólo se contará respecto a terceros desde que tenga lugar alguno de los hechos que menciona. Hay que matizar que cuando se habla en la ley procesal de prueba plena lo es en el proceso respecto del titular opuesto en la relación jurídico-procesal, y no en cuanto a tercero, aspecto éste sustantivo y no procesal, lo cual nos lleva a hacer una serie de precisiones:

1.- Que, como indica CORDÓN MORENO<sup>354</sup>, por la colocación sistemática del art. 1227 CC parece deducirse que se

---

de firmas. Respecto de las otras dos pretensiones, su alcance es muy distinto: a la mera protocolización se refiere el art. 215 RN *Los documentos privados cuyo contenido sea materia de contrato podrán protocolizarse por medio de acta cuando alguno de los contratantes desee evitar su extravío y dar autenticidad a su fecha, expresándose en tal caso que tal protocolización se efectúa sin ninguno de los efectos de la escritura pública y sólo a los efectos del artículo 1.227 del Código Civil(...)*. se desprende del tenor del artículo que en el texto del acta el Notario debe consignar que la protocolización se efectúa sin ninguno de los efectos de la escritura pública y sólo a los efectos del artículo 1227 CC es decir, dar fe a la fecha, por lo que en consecuencia, el documento privado protocolizado continúa siendo y carece de los efectos de la escritura pública (no se cumpliría con lo preceptuado en el art. 1865 CC); se distingue de esta forma la mera protocolización del documento privado de la elevación a público del mismo, dado que en este segundo caso, la actividad a desplegar por el Notario debe ser la misma en cuanto al control de la capacidad e interés legítimo de los otorgantes y a la regularidad formal y material del contrato, que en el otorgamiento de una escritura pública; por otra parte, la protocolización no implica reconocimiento alguno en cuanto a la suscripción del documento privado no permitiéndose ningún tipo de reconocimiento de firma del documento entregado al Notario, por ello el diferente criterio existente, restrictivo para el testimonio de legitimación de firmas como señalamos anteriormente y amplio para la protocolización de documentos privados, permitiendo la protocolización incluso de los contemplados por el artículo 1280 CC o aquellos que exijan el otorgamiento de escritura como requisito de validez o eficacia, y ello porque la protocolización no produce ningún efecto sustantivo. De lo dicho se desprende que si el rogante de un acta de protocolización pretende, no el simple hecho de la incorporación al protocolo sino el reconocimiento de la firma que se puso en el documento privado o la modificación o ratificación respecto del objeto o consentimiento del contrato contenido en el documento privado, el Notario deberá denegar la autorización.

<sup>354</sup> CORDÓN MORENO, F., *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Madrid, 1991, t. XVI, Vol. 2, págs. 216 y ss.

refiere a los documentos privados contemplados en el art. 1225 CC, es decir, los documentos que contienen un acto jurídico bilateral o unilateral recepticio, o como señaló la sentencia del TS de 28 de abril de 1970 “expresivos de un acto constitutivo de una obligación que han de estar suscritos por la otra parte contra quien se alegan, o por otra persona en su nombre, y dirigidos a quien los invoca.”

2.- Lo dispuesto en el art. 1227 CC no es aplicable a las partes sino sólo a los terceros, ya que interpretado a contrario sensu, deja en pie la eficacia probatoria que la fecha pueda tener, de acuerdo con la regla del art. 1225 CC, entre las partes.

3.- Que los supuestos que cita el art. 1227 CC para contar la fecha respecto de terceros, no son *númerus clausus*, según a reiterado la jurisprudencia (sents. TS 10 enero 1929, 2 de diciembre 1952, 12 junio 1986 y 11 abril 1988).

4.- Y, finalmente, que en el supuesto de conversión formal de un documento público en privado, en el caso del art. 1223 CC, no debe aplicarse la regla del art. 1227 del mismo cuerpo respecto a la fecha sino el párrafo primero del art. 1218, lo que es más acorde con el espíritu del precepto y la interpretación que la jurisprudencia hace del mismo.

b’) ¿Equivale el documento privado con fecha fehaciente al documento público?

El problema es en gran medida contemplar los instrumentos, públicos y privados, como meros medios de prueba, examinándolos desde una perspectiva exclusivamente procesal, olvidando el distinto alcance que tienen en el tráfico jurídico extraprocesal.

En ocasiones se olvida que existen ciertos institutos jurídicos<sup>355</sup>, que tienen y cumplen una función en el tráfico jurídico que es previa a su utilización como medios de prueba. Y el caso más claro lo encontramos en la llamada prueba documental. Tanto los documentos públicos como los privados cumplen una serie de funciones previas al proceso y diferentes de éste (dado que pueden no llegar a utilizarse nunca como medios probatorios por no originarse un conflicto entre las partes), y ello desde el mismo momento en que nacen a la vida dado que su utilización coincide normalmente con la perfección del contrato y son plasmación de la voluntad contractual de las partes. Lo dicho es aún más evidente en el caso de los documentos públicos que es el título normal y ordinario en que se desenvuelve el tráfico jurídico. Contemplar los documentos públicos sólo desde una perspectiva procesal en cuanto medio de prueba, es desconocer u obviar las restantes funciones que cumple el documento público (referido en concreto ahora al documento notarial), en cuanto que su función fuera del proceso es proporcionar certeza y eficacia jurídica, o dicho en otras palabras proporcionar seguridad jurídica<sup>356</sup>, y uno de los elementos de esa seguridad jurídica en el tráfico extraprocésal, es precisamente el prevenir o evitar la generación de dudas o controversias entre las

---

<sup>355</sup> GARCÍA PARRA, S.E., “La prueba de los contratos”, en *Instituciones de Derecho Privado*, (VVAA, Coord. Delgado de Miguel, J. F.), t. III Vol. 1º Obligaciones y contratos tema 3, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002, págs. 593 y ss.

<sup>356</sup> La seguridad jurídica aparece en general recogida en el artículo 9.3 de la Constitución Española de 1.978 “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos no individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos”. Precepto en el que encuentra su base constitucional la idea de la Fe Pública Notarial como instrumento de seguridad jurídica. En este sentido la conferencia de RODRÍGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, M., publicada en la obra “*La Fe Pública*” editada por la Junta de Decanos de los Colegios Notariales de España, Madrid 1.994, págs. 20 y 21.

partes de un contrato o negocio jurídico y por tanto evitar el nacimiento de un proceso judicial. Sin ánimo exhaustivo se pueden citar así una serie de funciones sustantivas o materiales del documento público ajenas al proceso propiamente dicho<sup>357</sup>:

1.-En el caso de la escritura pública es medio de *traditio* o entrega a efectos de la transmisión de la propiedad y constitución de derechos reales, art. 609 CC ... *La propiedad y los demás derechos sobre los bienes se adquieren y transmiten... por consecuencia de ciertos contratos mediante la tradición...*, art 1.462 .2 CC *Cuando se haga la venta mediante escritura pública, el otorgamiento de ésta equivaldrá a la entrega de la cosa objeto del contrato, si de la misma escritura no resultare o se dedujere claramente lo contrario;* y añade el primer inciso del art. 1464 *Respecto de los bienes incorporales, regirá lo dispuesto en el párrafo 2.º del artículo 1.462.*

2.-Es título ejecutivo en los términos que recoge la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3.-Otorga carácter privilegiado al crédito documentado en escritura pública (art. 1924.3 A CC).

4.-El documento público notarial, sea escritura o póliza intervenida, supone la incorporación del documento contractual a un protocolo de titularidad estatal, secreto y custodiado por el notario, con la consiguiente seguridad que ello comporta.

5.-Es además requisito *ad solemnitatem* para determinados negocios jurídicos y en general *ad probationem* para los recogidos en el art. 1.281 CC.

6.-Es medio de prueba.

---

<sup>357</sup> RENTERÍA AROCENA, A., y PAGOLA VILLAR, I., *La seguridad jurídica contractual, medio de protección del consumidor*. Ponencia española al XXI Congreso Internacional del Notariado Latino. Berlín 1.995.

7.-Y finalmente es título de legitimación en el tráfico jurídico.

Y este carácter de título legitimador deriva de la *autenticidad documental* que tiene el documento público notarial y del que no goza el documento privado. Tal autenticidad, como señala NIETO SÁNCHEZ<sup>358</sup>, produce unos efectos genéricos, propios del documento notarial, que son las presunciones de *veracidad, integridad y legalidad*, recogidas en el art. 17 bis. 2 LN (*Los documentos públicos autorizados por Notario en soporte electrónico, al igual que los autorizados sobre papel, gozan de fe pública y su contenido se presume veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en esta u otras leyes*) y art. 143 3 RN (*Los documentos públicos autorizados o intervenidos por notario gozan de fe pública, presumiéndose su contenido veraz e íntegro de acuerdo con lo dispuesto en la Ley*)<sup>359</sup>.

---

<sup>358</sup> NIETO SÁNCHEZ, J., “Valor jurídico del instrumento público” en *Derecho Notarial* (VVAA Coord. Borrell García, J.), Valencia 2011, págs. 696 y ss.

<sup>359</sup> El sentido de las presunciones indicadas ha sido claramente expuesto por la Dirección General de los Registros y del Notariado entre otras en las Resoluciones de 20 de febrero (LA LEY 2023/2007) y 28 de febrero (LA LEY 3234/2007) de 2007, sentando la siguiente doctrina: *Veracidad* implica que desde la perspectiva de la narración de los hechos y del contenido del acto o negocio documentado el mismo se corresponde con la realidad extradocumental; por ejemplo, que los otorgantes son quienes se dice en el instrumento y que cuentan con capacidad natural y jurídica para la conclusión de lo documentado; que el acto o negocio jurídico concluido es el que es y no otro; que sus elementos esenciales, naturales y accidentales son los reflejados en su clausulado y que, en suma, la realidad extradocumental ha sucedido como se narra y refleja en el instrumento. *Integridad*: supone que el documento no carece de ninguna de sus partes en el sentido de que narra toda la verdad. Por ello un documento no sería veraz si recogiera una parte de la realidad y diera o elevara ésta a rango de totalidad de lo ocurrido. *Legalidad*: como consecuencia lógica de los deberes que imponen al Notario los arts. 17 bis y 24 LN, entre otros, que implican su deber de denegar el otorgamiento pretendido cuando considera que no es conforme al Ordenamiento jurídico. Que una realidad jurídica se presuma conforme a la legalidad implica que su contenido y efectos están ajustados al ordenamiento

Más en concreto, y respecto del valor probatoria documental, el valor del documento público viene recogido en dos preceptos:

1.- El artículo 1.218 del Código Civil *Los documentos públicos hacen prueba, aun contra tercero, del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste.*

*También harán prueba contra los contratantes y sus causahabientes, en cuanto a las declaraciones que en ellos hubiesen hecho los primeros.*

2.- Y el artículo 319 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil *1. Con los requisitos y en los casos de los artículos siguientes, los documentos públicos comprendidos en los números 1º a 6º del artículo 317 harán prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios y demás personas que, en su caso, intervengan en ella.*

El precepto del Código Civil recoge un criterio de valoración de prueba legal o tasada (aun matizada) para los documentos públicos cuya justificación, está en la seguridad del tráfico jurídico.

La eficacia *aun contra terceros* del documento público viene recogida en el apartado primero del art. 1218 CC que atribuye al documento público eficacia aun contra terceros del hecho que motiva su otorgamiento y de la fecha de éste, y en el

---

jurídico. Dicho de otra forma, que el acto o negocio jurídico documentado y por extensión el mismo documento es conforme a la legislación que rige aquel, desplegando por ello unos efectos privilegiados respecto de otros tipos documentales.

apartado 1º del art. 319 de la LEC que le atribuye prueba plena del hecho, acto o estado de cosas que documenten, de la fecha en que se produce esa documentación y de la identidad de los fedatarios, y demás personas que, en su caso, intervengan en ella. Conviene detenerse en cuatro aspectos:

*1.- Hacen prueba (art. 1218 CC) y prueba plena (art. 319 LEC):* La diferencia de texto entre el Código Civil y el precepto de la ley procesal no implica diferencia en cuanto al significado ya que el Tribunal Supremo tiene declarado (por todas cabe citar la sentencia de 6 de mayo de 1993) que en el art. 1218 CC el hacen prueba determina la prueba plena. Y tal prueba plena como señala la sentencia del TS de 4 de febrero de 1986 supone que el documento público aportado además de su legitimidad de origen y fehaciencia de contenido, por sí solo y sin ningún otro elemento demostrativo, y sin precisar interpretaciones o deducciones acredita los contenidos señalados en la ley.

*2.- Aun contra terceros:* Los documentos públicos producen un efecto general de oponibilidad a los terceros en cuanto a la fecha y hecho que motiva el otorgamiento. De hecho la exigencia legal del documento y en concreto la escritura pública deriva precisamente de su eficacia frente a terceros (así en general el art. 1280 CC en su nº 2 y 5º que utiliza expresiones tales como “siempre que haya de perjudicar a tercero” o “haya de perjudicar a tercero”, y en casos concretos como el art. 1526 relativo a la cesión de créditos). Esta oponibilidad a los terceros viene matizada respecto a las contraescrituras por el artículo 1219 CC y respecto a los títulos de dominio y derechos reales sobre bienes inmuebles por



los artículos 609 CC y 32 de la ley Hipotecaria. En cualquier caso, no sólo genera el documento público oponibilidad sino que a la vez produce su “utilidad”, es decir que los documentos públicos producen también efectos en beneficio de tercero, o lo que es lo mismo, en beneficio de los terceros que han procedido confiados en la apariencia documental, quedando a cubierto de una posible tacha de insinceridad o de falta integridad del documento, promovida por las partes.

Ahora bien ¿a qué tercero se refiere la dicción legal?. Cabe distinguir dos tipos de tercero: en un sentido general o vulgar serían aquellos que son totalmente ajenos al documento, respecto de los cuales el documento será un hecho jurídico eficaz pero indiferente; y en un sentido jurídico que serían aquellos para los que el acto documentado no es totalmente indiferente jurídicamente, segundo sentido al que hay que entender referida la dicción legal.

*3.- La fecha (art.1218 CC), fecha en que se produce la documentación, identidad del fedatario y en su caso demás personas que intervienen en ella (art. 319 LEC):* La eficacia respecto a terceros de la fecha, no presenta problema alguna, ya que no cabe otra que la consignada por el funcionario público<sup>360</sup>. Tampoco lo presentan la identidad del fedatario y de los intervinientes, aspectos que no recogía el art. 1218 CC y que añade el art. 319 de la LEC vigente, ya que nunca se ha puesto en duda la constancia por el Notario de los intervinientes en el acto escriturado (salvo claro está la posible impugnación por falsedad o por

---

<sup>360</sup> En tal sentido el artículo 24 de la Ley del Notariado dice que “En todo instrumento público consignará el Notario .... Y el lugar, año y día del otorgamiento”.

suplantación de personalidad) ni mucho menos, la intervención del propio fedatario.

4.- *Hecho que motiva el otorgamiento (art.1218 CC), hecho, acto o estado de cosas que documenten (art. 319 LEC):* Mayores problemas plantea la interpretación de la expresión que utiliza nuestro Código Civil al decir “*hecho que motiva su otorgamiento*” dificultad aumentada aun más, si cabe, por la utilizada por la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil “*hecho, acto o estado de cosas que documenten*”.

NÚÑEZ LAGOS<sup>361</sup>, con referencia a los documentos notariales, trató de determinar ese “hecho que motiva el otorgamiento” definiéndolo como “el hecho unitario que comprende principalmente, la comparecencia, la solemne lectura, hecha en alta voz por el Notario o ante Notario a las partes y, en su caso, a los testigos, que abarca todos los hechos materiales – entregas o daciones- ejecutados o presenciados igualmente por el Notario. También incluye las manifestaciones de las partes hechas o ratificadas durante la unidad de acto”; y en base a esta definición distingue:

a) Hechos provenientes de la actividad del Notario, que se desenvuelve en dos planos, la esfera de los hechos y la del Derecho. En la primera, el Notario da fe de su propia intervención y la de las partes y en su caso de otras personas, del lugar y fecha en que se otorgó la escritura, de los hechos relatados en el documento y que manifiesta haber visto u oído como notificaciones

---

<sup>361</sup> NÚÑEZ LAGOS, R., *Documento auténtico en la casación civil*, Madrid, 1960, pág. 110.

o reseñas de documentos, y de que ha realizado la lectura a las partes y de que éstas han prestado libremente su consentimiento. En la esfera del Derecho, por el contrario, el Notario realiza calificaciones (sobre la capacidad e identidad de las partes, *nomen iuris* del acto, etc.), incluyéndose también aquí las advertencias que por mandato legal hace a las partes para que tengan conocimiento de sus deberes, situación y responsabilidades. Ahora bien estas calificaciones hechas por el Notario no pueden quedar amparadas por la fe pública de la misma manera que la actividad desarrollada en la esfera de los hechos. Esta circunstancia puede llevar a considerarlas como meras conclusiones normativas ajenas al hecho que motiva el otorgamiento del documento público y desprovistas por tanto de fe pública. Sin embargo nos parece más acertada la opinión de NÚÑEZ LAGOS<sup>362</sup> que entiende que engendran una presunción *iuris tantum* de legalidad y así señala que *la fe pública notarial irradia sus efectos en dos capas o estratos del otorgamiento: en la de los hechos (iuxta verum dictum) como manifestación de verdad o de realidad, y en la del derecho como manifestaciones de legalidad (iuxta legem actum). En el primer estrato, el acto documentado por el Notario surte efectos íntegramente mientras una sentencia no declare su falsedad, es decir, mientras no deje de ser instrumento público. En el segundo estrato, el negocio jurídico contenido en la escritura pública es legal y válido iuris tantum mientras una sentencia firme no declare su nulidad.*

---

<sup>362</sup> NÚÑEZ LAGOS, R., *Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, Alcalá de Henares, 1945, pág. 68. Más modernamente vide RODRÍGUEZ ADRADOS, A., *La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, CGN, Madrid, 2003, págs.. 29 y ss.; NIETO SÁNCHEZ, J., *opus cit.* “Valor jurídico del ...”, págs. 705 y ss.

c') Significado de la forma documental pública en la prenda de créditos.

Trasladando los argumentos generales anteriores al caso concreto de la prenda de créditos son diversas las razones que justifican la exigencia del instrumento público. Empezando por la posibilidad de que el crédito pignorado pudiera llegar a convertirse en prenda ordinaria por vencimiento del crédito pignorado antes que el garantizado y la prestación consista precisamente en la entrega de una cosa mueble. Otra razón de peso es la ventaja probatoria del documento público sobre el privado, sobre todo si se tiene en cuenta que la fecha cierta en el documento público persigue salvaguardar el interés de posibles terceros evitando fraudes o simulaciones entre las partes contratantes, y que además, como anteriormente quedó expuesto, tal valor trasciende de lo meramente probatorio y cumple una función de certidumbre y seguridad del tráfico jurídico; el documento público es prueba plena tanto de la fecha del contrato como del hecho que motiva el otorgamiento (ex art. 1218 CC) y ello porque lleva en sí mismo una presunción de veracidad que no tiene el documento privado cuya eficacia probatoria queda limitada ex art. 1227 CC a la fecha, pero no prueba los hechos necesitando de otros medios externos para conseguir la fuerza que sí tiene el documento público.

Por otra parte y como ya sentamos anteriormente, la exigencia de fecha cierta (sea la impuesta para la cesión de créditos en el art. 1526 CC o a la prenda en general en el art. 1865 CC) no es un requisito de forma *ad solemnitatem*, sino que, tanto cesión como prenda, se registrarían por el principio general de libertad de

forma que consagra el art. 1278 CC. Pero entre ambos casos hay una diferencia sustancial, en el caso de la prenda, el contrato se podrá haber perfeccionado *inter partes* pero el requisito de la forma pública no es sólo de oponibilidad a terceros, sino que tal forma documental pública sí que es requisito constitutivo de la prenda como *derecho real* que caso de no cumplirse reduciría la figura en la práctica a la naturaleza de un precontrato de prenda prevenido en el art. 1862 CC. Es más, del tenor de los arts. 1922.2º CC<sup>363</sup> y 320 CCom<sup>364</sup>, se evidencia que la intención del legislador era que la preferencia y privilegio asociados a la prenda se subordinaban a su condición de crédito escriturario, de tal forma que el crédito garantizado con prenda es un crédito privilegiado en primer término porque es un crédito escriturario<sup>365</sup>. Las garantías no pueden tener sustantividad por sí solas, su naturaleza dependerá siempre del acto principal garantizado; sería paradójico que el crédito precisara de documento público para tener una fuerza ejecutiva inmediata, y una deuda derivada de un contrato formalizado en mero documento privado con fecha fehaciente

---

<sup>363</sup> Art. 1922 CC *Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia: (...)*

2.º *Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.*

<sup>364</sup> Art. 320 CCom *El préstamo con garantía de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial, hecho en póliza con intervención de Corredor de Comercio Colegiado o en escritura pública, se reputará siempre mercantil.*

*El prestador tendrá sobre los valores pignorados, conforme a las disposiciones de esta Sección, derecho a cobrar su crédito con preferencia a los demás acreedores, quienes no podrán disponer de los mismos a no ser satisfaciendo el crédito constituido sobre ellos.*

<sup>365</sup> PAZ-ARES RODRIGUEZ, I., en *opus cit.* “Pignoración de cuotas sociales” pág. 125 opina que hoy en día la forma pública tienen una importancia creciente en el proceso formativo de la prenda, por cuanto al ser vehículo para el cumplimiento de los objetivos, funciones o presupuestos del gravamen, que implícitamente se asocian al desplazamiento posesorio, permite fijar con exactitud, y *erga omnes*, el nacimiento del derecho real (y su preferencia) que tiene lugar, desde luego, con el otorgamiento del instrumento público.

podiera gozar de un privilegio de ejecución preferente a otros acreedores sólo por un mero pacto *inter partes* de pignoración. Las posibles excepciones a esta regla, como el antiformalismo que preside la regulación de las garantías financieras en el RD Ley 5/2005<sup>366</sup>, deben ser tratadas como tales excepciones y no extenderse fuera de su ámbito propio de aplicación. Las opciones desregulatorias y antiformalistas, como la aparentemente seguida por la LC, no nos parecen adecuadas desde el punto de vista de la seguridad del tráfico, ni ajustadas a la protección que el legislador trata de brindar en su caso a los consumidores que contratan con entidades bancarias<sup>367</sup>, y no suponen ventaja alguna fuera del manido argumento del ahorro de tiempo y costes, por otra parte completamente falso (*vide ut supra* Cap. 3º II 2. C) a) doctrina STS 12 septiembre 2014)<sup>368</sup>.

---

<sup>366</sup> En este sentido DÍAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS S., en *opus cit.* “Reformas urgentes para ...” que tras afirmar, a propósito de este RD Ley, que *En general, no podemos negar nuestro acuerdo con el objetivo general de (...) reducir los requisitos innecesarios relacionados con la constitución, eficacia frente a terceros, ejecución, y, por otro, proteger el tráfico jurídico frente a supuestos de recalificación o frente a procedimientos de insolvencia y otros procedimientos cuando ello supone un riesgo importante para las garantías, sobre todo, si el ámbito de aplicación de este RDL se circunscribe únicamente a las operaciones en valores negociables o instrumentos financieros, como así debería ser.(...) hay que reconocer que nuestro sistema general de garantías peca de un excesivo formalismo, (...) una eliminación de requisitos no imprescindibles era, sin duda, una medida que, antes o después, había que tomar añaden que No obstante, es esencial que una reforma de tanto calado se lleve a cabo con muchísimo cuidado, ponderando, antes de eliminarlos, los beneficios y ventajas de la supresión de cada uno de los requisitos con las desventajas de dicha eliminación y, sobre todo, entendiendo cuáles son los objetivos y finalidades de cada uno de los requisitos del ordenamiento jurídico y qué limitaciones imponen en el tráfico jurídico.*

<sup>367</sup> Vide entre otros PRADES LÓPEZ, J., “La protección del cliente en las pólizas bancarias” en *La protección de consumidores y usuarios en la contratación bancaria, Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, nº extraordinario, 2014, págs. 167 y ss.

<sup>368</sup> La sentencia del TS de 12 de septiembre de 2014 dice, refiriéndose a la pretensión de la entidad crediticia, que su interés intenta residenciarse en el abaratamiento de costes, pero tal ahorro arancelario en el fedatario público sería a base de sacrificar la función de información, asesoramiento previo, control de

C) *Inscripción de las prendas de créditos.*

El derecho real de prenda, dejando aparte los casos en que cabía la posibilidad de constituir prenda sin desplazamiento sujeta a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, se había concebido siempre como un derecho de constitución extrarregistral.

Sin embargo y como ya vimos al tratar de las normas de derecho positivo, la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, introdujo los párrafos 2º y 3º al art. 54 de la LHMPD, permitiendo la pignoración de créditos sin desplazamiento. Recordemos que dichos números establecen que *Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto.*

*Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto-Ley 5/2005 de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la*

---

la legalidad, fehaciencia y seguridad jurídica, que son funciones que llevan a cabo los notarios, según el art. 1 del Reglamento de la organización y régimen del Notariado -Decreto de 2 de junio de 1944.-, información y asesoramiento previo que, en sede de condiciones generales de contratación, deben prestar a las partes contratantes, sobre todo a la adherente.

*mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles.*

La duda que se planteó de inmediato no sólo en la doctrina sino en el propio tráfico jurídico es si tras dicha norma la prenda ordinaria de créditos (entendida como prenda con desplazamiento) seguía teniendo cabida en nuestro ordenamiento o si, por el contrario, regulaba un nuevo tipo de garantía mobiliaria cuyo objeto era el derecho de crédito y que únicamente podía constituirse bajo la modalidad de prenda sin desplazamiento posesorio.

La cuestión motivó sendas consultas presentadas ante la Dirección General de los Registros y del Notariado por la Asociación Española de la Banca (AEB) y por la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) que fueron contestadas en la Resolución del Centro Directivo de 18 de marzo de 2008. Esta resolución mantiene que el régimen jurídico de la prenda ordinaria y de la prenda sin desplazamiento son distintos, por lo que subsiste la posibilidad de constituir una prenda ordinaria sobre créditos. La DGRN señaló que *“en una primera aproximación, se podría haber deducido que la reforma del artículo 54 de la LHMPD impide que se pueda constituir una prenda ordinaria de créditos. Esa afirmación tendría un cierto sustento en la identidad de derechos y de obligaciones dimanantes de una y otra garantía mobiliaria. A identidad de derechos y de obligaciones entre la prenda sin desplazamiento y la ordinaria, la reforma ulterior del artículo 54 de la LHMPD podría fundar una suerte de interpretación*



*derogatoria tácita de la posibilidad de pignorar con desplazamiento posesorio un derecho de crédito, a pesar de ser un intangible.*

*Pero ya se ha visto que de tales garantías no se derivan idénticos derechos u obligaciones para deudor y acreedor, de donde, sin más, esa interpretación resulta de todo punto inadmisibile, ya que para que tal efecto se pudiera producir, la norma posterior debería regular idéntica materia que la anterior, lo que no es el caso.*

*Además, a idéntica conclusión se llega si se atiende una simple interpretación sistemática de nuestro ordenamiento jurídico, que no se ha visto alterado o modificado en este punto.*

*Tal interpretación sistemática se basaría en las siguientes evidencias:*

*La ausencia de una derogación expresa del artículo 1868 del CCv. Recuérdese que sobre su inciso inicial -«si la prenda produce intereses»-, se elaboró por el Tribunal Supremo la posibilidad de pignorar de modo ordinario créditos.*

*La inexistencia de una derogación de la normativa concursal. Carecería de sentido que la reforma del artículo 54 de la LHMPD conlleva la del artículo 90.1.6.º de la LC; pero lo que tendría aún menor sentido es que, derivándose de las garantías mobiliarias, en general, una determinada preferencia en ejecución singular y universal, si ése hubiera sido el deseo de la reforma no se hubiera modificado el artículo citado de la LC que específicamente se refiere a la prenda de créditos dotando a su acreedor de la condición de singularmente privilegiado, exigiendo sólo un requisito, como es conocido: constancia documental pública.*

*La normativa de Derecho Civil especial; a tal fin debe recordarse como la prenda ordinaria de crédito tiene una regulación sustantiva específica en el ámbito de Cataluña. Así, el apartado tercero del artículo 569-13 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, afirma que «la prenda de créditos debe constituirse en documento público y debe notificarse al deudor o deudora de crédito empeñado».*

*En idéntico sentido, la ausencia de una derogación o afectación al régimen específico previsto del Código de Comercio, del Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, o de la misma normativa de contratación pública, ya sea la todavía vigente, o la Ley 30/2007, de 30 de octubre, que entrará en vigor el próximo 1 de mayo de 2008.*

*Por los argumentos expuestos -existencia de dos garantías mobiliarias con derechos y obligaciones diversas-, así como dada la ausencia de efecto derogatorio alguno, sea de modo tácito o expreso, es preciso concluir que el sentido de la reforma es muy simple: abrir la posibilidad a que se pueda constituir prenda sin desplazamiento de créditos, mas en modo alguno impedir, limitar o menoscabar la posibilidad de prenda ordinaria de tales créditos; y sin que la posibilidad de pignorar créditos sin desplazamiento implique un mejor trato concurrencial a dicha garantía por el hecho de su reflejo tabular, que a la misma prenda ordinaria o con desplazamiento de posesión. Lejos de ello, y como se ha expuesto en el apartado quinto de esta consulta, la concurrencia entre ambas figuras es de fecha, en un caso la del documento público y, en otro, la de la inscripción y no de naturaleza, ya que no es de mejor condición la prenda sin desplazamiento que la posesoria”.*

La DGRN recoge como argumentarlo previo a la conclusión anterior, las características básicas de la *prenda ordinaria de crédito*, haciendo un recorrido sintético sobre lo que venía siendo el criterio general de doctrina y jurisprudencia<sup>369</sup>, pero

---

<sup>369</sup> *La prenda ordinaria, al igual que sucede con la hipoteca inmobiliaria, es un contrato con capacidad de desplegar efectos «erga omnes», si se constituye de modo debido (...) tal constitución (concepto en el que aunaremos los tradicionales de perfección y constitución) exige como paso previo inexcusable la existencia de consentimiento de los contratantes ex artículo 1261 del Código Civil; que la cosa pignorada pertenezca en propiedad al pignorante, sea o no obligado de la deuda cuyo pago garantiza (artículo 1857.2.º del CCv); la plena disposición sobre el bien objeto de pignoración --sea corporal o intangible-- ex artículo 1857.3.º del CCv; la existencia de causa que no es otra que «asegurar el cumplimiento de una obligación principal» (artículo 1857.1.º del CCv) y, para que dicho contrato despliegue la antedicha eficacia erga omnes, la existencia de desplazamiento posesorio, ya se produzca éste a favor del acreedor o de un tercero de común acuerdo (artículo 1863 del CCv) y, lo que es esencial, una forma determinada, esto es instrumento público ya que «no surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de su fecha» (artículo 1865 del CCv).*

*La prenda posesoria así constituida conlleva como efecto inmediato la reipersecutoriedad del objeto pignorado, al quedar éste sujeto al cumplimiento de la obligación principal que garantiza, pudiendo el acreedor pignoraticio, entre otras facultades, desconocer la división de la cosa pignorada antes de la ejecución e, incluso, del vencimiento de la obligación garantizada (artículo 1860 del CCv). Igualmente, y respecto del acreedor pignoraticio, sea o no el depositario del objeto pignorado, su posición le permite ejercer las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para defenderla de cualquier reivindicación o detrimento (párrafo segundo del artículo 1869 del CCv), pudiendo reclamar el abono de los gastos efectuados en la conservación de la cosa gravada (artículo 1867 del CCv) y usar de la cosa dada en prenda, si así se hubiera pactado (artículo 1870 del CCv). Es más, dicho acreedor pignoraticio es titular de un derecho de retención «hasta que se le pague el crédito» (artículos 1866 y 1871 del CCv), teniendo la facultad de extender dicho derecho a aquellas deudas que el deudor contrajere con el acreedor constante la deuda garantizada con prenda (párrafo segundo del artículo 1866 del CCv). Igualmente, el acreedor pignoraticio disfruta de la denominada facultad anticrética (artículo 1868 del CCv), consistente en, como es conocido, la posibilidad de compensar los intereses que produzca la prenda con los que, en su caso, devengue el crédito garantizado.*

*Por último, e incumplida la obligación garantizada, el acreedor disfruta de la posibilidad de ejecutar el bien dado en prenda a través de los procedimientos legalmente previstos, incluida la subasta ante notario (artículo 1872 del CCv y 220 del Reglamento Notarial), lo que obviamente, conlleva una preferencia para el cobro de la deuda garantizada sobre el bien pignorado que atribuye al acreedor la condición de singularmente privilegiado (artículo 1922.2.º del CCv) --posteriormente, se analizará ese régimen concurrencial.*

lo que interesa destacar son que, a juicio de la DGRN, la *prenda posesoria de créditos* y la *prenda sin desplazamiento de créditos* no son dos figuras homogéneas, sino que presentan diferencias en cuanto a los derechos y obligaciones que para las partes derivan de cada una y al distinto valor de la notificación y la inscripción. Así señala respecto de la *prenda de crédito sin desplazamiento de la posesión*:

1.- En relación al deudor, éste no puede enajenar los bienes gravados (art. 4 LHMPD); debe pagar las primas del seguro, si procede éste (art. 6 LHMPD).

2.- En relación al acreedor, carece de facultades anticréticas, de la posibilidad de exigir que el deudor acometa los gastos o deberes de que se trate para evitar perjuicio o detrimento al bien gravado( a lo más, podrá dar por vencido el crédito si el deudor hace mal uso del bien gravado ex párrafo segundo del art. 62 de la LHMPD); podrá comprobar la existencia de los bienes pignorados e inspeccionarlos (ar. 63 LHMPD); el acreedor prendario goza de la preferencia del art. 1922.2.º del CC y de la prelación del 1926.1.º del CC y le atribuye la posibilidad de ejecutar la prenda a través de unos procedimientos determinados.

3.- La prenda sin desplazamiento, a pesar de su reflejo tabular, carece de la facultad de reipersecutoriedad y de oponibilidad de lo inscrito, de la que, al contrario, sí disfruta una

---

*Las obligaciones del acreedor pignoraticio son también conocidas: esencialmente, las de conservación de la cosa gravada con «la diligencia de un buen padre de familia», respondiendo de su «pérdida o deterioro conforme a las disposiciones de este Código» (artículo 1867 del CCv). Obviamente, al estar obligado a adelantar los gastos derivados del coste de conservación de la cosa gravada, el acreedor pignoraticio es acreedor de los mismos, protegido con la preferencia derivada del artículo 1922.1.º del CCv. (...) la prenda posesoria de crédito exige los mismos requisitos que si el bien gravado fuera corporal, otorgando, por tanto, al acreedor pignoraticio de un incorporal los mismos derechos y obligaciones que al que lo es de un corporal...*

hipoteca inmobiliaria o una prenda posesoria de las reguladas con carácter general en el Código Civil.

4.- Finalmente la inscripción (en el Registro de Bienes Muebles competente y en base al pertinente instrumento público, sea escritura o póliza intervenida), es un requisito de eficacia, que no de constitución (art. 3 LHMPD), pues al contrario de lo que sucede con la hipoteca inmobiliaria (art. 1875.1 del CC), en el que la inscripción es un requisito de validez, en la prenda sin desplazamiento es un requisito de eficacia, ya que la ausencia de inscripción *privará al acreedor ... pignoraticio de los derechos que, respectivamente, les concede esta Ley* (párrafo último del art. 3 de la LHMPD).

La modificación que introdujo la norma que comentamos y la doctrina sentada por la DGRN en la resolución estudiada han merecido una crítica diversa<sup>370</sup>. Tal y como señaló CARRASCO PERERA<sup>371</sup> el término *podrán* que utiliza la norma admite dos interpretaciones. De acuerdo con una de ellas los créditos pueden ser objeto de garantía pignoraticia y tal garantía no puede adoptar otra forma, por el carácter incorporal de estos activos que el de

---

<sup>370</sup> Vide entre otros CARRASCO PERERA, A., “Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito (A propósito de la reforma operada por la dips. Final 3ª de la Ley 41/2007)”, en *Diario La Ley*, nº 6867, 23 enero 2008, Ref-D-17; GARCÍA VICENTE, J. R., “La publicidad registral de la prenda de créditos: el nuevo párrafo tercero del artículo 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 49, CGN, Junio 2008; GARCÍA MEDINA, J., “Prenda consensual de créditos”, en *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio (Estudio sistemático y crítico)*, Madrid, 2009. (Ref. LA LEY 8960/2010); PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., “Prenda sin desplazamiento de créditos (A propósito de la Resolución DGRN de 18 de marzo de 2008)”, en *Diario La Ley*, nº 6939, 6 de mayo 2008, Ref. D-143; MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A., “Lapidaria inscripción”, en *Notario del siglo XXI*, Enero-Febrero 2008, nº 17, págs. 156-162.

<sup>371</sup> *Opus cit.* Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales...

prenda sin desplazamiento, de tal forma que la dicción legal, según esta primera interpretación, debía interpretarse en el sentido de que *también los créditos pueden pignorarse conforme al modelo de prenda sin desplazamiento*; la segunda interpretación por el contrario considera que el legislador estaría ofreciendo a los operadores una opción de pignorar créditos conforme al modelo de prenda sin desplazamiento, es decir que la dicción legal lo que significa es que *puede utilizarse también el modelo de prenda sin desplazamiento* para pignorar créditos.

Representativa de la primera interpretación es la opinión mantenida por GARCÍA MEDINA<sup>372</sup>, para el que la Ley 41/2007 cambia el régimen constitutivo de la prenda sobre derechos de crédito. A su juicio la Ley es criticable en el sentido de que no llega a estructurar adecuadamente la inscripción de la prenda de créditos en el Registro de Bienes Muebles pues tal Registro sigue sin ser un Registro jurídico funcional y por la posibilidad que introduce de las segundas prendas, cuestión ésta última que examinaremos en otro lugar; pero a pesar de su deficiencia técnica legislativa, viene a considerar que la inscripción en el RBM de la prenda de créditos es constitutiva de la misma. Su opinión puede resumirse en los siguientes puntos:

1.- La prenda de derechos de crédito formalizada prescindiendo del *ius possessionis* y nacida sin otro requisito que la voluntad de los contratantes notificada al deudor pignorado (lo que llama *prenda consensual*) y que orilla la inscripción en el Registro de Bienes Muebles no debiera caber en nuestro derecho ni antes ni

---

<sup>372</sup> *Opus cit.* Este autor parte de considerar que la *prenda consensual de créditos*, como denomina a la prenda ordinaria de créditos, *posiblemente sea la que presenta, en su conjunto, el destrozo más atroz de la técnica jurídica.*

después de la reforma del art. 54 LHMPD, pues literalmente opina que *repugna al derecho natural y a la razón misma el hecho de que sea admisible la existencia de cargas ocultas sobre los bienes con pretensiones erga omnes y peor aún que un alto Tribunal haya bendecido algunas veces ese atropello.*

2.- Que, y en base a lo anterior, la doctrina de la DGRN en la citada Resolución de 18 de marzo de 2008, es divergente con el mandato expreso de la ley y con su distinción entre *prenda ordinaria* y *prenda sin desplazamiento* pretende consagrar una heterodoxa situación que a su juicio es una interpretación *contra legem*.

3.- La ley 41/2007 vendría, en su opinión, a distinguir dos ámbitos de la prenda de créditos: el primero, el de la prenda sin desplazamiento de derechos de crédito en general, para la que la Ley, en contra de la doctrina de la DGRN, sí exigiría la inscripción registral en el Registro de Bienes Muebles como requisito formal de eficacia constitutiva, de manera que no basta con formalizar el contrato en documento público y establecer un mandato de pago sustitutivo de la posesión (que este autor considera imposible) sino que la prenda de créditos no nace eficazmente si no se inscribe en el Registro de Bienes Muebles; el segundo sería el de la prenda sin desplazamiento de derechos de crédito frente al Sector Público, caso en el que se exigiría, que la Ley, o el correspondiente título de constitución, autoricen su enajenación a un tercero, la inscripción registral y además la notificación certificada efectuada por el registrador responsable del Registro de Bienes Muebles al organismo público deudor del crédito pignorado. Precisamente para GARCÍA MEDINA, en este segundo ámbito, la necesidad de inscripción registral con eficacia constitutiva se deduce de la

dicción legal cuando dice que *Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto*, lo que a su juicio indica que sólo está constituida la prenda cuando llega a manos del registrador que queda obligado a notificar de oficio mediante certificación emitida al órgano de la Administración deudora del crédito pignorado, lo que a mayor abundamiento es para él un nuevo argumento a favor de la necesaria inscripción registral de la prenda de créditos del sector privado para su eficacia constitutiva.

Pero lo bien cierto es que la mayor parte de la doctrina se inclinó por la interpretación contraria. Entre los primeros en comentar la reforma operada en la LHMPD por la disp. final 3º de la Ley 41/2007 estuvo CARRASCO PERERA. Parte de sus argumentos fueron recogidos en la Rs. de la DGRN antes comentada. Este autor da las siguientes razones<sup>373</sup> por las que, a su juicio, debe prevalecer la interpretación de que la prenda sin desplazamiento de crédito es una opción: Porque la prenda de créditos está directamente fundada en normas sustantivas no afectadas por la reforma (entre otras art. 1868 CC y art.90.1.6º LC, o las normas sobre prendas de créditos representados por valores, respecto de las cuales nunca habían sido una prenda sin desplazamiento). Porque sería extraño que sobre créditos no representados por valores no cupiera en España otro tipo de garantía pignoraticia que no fuera la prenda sin desplazamiento, teniendo en cuenta además que los bienes sobre los que pueden

---

<sup>373</sup> *Vide opus cit.* “Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales(...)”, en *Diario La Ley*, nº 6867, 23 enero 2008.



recaer garantías de las reguladas en la LHMPD pueden quedar sujetos a otras garantías (prenda ordinaria, reserva de dominio, *leasing* financiero, transmisión fiduciaria del dominio). Porque en Cataluña es posible pignorar créditos por el procedimiento ordinario sin registro, y no tendría sentido que en el resto de España sólo fuere posible pignorar créditos bajo la forma de prenda sin desplazamiento. Porque el art. 90.1.6º LC concede privilegio especial en el concurso a las prendas de créditos con tal de estar constituidas en documentos de fecha cierta, y es evidente que la disp. final 3ª de la Ley 41/2007 no tiene el propósito de corregir dicha disposición sino crear un doble régimen de validez de las prendas de créditos según el conflicto se presente dentro o fuera del concurso. Y finalmente porque la prenda de créditos estaba ya plenamente reconocida en España por la jurisprudencia y es la garantía real de la que más uso se hace en el crédito comercial, razón por la cual la interpretación exclusivista conduciría a la prohibición de cualquier otra forma de pignoración de créditos distintas de la prenda sin desplazamiento, lo cual no puede concebirse en tales términos por cuanto una norma prohibitiva debería determinar su alcance retroactivo y es claro que la disp. final examinada no lo hace.

Supuesto que la norma viene a establecer una opción cabe preguntarse qué añade a la situación anterior. Sobre todo si tenemos en cuenta que la prenda *ordinaria* constituida en documento público y sin inscripción ya atribuye al acreedor, entre otras, la facultad de retener el crédito o paralizar la extinción por pago mediante la notificación al deudor (por la que en aplicación de los arts. 1164 y 1527 CC deberá retener el crédito sin abonarlo en

detrimento de la prenda), la de hacer suyos los intereses por el art. 1868 CC y la de ejecutar la garantía, con la consiguiente posibilidad de reclamar el crédito y compensar su importe para satisfacer el garantizado.

Frente a ello, la prenda sin desplazamiento como garantía no tiene reconocida por la LHMPD la oponibilidad frente a terceros ni la reipersecutoriedad. Así el art. 56 de dicha ley excluye expresamente el principio de inoponibilidad de lo no inscrito al decir que *La constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignoralados y sin perjuicio de la responsabilidad, civil y criminal, en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen*; nada dice expresamente la ley de la reipersecutoriedad, pero de los arts. 59, 60 y 63 de la LHMPD cabe deducir que, si a pesar de las cautelas previstas para evitar una transferencia de lo pignoralado, ésta tuviere lugar, la adquisición de buena fe prevalecería sobre el derecho registrado. ¿Qué utilidad se puede encontrar pues a la opción señalada por el legislador? A pesar de lo dicho se pueden encontrar ventajas prácticas de esta figura en la posibilidad de pignoralar créditos ya pignoralados, en la mayor seguridad que ofrece al publicitar la prenda de créditos futuros y en la posibilidad de refinanciación a través del mercado hipotecario<sup>374</sup>.

En cuanto a la posibilidad de prendas sucesivas o dicho en

---

<sup>374</sup> PEREZ DE MADRID CARRERAS, V., *opus cit. Diario La Ley*.

otros términos la de pactar pignoraciones hasta agotar las posibilidades del crédito pignorado como fuente de garantía, tal posibilidad, por lo que refiere a la prenda sin desplazamiento, deriva de la modificación del art. 2 LHMPD que con carácter general establece que *Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar. También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho. El presente apartado carecerá de efectos retroactivos.* Los problemas en este caso residen en la necesaria inmovilización del crédito o el control por parte del posterior o posteriores acreedores prendarios, en la concurrencia en prendas sin desplazamiento y ordinarias y en la eficacia que puedan tener los pactos de *non cedendo*, cuestiones que examinamos en sus lugares respectivos.

Por lo que refiere a la posibilidad de refinanciación a través del mercado hipotecario si se acude al expediente de gravar el crédito con prenda sin desplazamiento posesorio, tal posibilidad deriva del párrafo cuarto del art. 8 LHMPD en la redacción dada por la Ley 41/2007 que establece que *Los créditos garantizados con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento podrán servir de cobertura a las emisiones de títulos del mercado secundario* y el art. 26 de la Ley 2/1981 del Mercado Hipotecario dispone que *podrán movilizarse (...) los créditos o préstamos garantizados con*

*primera prenda sin desplazamiento*. Aunque, como señala GARCIA VICENTE<sup>375</sup> la posibilidad de refinanciar se había consagrado en las distintas normas que regulan al titulización de créditos (donde, además no cabe titular cesiones de crédito *pro solvendo*) que en buena medida agotan las opciones de refinanciación y cita RD 926/1998 de 14 de mayo que regula los fondos de titulización de activos y sus sociedades gestoras o la Orden EHA/3536/2005 de 10 de noviembre (respecto a derechos de créditos futuros), normas concebidas desde la protección del inversor siendo que los riesgos derivados de las pignoraciones de créditos se agudizan si se utilizan tales mecanismos.

Y en cuanto a la pignoración de créditos futuros ya vimos que su admisión no era una cuestión específicamente discutida dada la cobertura del art. 1271 CC. Discutiéndose en su caso sus límites. Por lo que se refiere a los mismos, la Ley 38/2011, de 10 de octubre, tal y como vimos, modificó el art. 90 1 6º de la LC, distinguiendo respecto de los créditos futuros, según estuvieran o no inscritos<sup>376</sup> (con lo cual vino a reconocer que la prenda sin desplazamiento es una opción y no la forma exclusiva de constituir garantía sobre créditos), pero lo hizo con una redacción ambigua que introdujo nuevos factores de incertidumbre. La nueva redacción dada por la Ley 40/2015 trata de paliar esta situación con una redacción que además avala expresamente la pervivencia de la

---

<sup>375</sup> GARCIA VICENTE, J.R., *opus cit* “La publicidad registral ....” pág. 99.

<sup>376</sup> Decía el inciso hoy modificado que *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.*

prenda *ordinaria* sobre créditos, pues a propósito de la prenda constituida sobre créditos futuros exige, para que los créditos garantizados gocen de privilegio especial 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*; la utilización de la disyuntiva “o” demuestra que el legislador contempla como distintas la prenda *ordinaria* sobre créditos y la prenda *sin desplazamiento* de créditos. Luego volveremos sobre este tema al tratar de la resistencia de la prenda sobre créditos futuros en el concurso [*ut infra* Cap. 5º 3.B) ].

A consultas del encargado del Registro Mercantil y de Bienes Muebles de Barcelona, la Dirección General de los Registros y el Notariado emitió una instrucción de fecha 12 de mayo de 2012 sobre los problemas organizativos que plantea la inscripción en el “registro público” a que se refiere el inciso final del mencionado art. 90.1.6º LC . En su respuesta la DGRN no entra en la eficacia jurídica, concursal o extraconcursal, de la prenda “ordinaria” o “común” de créditos , si bien llega a especificar en su Fundamento de Derecho Cuarto que el mencionado artículo 90.1.6º LC no es de aplicación, ni a las cesiones de crédito a título de transferencia de dominio, ni a las prendas de derechos de créditos comunes u ordinarias, ni a las garantías financieras a las que se refiere el Real Decreto-ley 5/2005, de 11 de marzo. La Instrucción determina que el registro público al que se refiere el artículo 90.1.6º LC es el Registro de Bienes Muebles por lo que quedarían fuera otras posibilidades como acudir al Registro Público Concursal (entre otras razones porque la finalidad de la norma es distinta del sistema de publicidad-noticia objeto de tal registro), ni

al Registro Mercantil, Registro Civil, especiales para personas jurídicas (como Cooperativas), etc <sup>377</sup>. La redacción vigente del precepto, procedente de la Ley 40/2015, viene a confirmar esta interpretación pues el registro competente, en el caso de prenda sin desplazamiento, es el Registro de Bienes Muebles.

#### IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.

1. En lo referente a las cuestiones de capacidad y legitimación.

1.- Los temas que se suscitan en torno a la capacidad y legitimación al constituir una prenda sobre créditos, son en general los comunes a la constitución de otras garantías reales, por lo que

---

<sup>377</sup> Desde un punto de vista práctico, la Instrucción de la DGRN establece resumidamente lo siguiente: 1.- Registro competente: el Registro de Bienes Muebles del “domicilio del pignorante” si su domicilio está en territorio nacional; si el pignorante tiene su domicilio en el extranjero, el del lugar del otorgamiento del documento público correspondiente; si por ninguna de dichas reglas puede determinarse el registro competente, el registro de Bienes Muebles Central. 2.- La única forma de garantía que será susceptible de inscripción en el Registro de Bienes Muebles será la de la prenda sin desplazamiento. 3.- Créditos futuros susceptibles de ser garantizados con prenda: cita algunos casos, con carácter ejemplificativo y no limitativo (por ejemplo las obligaciones de la entidad cedente frente a la de factoring en el caso de regreso en el factoring denominado impropio); en la práctica cualquier crédito futuro a favor de una persona física o jurídica puede ser garantizado. 4.- En cuanto a los créditos futuros susceptibles de ser dados en garantía, lo pueden ser toda clase de créditos futuros ya sean nacederos de relaciones contractuales existentes en el momento de constituir la prenda, ya lo sean de relaciones jurídicas inexistentes al pignorar pero determinables *a posteriori*. 5.- Los créditos pignorados deberán describirse identificando el acto jurídico básico de que deriven o puedan derivarse, determinándose la identidad del deudor futuro, la relación jurídica de la que nazca el crédito, su cuantía determinada o determinable una vez haya nacido y fecha de nacimiento del crédito. Si se trata de créditos administrativos se debe consignar si se trata de un contrato administrativo, o de una licencia, una concesión o una subvención el organismo concedente, número de expediente o referencia y su fecha. 6.- El título inscribible de conformidad con el art. 3 LHMPD será escritura pública o póliza. 7.- Se practicará un solo asiento cualesquiera que sean los créditos dados en garantía.

habrá que examinar cada caso concreto para ver si se dan los presupuestos necesarios para que el negocio jurídico sea válido.

2.- La regla general es la exigencia de capacidad para disponer (*libre disposición de sus bienes* dice el art. 1857 CC); y en particular, para las personas físicas con capacidad de obrar reducida o limitada, se deberá acudir al régimen legal de las representaciones legales que suplan dicha carencia (patria potestad art. 166 CC, tutor art. 271 CC, menor emancipado art. 323 CC) cuya interpretación en este punto ya ha quedado expuesta. Ahora sólo indicar que la administración en el caso de los padres, debe interpretarse en un sentido amplio y dinámico, y que en cualquiera de los casos las limitaciones deben interpretarse de manera restrictiva.

3.- Si nos encontramos en un supuesto de representación voluntaria, deberemos atender a los límites de dicho apoderamiento que serán siempre objeto de interpretación estricta.

4.- Finalmente, para la representación orgánica se atenderá al régimen jurídico de cada tipo de entidad o persona jurídica. Siendo el más relevante el de las sociedades mercantiles, se puede decir respecto de sus administradores que la pignoración de créditos está dentro de sus facultades, no sólo si es en garantía de operaciones propias, sino también si lo es en garantía de operaciones de otras sociedades, y ello aunque no figure en el objeto social la prestación de garantías a favor de terceros. Más conflictiva es la presencia de la autocontratación cuando un mismo administrador de dos sociedades obtiene financiación para una de

ellas pignorando créditos de la otra; en mi opinión y dada la especificidad que tiene el ámbito mercantil se debería distinguir según fueran sociedades relacionadas o del mismo grupo empresarial (supuesto admitido) o sociedades sin relación alguna (autocontrato prohibido). El primer supuesto debe tomarse con todas las cautelas, en atención a lo prevenido en el art. 126 LSC, por lo que en la práctica, y ante la dificultad de deslindar el concepto de grupo empresarial, se recurrirá a la autorización de la junta general de la sociedad.

2. En lo referente al objeto de la *prenda de créditos*.

1.- Las obligaciones asegurables a través de una pignoración de créditos son las mismas que en cualquier otro tipo de garantías.

2.- En cuanto al objeto mismo de la garantía, el crédito, ya defendimos que tiene las características necesarias para poder pignorarse: ser cosa mueble, estar en el comercio y ser susceptible de posesión. Este tercer requisito, el de la posesión, es sin duda el más discutido, pero debe ser interpretado, a nuestro juicio, desde una óptica *jurídicoeconómica*, de tal forma que, aunque no pueda hablarse de posesión corpórea, el derecho de crédito desde el momento que nace a la vida jurídica tiene una existencia objetiva, de tal manera que no sólo puede contemplarse como la parte activa de una relación obligacional, sino también como un valor patrimonial susceptible de ser objeto de los negocios jurídicos que se realizan en el tráfico sobre las cosas corporales, y en el caso de la pignoración, lograr una posesión *ficticia* manteniendo dentro del



ámbito de poder del acreedor pignoraticio el haz fundamental de facultades que permitan la disposición y conservación del crédito.

3.- En cuanto a los supuestos que nos encontramos en el tráfico jurídico podemos señalar que la *prenda regular de dinero* constituida sobre monedas o billetes determinados se distingue de la *prenda irregular* en que se entrega una cantidad de dinero al acreedor que adquiere su propiedad y que queda obligado a la restitución del *tantundem* caso de cumplimiento; y esta última a su vez se distingue de la pignoración de saldos de depósitos bancarios, en los que lo pignorado es el crédito de restitución. Respecto de estos últimos son frecuentes las pignoraciones de imposiciones a plazo, si bien, y dada su decreciente rentabilidad, en el tráfico económico se han ido sustituyendo por la pignoración de fondos u otros productos de inversión. Junto con la pignoración de productos y saldos bancarios, son frecuentes también la pignoración de derechos de cobro derivados de contratos con la Administración, la pignoración de los derechos de cobro derivados de devoluciones de ingresos tributarios, subsidios o subvenciones concedidas por la Administración, indemnizaciones expropiatorias, y derechos de cobro derivados de contratos sinalagmáticos (arrendamientos, suministros, créditos contra clientes, etc).

4.- Especial relevancia cobran en los últimos tiempos las *prendas globales* y las *cláusulas ómnibus* por las que se pignoran en conjunto créditos presentes y/o futuros en garantía de operaciones presentes y/o futuras, evitando la constitución de garantías *ad hoc* para cada una de las operaciones que se concierten. De éstas podemos señalar:

A) Que son admisibles en nuestro derecho, tanto la prenda de créditos futuros, como la prenda de créditos en garantía de obligaciones futuras, así como las cláusulas *ómnibus* que implican una combinación de ambas.

B) Que son evidentes los riesgos de sobregarantía que tales prendas suponen, por lo que hay que establecer límites en cuanto a la responsabilidad total asegurada y conceder al deudor pignorante una facultad de desistimiento para el caso de que la garantía tenga una duración indefinida.

C) Que en el supuesto de personas o entidades en las que concurra el carácter de consumidor cobra especial relevancia la intervención de notario en la formalización de la operación y en la certificación de saldos debidos caso de ejecución.

### 3. En lo referente a cuestiones formales.

1.- La disparidad de criterios y los factores de incertidumbre introducidos por las sucesivas referencias legales a la prenda de créditos, en ocasiones de apariencia contradictoria, no han impedido que se sigue recurriendo a la pignoración de créditos como forma de garantizar operaciones de financiación a particulares y sobre todo a empresas. Fundamentalmente, por ser, a pesar de todo, uno de los mecanismos de garantía más ágil y sencillo (comparativamente con otros como la hipoteca inmobiliaria). Precisamente es esta última idea que apuntamos, es decir, la búsqueda de una garantía ágil y sencilla, pero a la vez segura para acreedor y posibles terceros afectados, y de coste razonable, la que debe presidir la regulación de la pignoración de créditos. En definitiva, se debe contemplar el tráfico jurídico tal y

como se nos presenta, con sus necesidades sociales y económicas, evitando el riesgo de contemplar tal realidad desde el único prisma de los requisitos formales necesarios para la protección de posibles terceros afectados. No podemos perder de vista que el documento constitutivo es otorgado por las partes y la inscripción es un producto, aun reconociendo su utilidad, meramente derivado. No se piense con ello que se pretende una *sacralización* del documento constitutivo pues lo cierto es que, dada la variadísima tipología de créditos susceptibles de ser dados en garantía y de agentes que intervienen en los mercados de financiación, es muy probable que no sea defendible un régimen único, aunque sí una regulación jurídica general que sirva de derecho supletorio a las distintas regulaciones específicas.

2.- Sobre esta base y siguiendo el esquema anterior podemos sentar las siguientes conclusiones distinguiendo los requisitos formales entre partes, deudor y terceros.

A) *Entre acreedor garantizado y concedente de la garantía, sea el propio deudor o un tercero.*

En este punto creemos que puede defenderse un criterio puramente espiritualista aunque, eso sí, referido únicamente a la eficacia *inter partes*; de esta forma, y en tanto en cuanto en el desenvolvimiento de la garantía no existan terceros afectados, se podrían aplicar los principios generales de la autonomía de la voluntad<sup>378</sup> y de libertad de forma<sup>379</sup>, respetando siempre en primer

---

<sup>378</sup> art. 1255 CC: *Los contratantes pueden establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean*

término los pactos y normas a las que las partes libremente se sometan.

Esta idea teórica no está exenta de problemas prácticos. Debemos tener en cuenta:

a) Que la voluntad de las partes debe quedar bien clara respecto de la pignoración del crédito, pues no son pocos los contratos *privados* (entendiendo por tales los formalizados sin la autorización de notario) cuyo tenor literal permite dudas más que razonables sobre si lo pretendido por las partes es un precontrato o una pignoración en firme, dado que en el primer caso estaremos ante una mera promesa de prenda a la que se aplicaría la norma del art. 1862 CC (*La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda e hipoteca como libres cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen*). La diferencia no es meramente teórica, pues si al formalizar la *promesa de prenda* ésta contiene todos los elementos necesarios para la constitución de la garantía (especialmente la exacta determinación de la obligación para cuya seguridad se pretende la pignoración y la del crédito dado en garantía), el acreedor podrá pedir la ejecución forzosa de la promesa en forma específica y la consiguiente ejecución de la garantía; pero si por el contrario no se encontraban los elementos esenciales de la prenda

---

*contrarios a las leyes, a la moral y al orden público.*

<sup>379</sup> art. 1278 CC: *Los contratos serán obligatorios, cualquiera que sea la forma en que se hayan celebrado, siempre que en ellos concurran las condiciones esenciales para su validez.*

perfectamente delimitados, hasta tal punto que sea inviable la ejecución en forma específica, sólo cabría la indemnización de los daños y perjuicios causados al acreedor (*ex arts. 708.2 y 709 LEC*<sup>380</sup>).

b) Que, respecto a la facultad de *compelerse recíprocamente*

---

<sup>380</sup> Art. 708. Condena a la emisión de una declaración de voluntad.

(...) 2. Si, en los casos del apartado anterior, no estuviesen predeterminados algunos elementos no esenciales del negocio o contrato sobre el que deba recaer la declaración de voluntad, el tribunal, oídas las partes, los determinará en la propia resolución en que tenga por emitida la declaración, conforme a lo que sea usual en el mercado o en el tráfico jurídico.

Cuando la indeterminación afectase a elementos esenciales del negocio o contrato sobre el que debiere recaer la declaración de voluntad, si ésta no se emitiera por el condenado, procederá la ejecución por los daños y perjuicios causados al ejecutante, que se liquidarán con arreglo a los artículos 712 y siguientes.

Artículo 709. Condena de hacer personalísimo.

1. Cuando el título ejecutivo se refiera a un hacer personalísimo, el ejecutado podrá manifestar al tribunal, dentro del plazo que se le haya concedido para cumplir el requerimiento a que se refiere el artículo 699, los motivos por los que se niega a hacer lo que el título dispone y alegar lo que tenga por conveniente sobre el carácter personalísimo o no personalísimo de la prestación debida. Transcurrido este plazo sin que el ejecutado haya realizado la prestación, el ejecutante podrá optar entre pedir que la ejecución siga adelante para entregar a aquél un equivalente pecuniario de la prestación de hacer o solicitar que se apremie al ejecutado con una multa por cada mes que transcurra sin llevarlo a cabo desde la finalización del plazo. El tribunal resolverá por medio de auto lo que proceda, accediendo a lo solicitado por el ejecutante cuando estime que la prestación que sea objeto de la condena tiene las especiales cualidades que caracterizan el hacer personalísimo. En otro caso, ordenará proseguir la ejecución con arreglo a lo dispuesto en el artículo 706.

2. Si se acordase seguir adelante la ejecución para obtener el equivalente pecuniario de la prestación debida, en la misma resolución se impondrá al ejecutado una única multa con arreglo a lo dispuesto en el artículo 711.

3. Cuando se acuerde apremiar al ejecutado con multas mensuales, se reiterarán trimestralmente por el Secretario judicial responsable de la ejecución los requerimientos, hasta que se cumpla un año desde el primero. Si, al cabo del año, el ejecutado continuare rehusando hacer lo que dispusiese el título, proseguirá la ejecución para entregar al ejecutante un equivalente pecuniario de la prestación o para la adopción de cualesquiera otras medidas que resulten idóneas para la satisfacción del ejecutante y que, a petición de éste y oído el ejecutado, podrá acordar el Tribunal.

4. No serán de aplicación las disposiciones de los anteriores apartados de este artículo cuando el título ejecutivo contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del deudor. En tal caso, se estará a lo dispuesto en aquél.

al otorgamiento de escritura referida en el art. 1279 CC, la doctrina considera que la acción derivada de este artículo es imprescriptible e irrenunciable por ser de orden público<sup>381</sup>.

c) Y finalmente, desde un punto de vista práctico, tal situación sólo parece tener utilidad cuando el crédito dado en garantía sea recíproco entre acreedor y cedente/pignorante, aunque éste sea un tercero ajeno a la obligación garantizada y no el obligado, es decir que el acreedor garantizado sea a su vez el deudor de dicho crédito y el cedente/pignorante sea a su vez acreedor de aquel (v. gr. entidad bancaria garantiza una operación financiera, sea línea de crédito, préstamo, descuentos, etc, con una imposición a plazo fijo constituida en la propia entidad y de la que es titular el deudor), lo cual termina aproximando la figura a los *depósitos bilaterales* o *en garantía* o a las *fianzas* que garantizan determinados contratos. En el caso de que el crédito dado en garantía tenga por obligado a un tercero ajeno por completo a la relación garantizada, la ejecución de la garantía ya requerirá su colaboración y la del propio deudor/pignorante que es su acreedor, pues sin noticia de éste, no tiene, ni debe, en atención a sus intereses, pagar a un tercero no legitimado (un documento meramente privado sin ni siquiera fehaciencia de fecha, y aun como diremos con la fehaciencia de la fecha del art. 1227 CC, no le añade seguridad alguna sin la notificación de su acreedor). Por otra parte entendemos que no cabría otra forma de ejecutar la garantía en este caso que el mecanismo de la compensación (de ahí la doble cualidad del acreedor garantizado como deudor del crédito objeto de garantía) y no sería posible acudir al expediente de la ejecución

---

<sup>381</sup> Por todos *vide* NIETO SANCHEZ, J., *opus cit* “Valor jurídico del instrumento público” pág. 739.

ante notario del art. 1872 CC, por cuanto el mismo no iba a admitir una ejecución pública en base a un documento meramente privado aun teniendo fecha fehaciente *ex art.* 1227 (recordemos que tal fehaciencia sólo afecta a la fecha pero en modo alguno a su contenido y dentro de él, a la identidad, capacidad y legitimación de quienes lo firmaron).

Por lo demás, esta situación tiene un riesgo inherente que justifica no recurrir a ella, y que se explica por sí solo desde el momento en que aparece un posible tercero afectado al que no se podrá oponer el pacto de pignoración meramente privado. Piénsese, *v.gr.*, en un acreedor del pignorante que embarga la imposición a plazo fijo dada en garantía, o en la declaración de concurso del pignorante, casos en que la entidad garantizada no podrá oponer *su* garantía<sup>382</sup>.

B) *Respecto del deudor del crédito dado en garantía.*

El problema en este punto se centraba en decidir qué valor dar a la notificación de la pignoración del crédito al deudor cedido ¿Se entiende como requisito de *constitución*? ¿o como requisito de *eficacia* frente al deudor cedido?

---

<sup>382</sup> Era relativamente frecuente en la práctica que determinadas entidades financieras impusieran como condición de operaciones de bajo riesgo la “pignoración” de saldos existentes en las mismas. Dicha garantía no se intervenía por notario a diferencia de la operación principal (pequeñas líneas de crédito, descuentos, préstamos de poco importe), y en ocasiones ni siquiera ésta. En estos años de crisis lo que ha ocurrido es que el deudor, aun antes de impagar la operación garantizada, devenía insolvente respecto terceros, sobre todo Seguridad Social o Hacienda, las cuales traban embargo sobre los saldos existentes en la entidad bancaria que perdía toda preferencia respecto de su garantía. Ni qué decir tiene que las entidades que usaban de tal procedimiento comenzaron a exigir la intervención notarial.

La doctrina inicialmente favorable a la posibilidad de *pignorar* créditos en nuestro derecho consideraba la notificación al deudor del crédito pignorado como una especie de equivalente al traspaso posesorio que para la prenda en general exige el art. 1863 CC<sup>383</sup>, y en idéntico sentido se manifestaba la construcción jurisprudencial de la prenda de créditos que equipara la notificación al deudor a desposesión (*vide* ss. TS 19 de abril y 7 de octubre de 1997, 13 de noviembre de 1999, 26 septiembre de 2002, 10 de marzo de 2004 o 30 de noviembre de 2006)<sup>384</sup>.

Sin embargo, y frente al automatismo lógico de la jurisprudencia, cabe alegar:

a) Que existen otras posibilidades de obtener tal desposesión en los casos en que existen documentos acreditativos del mismo, tales como libretas de ahorros o láminas de imposiciones en el caso de depósitos bancarios o escrituras públicas<sup>385</sup>, o cualquier medio de *desposeer* al pignorante de los títulos del crédito o dejar constancia de la existencia del gravamen en sus correspondientes matrices, protocolos o registros del tipo que sean, etc...

b) Que, además, la naturaleza real (en el sentido de

---

<sup>383</sup> Este artículo se vino interpretando por la jurisprudencia del TS en el sentido de que la entrega de la cosa era necesaria no sólo para el nacimiento del derecho real de garantía sino que, respetuoso con la tradición romana, para la perfección del propio contrato que lo origina.

<sup>384</sup> LA LEY 8280/1997, 10309/1997, 3092/2000, 7810/2002, 12458/2004, 150021/2006.

<sup>385</sup> No es infrecuente el caso en que una deuda dineraria nazca de una operación formalizada en instrumento público y no sólo por préstamos o reconocimiento de deudas, baste pensar en los créditos que puedan nacer en la disolución de todo tipo de comunidades (indivisos, liquidación de gananciales, partición hereditaria) de los que derivaren excesos de adjudicación cuyo pago se difiera a un futuro, o en el ámbito societario en la liquidación de sociedades, en los que se generen deudas a satisfacer en un plazo determinado y que son susceptibles de pignoración.



perfeccionarse con la entrega) del contrato de prenda, tal y como se previó en el Código civil, no significa que no sean válidas otras modalidades de entregas no posesorias que han ido apareciendo en el devenir del tiempo transcurrido desde la publicación del Código, sea por voluntad del legislador que tipifica nuevas modalidades de garantía con la intención de mantener las cosas gravadas en poder del deudor (LHMPSD), sea como consecuencia de la desincorporación cartular de los valores mobiliarios y su representación contable en que la entrega se sustituye por una inscripción (Ley 24/1988 de 28 de julio de Mercado de Valores).

c) Que la *puesta en posesión* del acreedor garantizado cumple dos funciones: de una parte asegurar la efectividad de su derecho de garantía, lo que en los casos de la pignoración de un crédito se lograría con la notificación al deudor, lo que no es más que un requisito de eficacia y no constitución; y de otra parte, dar publicidad respecto a terceros distintos del deudor del crédito dado en garantía, la existencia del gravamen, y ello es evidente que no se consigue con la notificación, sino que ha de proveerse por otros mecanismos.

d) Finalmente, existe una razón de índole práctico, y es que no se puede dejar de tener en cuenta que hay supuestos en los que la notificación al deudor es prácticamente imposible, como en el caso de pignorarse carteras de créditos futuros cuando el deudor es inicialmente desconocido por determinarse en un momento posterior al de la constitución de la garantía, o en las garantías globales u ómnibus o cesión en masa de créditos, supuestos en los que resultaría enormemente gravoso y complejo articular un sistema de comunicaciones particulares para cada deudor. E incluso puede que, aun siendo materialmente posible la notificación, ésta

pueda llegar a ser tremendamente inconveniente por revelar una situación de endeudamiento que pueda trascender del deudor de los créditos dados en garantía. Si se exigiera la notificación como requisito de existencia del gravamen y no de eficacia, equivaldría a hacer imposibles las pignoraciones de créditos en tales casos.

C) *Respecto de terceros.*

Por lo que se refiere a los efectos respecto de terceros caben distintos sistemas para hacerles oponibles las pignoraciones de créditos, y así, en líneas generales es posible que se considere la garantía eficaz desde la notificación de la garantía al deudor cedido, desde la fecha del contrato de garantía o desde la inscripción de la misma en algún tipo de registro.

Considerar que el momento de la eficacia frente a terceros es el de la notificación otorga un sistema de prioridad que no sólo es insatisfactorio desde el punto de vista jurídico, por cuanto la notificación *publicita* la existencia del gravamen únicamente al deudor del crédito cedido, sino también desde un punto de vista práctico por las mismas razones que expusimos al tratar antes del requisito de la notificación en cuanto tal (no conveniencia comercial o imposibilidad material).

Otra posibilidad es la de atender a la fecha del contrato de garantía, sea por simple contrato privado sin ninguna fehaciencia, por documento privado con fecha fehaciente o por documento público.

Finalmente, un sistema de registro que únicamente permite la eficacia frente a terceros de las garantías sobre créditos desde su constancia en un registro público.

Con respecto a todo ello, si examinamos el ordenamiento español vigente, nos encontramos con normas dispares y en ocasiones hasta contradictorias. Carecemos de una regulación general o subsidiaria de la prenda de créditos que sirva para llenar lagunas o interpretar regulaciones específicas. Ante ello y partiendo de la normativa general recogida en el Código civil, con mayor o menor acierto se había sentado un régimen genérico para la prenda de créditos por la jurisprudencia de nuestro TS, interpretado por la doctrina, en base al art. 1865 CC (que exige instrumento público) y notificación al deudor y que generó la controversia doctrinal sobre si era aplicable tal precepto, en sede de prenda, o por el contrario el art. 1526 CC (que permite el documento privado con fecha fehaciente de que habla el art. 1227 CC). A partir de ahí, el legislador, en lugar de establecer un marco genérico aplicable a las distintas situaciones y que salvara a su vez la especificidad de cada caso, ha optado por normas motivadas por situaciones coyunturales, poco meditadas, nada contrastadas e imposibilitadas de construir un sistema mínimamente coherente. Y así tenemos en materia de concurso, el art. 90.1.6º LC, que admite el documento privado con fecha fehaciente para la prenda sobre créditos no futuros e impone cuando está constituida sobre créditos futuros el documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento, la inscripción en el registro competente; una normativa específica de la prenda sin desplazamiento en el art. 54 LHMPD (que en sus números 2º y 3º permite la prenda sin desplazamiento de derechos

de créditos con la consiguiente inscripción de los mismos en el Registro de Bienes Muebles); y finalmente, una norma especial, la regulación de las garantías financieras contenida en el RD Ley 5/2005, y que, respecto de su ámbito de aplicación, regula en su art. octavo las *Formalidades*, estableciendo, en su apartado primero, con un criterio totalmente antiformalista, la regla general de que “*Los acuerdos de garantía financiera regulados en este Capítulo deberán constar por escrito o de forma jurídicamente equivalente, sin que pueda exigirse ninguna otra formalidad para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba*”. Normas todas ellas, que en mayor o menor medida, tienden a una cierta vocación de generalidad.

*De lege data*, en un intento por dar algo de claridad a la situación actual y desde el punto de vista meramente *formal*, podrían sostenerse las siguientes conclusiones:

a) Es posible dar en garantía un crédito por simple acuerdo entre acreedor garantizado y deudor, pero sólo tendría eficacia *inter partes*, de manera que ni vincula al deudor del crédito dado en garantía, ni podría afectar a terceros, ni fuera (sucesivos adquirentes del crédito, titulares sobre el mismo de otras garantías o embargantes del mismo crédito) ni dentro del concurso; lo previsto para las *garantías financieras* en el RD Ley 5/2005 debe ser de interpretación restrictiva y aplicable únicamente al ámbito definido por el mismo.

b) Como regla general, en el ámbito extraconcursal la constitución de garantías sobre un crédito debe formalizarse en

*documento público, sea escritura pública o póliza intervenida*<sup>386</sup>, ello debe reconocerse sin ningún género de dudas para el caso de garantías prestadas en el caso de consumidores, sobre todo partiendo de la doctrina de la STS de 12 de septiembre de 2014 antes comentada en extenso [*ut supra* Cap. 3º III C) a)]; la norma del art. 90 1 6º LC admitiendo el *documento privado con fecha fehaciente* debe quedar limitado al gravamen sobre créditos no futuros y al ámbito concursal, donde la existencia de un procedimiento específico para la formación de la lista de acreedores y graduación de los créditos seguido ante el Juzgado de lo Mercantil competente, permite a las partes personadas impugnar y alegar lo que sea procedente en defensa de sus derechos (*vide* arts. 89 y ss. LC, en especial art 96 (...) 1. *Las partes personadas podrán impugnar el inventario y la lista de acreedores, (...) 2. La*

---

<sup>386</sup> La separación entre ambos géneros documentales, en la legislación vigente notarial, es de ámbito objetivo, teniendo ambas formas el carácter de *instrumento público*, así resulta del art. 17 LN *El Notario redactará escrituras matrices, intervendrá pólizas, extenderá y autorizará actas, expedirá copias, testimonios, legitimaciones y legalizaciones y formará protocolos y Libros-Registros de operaciones.*

*Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases. (...)*

*Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, especialmente los inmobiliarios. Y del art. 144 RN *Conforme al artículo 17 de la Ley del Notariado son instrumentos públicos las escrituras públicas, las pólizas intervenidas, las actas, y, en general, todo documento que autorice el notario, bien sea original, en certificado, copia o testimonio.**

*Las escrituras públicas tienen como contenido propio las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento, los contratos y los negocios jurídicos de todas clases.*

*Las pólizas intervenidas tienen como contenido exclusivo los actos y contratos de carácter mercantil y financiero que sean propios del tráfico habitual y ordinario de al menos uno de sus otorgantes, quedando excluidos de su ámbito los demás actos y negocios jurídicos, y en cualquier caso todos los que tengan objeto inmobiliario; todo ello sin perjuicio, desde luego, de aquellos casos en que la Ley establezca esta forma documental.*

*impugnación del inventario podrá consistir en la solicitud de la inclusión o de la exclusión de bienes o derechos, o del aumento o disminución del avalúo de los incluidos. 3. La impugnación de la lista de acreedores podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o a la clasificación de los reconocidos.(...);* en la práctica ningún acreedor, especialmente las entidades financieras, van a arriesgar su preferencia, por lo que en general las garantías sobre créditos se siguen formalizando en documento público; siendo además que las garantías son accesorias de la obligación principal, y ésta suele ser una operación de financiación que requiere un *título ejecutivo extrajudicial*, lo propio es la formalización simultánea de ambas; que dentro de las distintas fórmulas documentales notariales, en el ámbito financiero y mercantil la *póliza intervenida* aúna los requisitos de celeridad y reducción de costes con los de control de legalidad, fehaciencia (no sólo de la fecha como es el caso del documento privado de fecha fehaciente *ex art. 1227 CC*) y conservación documental; y finalmente no se puede dejar de reconocer que el documento privado puede ser fehaciente sólo en cuanto a la fecha, nunca respecto del contenido que puede ser objeto de alteraciones posteriores (con la subsiguiente litigiosidad *inter partes* y posibilidad de *consilium fraudis contra tertios*), que la fehaciencia de la fecha además no es simultánea a la constitución de la garantía sino que siempre existirá un *interin* entre la prestación del consentimiento y el hecho posterior del que depende la fehaciencia de la fecha (con el consiguiente riesgo) y finalmente que el ahorro de costes de formalización no es tal pues siempre existirá un profesional que tenga que *gestionar* (con sus correspondientes honorarios) ese hecho posterior del que depende la fehaciencia de

la fecha (normalmente la presentación en la oficina liquidadora).

c) Finalmente, y con la legislación vigente, la pignoración *ordinaria* de créditos no requiere de inscripción alguna para su eficacia frente a terceros, ya se trate de prenda sobre créditos existentes o constituida sobre créditos futuros (como se deduce *a contrario sensu* de la redacción dada por la Ley 40/2015 al art. 90 1º 6ª LC). Existe una dualidad prenda *ordinaria* y prenda *sin desplazamiento* de créditos, con la redacción vigente del art. 54 LHMPD pero que debe interpretarse en los términos que recoge la DGRN en la ya comentada Resolución de 18 de marzo de 2008; ello en realidad no obedece a una decisión meditada del legislador sino al hecho de haberse intentado introducir una *inscripción necesaria* de la prenda de créditos sin abordar una reforma o regulación completa de tal garantía, cuya consecuencia en la práctica, y ante el resultado indeseado que podía generarse, ha dado lugar a esta dualidad<sup>387</sup>.

---

<sup>387</sup> Un ejemplo de las dudas interpretativas o sistemáticas que genera la inscripción o no de la prenda puede verse en el fallo del tribunal de instancia del caso contemplado por la sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña de 29 de mayo de 2015 (LA LEY 78944/2015). El juzgado de instancia rechaza una tercería de mejor derecho interpuesta por una entidad bancaria frente al embargo decretado por la administración tributaria sobre los saldos de una cuenta bancaria argumentando que al no haberse inscrito la prenda en el Registro de Bienes Muebles, la misma no era oponible a terceros, por aplicación del art. 54.3 de la Ley de Hipotecaria Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento de la posesión. La Audiencia, si bien no admite tampoco la tercería de mejor derecho, lo hace con otros argumentos, y rechaza el de la no inscripción no considerando que *el mentado precepto exija para toda clase de prenda de créditos la inscripción en el Registro para que produzca efectos contra terceros. (...) la eficacia erga omnes de la prenda, sólo adquiere carácter privilegiado con respecto a otros acreedores, cuando se encuentre documentada en instrumento publico (...) No cambia dicho panorama normativo con la reforma del art. 54.3 de la LHMPD, ya que no podemos considerar que dicho precepto sea incompatible, por derogación tácita, con la persistencia de la prenda ordinaria de créditos. Tal reforma, sólo ha supuesto la introducción de una nueva garantía de activos, susceptibles de ser objeto de una prenda sin desplazamiento*

---

*posesorio, como son los créditos; sin afectar, sin embargo, a la viabilidad de las prendas tradicionales con desplazamiento a través de la notificación al deudor.*



## **CAPÍTULO 4º CONTENIDO DEL GRAVAMEN PIGNORATICIO. FACULTADES Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES Y EFECTOS FRENTE A TERCEROS**

### **I. AUSENCIA DE REGULACIÓN EXPRESA.**

La ausencia de una regulación específica de la pignoración de créditos, una vez admitida la posibilidad de que los mismos puedan ser el objeto sobre el que recae la garantía, plantea igualmente el problema de determinar su contenido, los derechos y deberes correspondientes que nacen para las partes implicadas, acreedor y deudor pignoraticio. La especial naturaleza de los créditos hace que no sea trasladable sin más el régimen jurídico de la pignoración de cosas corporales. Y a ello se añade además que, como suele señalarse por nuestra doctrina, se produce entre acreedor pignoraticio y pignorante una *concurrentia no homogénea* en la titularidad del crédito, sobre la cual se ha intentado articular su específico régimen jurídico (*vide* PANTALEÓN PRIETO<sup>388</sup>,

---

<sup>388</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., *opus cit.*, “Cesión de créditos”, *ADC*, págs. 1045 y ss.

ARANDA RODRÍGUEZ<sup>389</sup>, GARCÍA VICENTE<sup>390</sup>, CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.<sup>391</sup>, VEIGA COPO<sup>392</sup> entre otros).

Para determinar el régimen aplicable deberemos estar a lo libremente pactado por las partes en el contrato de prenda y en defecto de estipulación o pacto expreso, el régimen jurídico de la prenda no puede sino constituirse mediante una integración de las normas previstas en el CC para la prenda, en cuanto sean adaptables, integrándose con normas de la cesión de créditos (pues al fin y al cabo la pignoración lleva como efecto principal la cesión del crédito). Fuera de tales normas, en nuestro CC existe un precepto que contempla la concurrencia de distintas titularidades sobre un derecho de crédito, pero ello en sede de usufructo, en concreto el art. 507 que regula el usufructo de un derecho de crédito (*El usufructuario podrá reclamar por sí los créditos vencidos que formen parte del usufructo si tuviese dada o diere la*

---

<sup>389</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.*, *La prenda de ...*, págs. 126 y ss.

<sup>390</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit.*, *La prenda de ....* págs. 95 y ss.

<sup>391</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *opus cit.*, *Tratado de ...* t. II, págs. 276 y ss. CARRASCO comienza señalando que no sirve el régimen de la cesión de créditos, salvo en lo que resulte aplicable el art. 1198 CC, pues el CC no ha previsto la concurrencia simultánea sobre el mismo crédito del cedente y del cesionario. Para este autor no existe más modelo supletorio con el que construir el concurso de titularidades que lo que dispone el art. 507 CC para el usufructo de créditos con el agravante de que tal regulación es dependiente de si ha existido o no prestación de fianza, institución no aplicable a la prenda. Y entiende aplicables con las debidas adaptaciones los arts. 1866.II (sobre el *pignus gordianus* y que aplicó la sent. TS 21 de febrero 1997), 1867 (el acreedor tiene derecho al reembolso de los gastos hechos para la conservación del crédito), 1868 (el acreedor que ejercita el crédito puede imputar los intereses cobrados al pago del crédito garantizado), 1869 II (el acreedor puede ejercitar las acciones que competan al titular del crédito para reclamar o defender el crédito) del CC.

<sup>392</sup> VEIGA COPO, A., *opus cit.*, *Tratado de ...*, págs. 461 y ss.

*fianza correspondiente. Si estuviere dispensado de prestar fianza o no hubiere podido constituirla, o la constituida no fuese suficiente, necesitará autorización del propietario, o del Juez en su defecto, para cobrar dichos créditos.*

*El usufructuario con fianza podrá dar al capital que realice el destino que estime conveniente. El usufructuario sin fianza deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado).* La regulación del usufructo de créditos distingue según el usufructuario haya o no prestado fianza y es evidente que la prestación de tal garantía no es contemplable en la prenda de créditos. Pero del tenor del precepto sí pueden deducirse algunas consecuencias de la concurrencia de titularidades sobre el crédito entre acreedor pignoraticio y pignorante, en orden a la posible reclamación del crédito pignorado si el mismo vence antes que el crédito garantizado, y que permitan servir de guía para alguna de las soluciones que aportemos.

En un intento de dotar de coherencia sistemática al contenido de facultades y obligaciones que para las partes nacen de pignoración de un crédito distinguiremos dos fases. Una primera de seguridad o conservación de la garantía, donde deberá examinarse las facultades de conservación y defensa del crédito pignorado; el efecto anticrético que puede o no producirse en la prenda de créditos; la facultad de retención; las facultades que puedan nacer del hecho de que el crédito dado en prenda venza antes que el garantizado y en especial la facultad de cobro si se atribuye o no al acreedor pignoraticio, y en su caso, si éste recibe el pago, si a su

vez queda como deudor del exceso si el crédito cobrado fuera dinerario o por la totalidad no pudiendo destinarlo al pago del crédito principal hasta el vencimiento de éste, o incluso si puede transformar la garantía inicial según sea el objeto de del crédito pignorado una vez satisfecho en una prenda posesoria o en una anticresis; y finalmente la facultad de disposición del propio crédito pignorado. Y una segunda fase de desenvolvimiento o ejecución de la garantía, donde examinaremos las preferencias atribuidas al acreedor pignoraticio frente a terceros, la posibilidad del pacto comisorio y en particular la compensación como mecanismo de ejecución, las excepciones oponibles por el deudor del crédito pignorado y las distintas posibilidades de ejecución de la garantía.

## **II. FASE DE CONSERVACIÓN O SEGURIDAD.**

### 1. Facultades de conservación y defensa.

#### A) *Del crédito pignorado.*

Ambas partes, tanto el acreedor pignoraticio como el deudor pignorante, tienen evidente interés en la conservación del crédito pignorado en su doble vertiente jurídica y económica. Por ello, y aunque su actuación tenga finalidades distintas, la legitimación para el ejercicio de las facultades de defensa y conservación del crédito dado en prenda corresponden inicialmente a ambos; así puede deducirse del art. 1869 CC cuando dice que *Mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella.*

*Esto no obstante, el acreedor podrá ejercitar las acciones*

*que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero.*

Del párrafo primero cabe deducir que el pignorante, en cuanto conserva la titularidad del crédito está legitimado para ejercitar las acciones de defensa y conservación del crédito, tanto en su aspecto jurídico como económico. Lo singular es que, junto con la legitimación del pignorante, por otra parte lógica, la norma en su párrafo segundo viene a reconocer al acreedor pignoratício esa misma legitimación para la conservación y defensa. Algún autor<sup>393</sup> vincula el ejercicio de tales facultades de conservación por parte del acreedor pignoratício a que esté legitimado de forma individual o conjunta con el pignorante, para el cobro del crédito, relacionando el artículo citado con el 1867 CC que vincula el deber de conservación con la posesión, que, en el caso de los créditos sustituye por la legitimación para el cobro. Por el contrario cabe entender que tal legitimación es propia y directa del acreedor pignoratício y no indirecta o por sustitución por cuanto siendo necesario para acreditar la existencia legal de su derecho de prenda, proteger y acreditar la titularidad del pignorante del crédito, ha de reconocérsele legitimación para poder invocar tal titularidad. La norma del párrafo segundo del art. 1869 CC está pensando en los actos de defensa del crédito, no en los de su ejercicio que conllevan la extinción del mismo, por lo que legitimados están individualmente cualquiera de los titulares (pignorante y pignorado), debiendo deducirse ello de la relación entre el precepto invocado y la doctrina que se sigue para la comunidad de bienes,

---

<sup>393</sup> FINEZ RATÓN, J.M., en *Garantía sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, Barcelona, 1994, pág. 214; GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit. La prenda....* pág. 109.

donde se preconiza la legitimación individual de los comuneros para los actos beneficiosos, y entre ellos, los conservativos, en base a preceptos como el 394 CC (*Cada partícipe podrá servirse de las cosas comunes, siempre que disponga de ellas conforme a su destino y de manera que no perjudique el interés de la comunidad, ni impida a los copartícipes utilizarlas según su derecho*) o 1933 CC (*La prescripción ganada por un copropietario o comunero aprovecha a los demás*); y si bien es cierto que en el caso de la comunidad de bienes, la posición de los titulares es *homogénea*, no vemos razón para que no pueda extenderse por analogía el principio de legitimación individual para los actos conservativos y de defensa aun en casos de titularidades *no homogéneas* como lo son la concurrencia de acreedor pignoraticio y pignorante<sup>394</sup>.

Los gastos generados por la conservación, jurídica o económica, del crédito pignorado, son del cargo del pignorante, de forma que si el acreedor pignoraticio satisface tales gastos tendrá derecho al reintegro de los mismos sin que esté obligado a anticipar su pago<sup>395</sup>. Para el reembolso de tales gastos tendrá la misma preferencia de que goce el crédito principal garantizado (art. 1871

---

<sup>394</sup> En apoyo de ello cabe citar otros preceptos del propio CC como el 1140 (*La solidaridad podrá existir aunque los acreedores y deudores no estén ligados del propio modo y por unos mismos plazos y condiciones*) y 1141 (*Cada uno de los acreedores solidarios puede hacer lo que sea útil a los demás, pero no lo que les sea perjudicial. Las acciones ejercitadas contra cualquiera de los deudores solidarios perjudicarán a todos éstos*).

<sup>395</sup> Ello a diferencia de la anticresis donde la solución es la contraria (así el art. 1882 CC para tal garantía dispone que *El acreedor, salvo pacto en contrario, está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca. Lo está asimismo a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación. Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto*).

CC que no permite al deudor pedir la restitución de la prenda en tanto no pague la deuda y sus intereses con las *expensas* en su caso; art. 1922 1.º CC que atribuye preferencia a los créditos por construcción, *reparación, conservación* o precio de venta de bienes muebles que estén en poder del deudor, hasta donde alcance el valor de los mismos; art. 1926 1ª CC, *Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere.*

*Si concurren dos o más respecto a determinados muebles, se observarán, en cuanto a la prelación para su pago, las reglas siguientes:*

*1.ª El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda).*

El elenco de posibles actos conservativos es variado, *v. gr.*, la exigencia de elevación a documento público del contrato del que derive el crédito pignorado *ex art. 1279 CC*, interrumpir la prescripción del mismo (arts. 1973 a 1975 CC), reclamación de reconocimiento del crédito en caso de concurso del deudor del crédito pignorado (en la medida en que ambos ostentan interés para el cobro, el pignorante por ser acreedor y el acreedor pignoraticio por ser un interesado en el crédito y en tal sentido dispone el art 85 LC que *1. Dentro del plazo señalado en el número 5.º del apartado 1 del artículo 21, los acreedores del concursado comunicarán a la administración concursal la existencia de sus créditos. 2. La comunicación se formulará por escrito firmado por el acreedor, por cualquier otro interesado en el crédito o por quien acredite representación suficiente de ellos, y se dirigirá a la administración*

*concurzal (...))...*

Otra cuestión es qué ocurre cuando no se ejercitan las facultades de conservación, y tal inacción determina que el crédito pignorado devenga incobrable o disminuya su valor por pérdida de garantías accesorias. Lo frecuente es que se estipule al constituir la garantía, que los hechos que perjudiquen a la misma, y con independencia de que sean o no imputables al pignorante, determinen el vencimiento anticipado del crédito garantizado (aplicación analógica del art. 1129 CC *Perderá el deudor todo derecho a utilizar el plazo 1.º Cuando, después de contraída la obligación, resulte insolvente, salvo que garantice la deuda. 2.º Cuando no otorgue al acreedor las garantías a que estuviese comprometido. 3.º Cuando por actos propios hubiese disminuido aquellas garantías después de establecidas, y cuando por caso fortuito desaparecieran, a menos que sean inmediatamente sustituidas por otras nuevas e igualmente seguras*; otros preceptos recogen supuestos de disminución de garantías en base a los cuales pueden pactarse cláusulas de vencimiento anticipado, v. gr. art. 1829 CC, que a propósito de la fianza, dispone que *Si el fiador viniere al estado de insolvencia, puede el acreedor pedir otro que reúna las cualidades exigidas en el artículo anterior. Exceptúase el caso de haber exigido y pactado el acreedor que se le diera por fiador una persona determinada*, o art. 117 LH en sede de hipoteca que regula la llamada *acción de devastación* diciendo que *Cuando la finca hipotecada se deteriorare, disminuyendo de valor, por dolo, culpa o voluntad del dueño, podrá el acreedor hipotecario solicitar del Juez de Primera Instancia del partido en que esté situada la finca, que le admita justificación sobre estos hechos; y si*



*de la que diere resultare su exactitud y fundado el temor de que sea insuficiente la hipoteca, se dictará providencia mandando al propietario hacer o no hacer lo que proceda para evitar o remediar el daño.*

*Si después insistiere el propietario en el abuso, dictará el Juez nueva providencia poniendo el inmueble en administración judicial.*

*En todos estos casos se seguirá el procedimiento establecido en los artículos setecientos veinte y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil).*

Fuera de tales pactos de vencimiento anticipado es difícil individualizar la atribución de responsabilidad por el perjuicio ocasionado al crédito pignorado y por ende a la vigencia o integridad de la garantía. En primer término habrá que estar a los posibles pactos de las partes sobre distribución de las facultades y en defecto de los mismos aplicar la regla de soportar el perjuicio por aquel a quien le sea imputable<sup>396</sup>, y ello dependerá en última instancia del caso concreto. Así, si la prenda no se hubiese notificado al deudor del crédito pignorado o permaneciere oculta, no cabe atribuir la responsabilidad del posible perjuicio ocasionado a la garantía por inacción en el uso de facultades conservativas al acreedor pignoraticio por cuanto, aunque sea titular concurrente del crédito, dado que no puede actuar eficazmente su omisión tampoco puede perjudicar el crédito. Si lo pignorado fueran créditos futuros para cuyo nacimiento es necesaria la actuación del pignorante/acreedor de tales créditos, o si los créditos dados en

---

<sup>396</sup> En el sentido de la expresión del art. 1170 II CC *o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado*. GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit. La prenda ...* pág.112.

garantía proceden de contratos bilaterales pendientes de cumplimiento, existe una obligación de conservación que es imputable al pignorante, consistente en posibilitar el nacimiento del crédito en el primer caso y en cumplir con las obligaciones propias en el segundo pues su posible incumplimiento permitiría al deudor de la contrapartida del contrato bilateral oponer las oportunas excepciones por incumplimiento del pignorante.

B) *De la garantía.*

Con anterioridad examinamos el significado de la notificación de la pignoración al deudor del crédito pignorado. Si se trata de un requisito de constitución o de eficacia. Lo que no cabe duda, como vimos, es que es un mecanismo para asegurar la efectividad de los derechos del acreedor pignoraticio. Ahora examinaremos la notificación en cuanto derecho/obligación de las partes.

Dadas las consecuencias que conlleva la falta de notificación y las funciones que como vimos cumple en la práctica, es evidente que el mayor interesado en que se notifique la constitución de la garantía al deudor del crédito pignorado es el acreedor pignoraticio. Desde este punto de vista se puede considerar que la notificación es una *carga* que tiene el acreedor pignoraticio a fin de mantener incólume su derecho de garantía. Pero a la vez es una *obligación* del pignorante por cuanto su colaboración es necesaria dado que el deudor del crédito pignorado no tiene porqué asumir otra legitimación en tanto en cuanto su propio acreedor no lo haya asumido o ratificado.

Los resultados de la notificación no obstante, no son los mismos, en función de quién efectúe la notificación. Que la misma sea efectuada por el deudor pignorante es la manera más segura de conseguir el conocimiento de la pignoración por parte del deudor del crédito pignorado. Piénsese que, en el fondo es un tema de apariencia en la legitimación para reclamar el cobro. Mientras el deudor no tenga conocimiento de lo contrario, el único legitimado para exigirle el pago es su acreedor (el deudor pignorante); y, aun habiéndose pignorado el crédito del que es deudor, en tanto no tenga conocimiento del negocio jurídico de garantía formalizado por su acreedor y un tercero, la apariencia le sigue diciendo que la legitimación la ostenta su acreedor, y tal apariencia le libera de toda responsabilidad, al actuar de buena fe, si efectúa un pago liberatorio. Una vez tenga conocimiento de la pignoración por notificársele el pignorante, se destruye toda presunción de ignorancia de la pignoración y cualquier indicio de buena fe en cualquier acto que el deudor pudiera realizar con el pignorante y que tengan por objeto el crédito pignorado. Por otra parte y en aplicación de la doctrina de los *actos propios* aun realizando la notificación únicamente el pignorante, éste no puede posteriormente revocar dicha pignoración de forma unilateral privando de legitimación para el cobro al acreedor prendario, toda vez que la prenda es un derecho constituido a favor del acreedor pignoraticio que no puede extinguirse sin su consentimiento, dado que la prenda no es una mera autorización para el cobro de las referidas en el segundo inciso del art. 1162 CC, y que como todo apoderamiento es esencialmente revocable (*El pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación, o a otra autorizada para recibirla en su nombre*).

Si en la notificación interviene exclusivamente el acreedor pignoraticio, entendemos que se debe distinguir según tal notificación se haga ya por escrito ya verbalmente pero sin acompañar acreditación documental alguna de la pignoración realizada, o por el contrario a la notificación se acompañe copia del documento de pignoración. En el primer caso, es decir, que la notificación se realice sin acompañar acreditación documental alguna de la pignoración realizada, no hay, a nuestro entender, razón alguna que permita considerar destruida la apariencia de legitimación por parte del acreedor pignorante; en este caso el deudor del crédito pignorado no puede estar seguro de la veracidad de la notificación, por lo que la misma no puede sin más destruir la buena fe del deudor del crédito pignorado vinculándole sin más con al acreedor pignoraticio. Cabe no obstante plantearse, si, en tal caso, debe exigirse del deudor una diligencia activa que le permita cerciorarse de la veracidad de la notificación, pidiendo, por ejemplo, de su acreedor la ratificación de los hechos notificados; entendemos que no, por considerar que la buena fe exigida para gozar de la protección de la apariencia no impone una diligencia específica, toda vez que, lo que se protege con tal apariencia de legitimación no es sólo al concreto deudor, sino en general la seguridad del tráfico jurídico. En cualquier caso, y en evitación de posibles responsabilidades, siempre puede exigir al acreedor pignoraticio que le exhiba los documentos justificativos de la pignoración.

En el segundo caso, esto es, que a la notificación se acompañe el documento en que conste la pignoración, aquella puede dar la misma seguridad que la efectuada por el pignorante,

dado que en tal caso se proporciona al deudor del crédito pignorado la certeza suficiente para destruir la apariencia de legitimación de su acreedor (art. 1164 CC *El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión de crédito, liberará al deudor*).

En cuanto a la forma de tal notificación, en principio podría mantenerse la validez tanto de la forma oral como escrita; y de realizarse por el acreedor pignoraticio y acompañarse el documento en que se formaliza la prenda puede ser copia privada del documento en que conste la firma de ambas partes. Ello no obstante, la forma oral es totalmente desaconsejable, y tratándose de notificación a través de documento escrito, sin duda alguna es muy superior la realizada en forma pública a través de notario, que la meramente privada. En la práctica lo más frecuente es, que formalizada la prenda en documento público, sea escritura o póliza intervenida, se requiera al propio notario a que efectúe la notificación, con lo cual se consigue, no sólo la fehaciencia de la misma, sino que se facilite al deudor del crédito pignorado copia del documento notarial en que consta la pignoración.

Por lo demás es posible el pacto sobre la reserva o secreto sobre el hecho de la pignoración, convenido así entre acreedor garantizado y pignorante, por el interés legítimo que puede ostentar éste último en mantener oculta la pignoración, porque pueda influir negativamente en su reputación comercial<sup>397</sup>.

## 2. Facultad anticrética del acreedor pignoraticio

---

<sup>397</sup> Así lo señala GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit.* *La prenda de...* págs. 69 y 114.

Tal facultad viene reconocida en sede de prenda al acreedor pignoraticio en el art. 1868 CC *Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.* Este efecto anticrético es derogable por la voluntad de las partes que pueden excluirlo de su particular relación jurídica pignoraticio. De hecho es lo habitual en el caso de pignoración de imposiciones a plazo fijo, donde los intereses que generan tales depósitos bancarios, no se imputan al pago de los intereses/capital del crédito garantizado, sino que siguen el régimen normal de tales imposiciones entregándose libres de gravamen al titular, aunque también en ocasiones, se pacta que los intereses se ingresen en una cuenta determinada que queda también pignorada.

La norma del art. 1868 CC no es una mera aplicación de la regla general de la compensación del art. 1196 CC, pues todo acreedor, sea o no pignoraticio, puede compensar las deudas líquidas, vencidas y exigibles. En este caso el efecto anticrético depende no sólo de la condición de acreedor que goza como titular del crédito garantizado sino también de la obligación que recae sobre el mismo respecto de la restitución de los intereses del crédito dado en prenda en la medida en que esté legitimado para su cobro. En este punto discrepa la doctrina sobre si el acreedor pignoraticio está o no legitimado *per se* en virtud de la norma del art. 1868 CC para el cobro de los intereses o sólo lo está en la medida en que lo esté para el ejercicio de la facultad de cobro. CARRASCO<sup>398</sup> entiende que la norma presupone que el acreedor

---

<sup>398</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., en *opus cit. Tratado de los...* pág. 277.

que posee la cosa o el crédito ya ha cobrado los intereses, pero no establece que exista, a falta de convenio, una legitimación para que el acreedor no poseedor esté legitimado para el cobro de los frutos civiles del crédito (intereses), y ello por entender que se trata de una regla de *imputación* y no de una regla de *legitimación*. En sentido contrario argumenta ARANDA RODRÍGUEZ<sup>399</sup> que entre las facultades de administración y conservación de su derecho, el acreedor pignoraticio tiene la de reclamar y hacer suyos los intereses, si el crédito consiste en una cantidad de dinero, siendo ésta una facultad exclusiva del acreedor pignoraticio<sup>400</sup>. Desde esta última interpretación, el ejercicio de la facultad anticrética del art. 1868 CC no supone un acto de disposición del derecho de crédito, sino de administración y conservación de la garantía que atribuye la ley al acreedor pignoraticio, y que al propio tiempo favorece a su deudor por cuanto reduce el importe de su deuda, de ahí que se le califique de derecho-deber del acreedor pignoraticio. Lo cual supone reconocer el carácter anticrético a la prenda de créditos<sup>401</sup>. Sin perjuicio de ello, suele destacarse que esta facultad anticrética genera un riesgo de plurispetición en el momento de la ejecución de la prenda, el cual no es evitable a priori<sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., en *opus cit.* *La prenda de ...* pág. 128.

<sup>400</sup> En igual sentido PANTALEÓN PRIETO, F., en *opus cit.* “Cesión de créditos”, *ADC*, pág. 1045; CRUZ MORENO, M., en *opus cit.* “La prenda de créditos”, *RCDI*, pág. 1307; FINEZ RATÓN, J.M., en *opus cit.* *Garantía sobre cuentas ...* pág. 212, entre otros.

<sup>401</sup> En tal sentido el art. 2802 del Código italiano atribuye a la prenda de créditos carácter anticrético respecto de los intereses.

<sup>402</sup> Esta posibilidad de plurispetición se reconoce por la doctrina. *Vide* GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit.* *La prenda ...* pág.118; CORDERO LOBATO, E., en *Comentarios al Código Civil*, t. IX, (director Bercovitz Rodríguez Cano), Valencia, 2013, pág. 12793; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., en *opus cit.* *Tratado de los...*, pág. 198.

Por lo demás el fundamento para esta compensación anticrética en la prenda que la convierte en una especie de institución mixta de garantía y de forma de pago, suele señalarse en la doctrina<sup>403</sup> que la ley presume que los interesados quisieron afectar los intereses al cumplimiento o, además, que los intereses del crédito dado en prenda constituyen un elemento de garantía con el que el acreedor ha debido contar.

### 3. La facultad de retención del crédito pignorado

Al acreedor pignoraticio le asiste una facultad de retención del bien pignorado que presenta dos aspectos distintos: De una parte tal derecho deriva del párrafo 1º del art. 1866 CC (*El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito*) y art. 1871 CC (*No puede pedir el deudor la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses con las expensas en su caso*). Los preceptos indicados requieren una oportuna adaptación a la singularidad de la prenda de créditos, donde no podemos hablar de posesión en sentido estricto; la retención en nuestro caso y en este primer sentido indicado no puede significar sino la conservación por el acreedor pignoraticio de las facultades necesarias para la defensa y legitimación para el cobro del crédito pignorado. Tal facultad puede relacionarse con la que asiste al acreedor garantizado de exigir la entrega de los documentos o títulos representativos del crédito o la adopción de medidas

---

<sup>403</sup> GUILARTE ZAPATERO, V., en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, t. XXIII, pág. 541, que cita a SCAEVOLA.



dirigidas a la inmovilización del crédito frente a terceros, tales como la constancia documental del bloqueo de la cuenta o saldo bancarios pignorados o la anotación de la prenda en la libreta; la conservación de la documentación representativa del crédito o el mantenimiento de su inmovilización puedan cumplir, en cierta medida, una función semejante a la retención *posesoria*, siendo así legítima la negativa del acreedor pignoraticio a la devolución de los documentos o títulos en que conste el crédito pignorado. Si bien hay que reconocer que la finalidad de la entrega y conservación de tal documentación es restringir la posibilidad de reclamaciones por parte de terceros que pudieran ampararse en la buena fe<sup>404</sup>.

De otra parte, está el llamado *pignus gordianum* del párrafo 2º del art. 1866 (*Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se les satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda*); ya tuvimos ocasión de diferenciar esta facultad de retención en garantía de créditos posteriores, de la pignoración de créditos futuros<sup>405</sup> y como vimos no atribuye preferencia crediticia alguna respecto de los créditos posteriores ni dentro ni fuera del concurso.

---

<sup>404</sup> Como señala MALO CONCEPCIÓN, J.V., en *opus cit.* “Prenda de participaciones en fondos ...), pág. 233, si otros acreedores vienen a embargar el objeto pignorado, el acreedor pignoraticio puede oponer el derecho de retención, oponiéndose a la desposesión, hasta tanto no le haya sido satisfecha o asegurada la obligación, pero el acreedor pignoraticio no está obligado a aceptar el pago anticipado si la obligación no ha vencido, siendo la regla general, que los restantes acreedores no podrán disponer de la prenda, antes de vencer el crédito asegurado, ni siquiera aunque pagaran el importe íntegro del mismo, pues en principio el acreedor no puede ser obligado a aceptar un cumplimiento anticipado (según el art. 1127 CC el plazo en las obligaciones se entiende establecido tanto en beneficio del deudor como del acreedor).

<sup>405</sup> *Vide ut supra* Cap. 3º II 1 B).

En lo que ahora nos interesa y tratándose de prenda de créditos, tal retención presenta en la práctica dos vertientes: si no ha vencido el crédito pignorado antes que el garantizado, se materializará en la conservación de la legitimación para el cobro y si es el caso de los documentos justificativos del crédito; si hubiese vencido el crédito dado en prenda, y se hubiese ejecutado, en la negativa a la restitución del importe cobrado o de su sobrante.

#### 4. Facultades de disposición.

Dentro de este grupo de facultades nos referiremos a aquellas que afectan a la existencia, ejercicio o esencia de la garantía o crédito pignorado, es decir tanto el ejercicio del crédito mediante su reclamación y cobro, la sustitución del crédito pignorado o las facultades dispositivas sobre el propio derecho.

*A) La facultad de cobro venciendo el crédito pignorado antes que el garantizado.*

Entendiendo por tal el ejercicio o reclamación del derecho de crédito es el que más complejidad presenta a la vista de concurrencia de titularidad que se da entre acreedor pignoraticio y pignorante. En primer término habrá que estar a lo libremente pactado por las partes que pueden haber atribuido tal facultad a uno de los cotitulares de forma individual o conjunta. A falta de tales atribuciones convencionales se hace necesario fijar un régimen de ejercicio del derecho de crédito, en cuya determinación influirá el problema añadido de los momentos de vencimiento de ambos créditos, garantizado y pignorado, pues no es lo mismo que el

crédito pignorado venza antes del garantizado o con posterioridad. En el segundo caso, esto es que el crédito pignorado venza con posterioridad al garantizado, la facultad de cobro se superpone con la de la ejecución de la propia garantía, cuestión que examinaremos más adelante. Más complejo es el primer supuesto, esto es, que el crédito pignorado venza antes que el garantizado, en cuyo caso no puede hablarse de *ejecución de la garantía* pero subsiste el interés legítimo del acreedor garantizado en mantener la efectividad de la misma en concurrencia con el del deudor pignorante de percibir finalmente el crédito pignorado cobrado o su sobrante según cumpla o no el crédito garantizado.

a) Caso de atribución convencional de las facultades de cobro.

Como ya hemos indicado debemos considerar lícita la atribución de la legitimación individual para el cobro debidamente pactada entre acreedor pignoraticio y pignorante, pero teniendo en cuenta que el ejercicio adecuado de tal facultad requerirá para su efectividad la correcta y precisa notificación al deudor del crédito pignorado. Las situaciones que pueden presentarse son diversas. Así puede haberse convenido la atribución completa de la legitimación para la reclamación y cobro del crédito al acreedor pignoraticio de forma individual (por ejemplo en los casos en que se pacte que al vencimiento del crédito pignorado su importe una vez obtenido se destine a la satisfacción del garantizado<sup>406</sup>); en este

---

<sup>406</sup> Esta posibilidad es frecuente en las financiaciones de proyectos en que el financiado espera recibir subvenciones públicas por importe igual o inferior al financiado, supuesto en el que se ignora la fecha exacta de la concesión de la subvención, pactándose que, una vez reconocida ésta, se ingrese

caso su situación, frente al deudor del crédito pignorado al menos, se asemeja a la de una cesionario pleno del crédito, con facultades en cuanto tal, para reclamar y cobrar el crédito<sup>407</sup>. Esta atribución convencional de legitimación individual para el acreedor pignoraticio no sería una legitimación *iure proprio* (como puede decirse del cobro de los intereses de que habla el art. 1868 CC), sino de una autorización para el cobro, en su caso irrevocable, en la que existiría una actuación en *representación* de otro (del deudor pignorante/acreedor del crédito pignorado) con la consecuente aplicación del art. 1162 CC (*El pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviere constituida la obligación o a otra autorizada para recibirla en su nombre*). Por lo demás, si se ha pactado la legitimación individual del acreedor pignoraticio hay que preguntarse qué consecuencias tiene que el crédito se perjudique por hechos que sean imputables a aquel, perjuicio que puede llegar a hacer incobrable el crédito o en condiciones desfavorables. La solución debe ser la misma que si, en un acto u omisión en el ejercicio de facultades de conservación del crédito, imputable al acreedor, el crédito se perjudica. En tales casos el acreedor incurrirá en responsabilidad frente al pignorante, pudiendo llegar incluso, si su crédito deviene incobrable, a provocar la extinción del crédito garantizado. Así se puede deducir de arts. como el 1170 CC (*El pago de las deudas de dinero deberá hacerse en la especie pactada y, no siendo posible entregar la especie, en la*

---

en la cuenta que se designe en el contrato, que es propia de la entidad financiera, amortizándose con su importe, de forma total o parcial, según los casos, el crédito garantizado.

<sup>407</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., considera que en este caso es razonable mantener *ad intra* su calificación como prenda, pudiendo notificarse al deudor del crédito pignorado sin más la atribución total de las facultades de cobro al acreedor como si de una cesión plena se tratase, *opus cit.* *La prenda de ...* pág. 103.

*moneda de plata u oro que tenga curso legal en España. La entrega de pagarés a la orden, o letras de cambio u otros documentos mercantiles, sólo producirá los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados, “o cuando por culpa del acreedor se hubiesen perjudicado”. Entre tanto la acción derivada de la obligación primitiva quedará en suspenso) y 1852 CC (Los fiadores, aunque sean solidarios, quedan libres de su obligación siempre que por algún hecho del acreedor no puedan quedar subrogados en los derechos, hipotecas y privilegios del mismo).*

Puede que se hayan distribuido las facultades de reclamación y/o cobro entre ambos interesados o se establezcan instrucciones precisas a las que se deba atener el deudor al efectuar el pago del crédito si su vencimiento se produce antes del garantizado. Tales instrucciones puede ir desde la realización de un pago conjunto, la designación de una entidad tercera depositaria donde efectuar el pago o, lo que suele ser frecuente que el mismo debe realizarse en una cuenta bancaria determinada indisponible para acreedor pignoraticio y deudor pignorante. En estos casos la notificación al deudor vuelve de nuevo a presentarse como imprescindible para la efectividad de lo pactado, remitiéndonos a lo que señalamos en su momento sobre quién debe realizarla. Es evidente que la pignoración no puede dejar en peor posición al deudor del crédito dado en garantía, por lo que no es exigible una diligencia especial al mismo para asegurarse de que su pago es liberatorio, razón por la cual los pactos convencionales sobre la atribución de las facultades de reclamación y cobro han de suficientemente claros y debidamente notificados.

Finalmente, a falta de pactos convencionales sobre este tema, o en el supuesto de ambigüedad de los mismos, se hace preciso establecer un régimen que sirva de aplicación supletoria.

b) Ejercicio de la facultad de cobro en caso de ausencia de pactos o insuficiencia de los mismos.

Ya hemos señalado que, las vicisitudes del crédito pignorado, motivadas por los actos que pueda realizar el pignorante (acreedor de dicho crédito), no pueden por regla general empeorar la situación del deudor de dicho crédito, que ha permanecido ajeno a los actos o negocios que pudieren tener por objeto el crédito del cual es deudor. Se hace necesario establecer un régimen de carácter supletorio para el ejercicio de la facultad de cobro y a la vez integrador de las lagunas regulativas del régimen convencional que puedan haber establecido las partes; régimen aplicable para los casos de falta de notificación, ausencia de pactos sobre el ejercicio de los derechos de cobro o insuficiencia o falta de claridad de los mismos. Ciertamente el hecho de que se notifique al deudor la pignoración del crédito no puede imponerle *per se* la obligación de asegurarse quién está legitimado para recibir el pago liberatorio, de forma que es el pignorante el que debe darle a conocer las facultades o limitaciones que pueda tener el acreedor pignoraticio y que puedan afectar al carácter liberatorio del pago que se realice al mismo (piénsese que tiene el carácter de tercero en la relación pignorante/deudor del crédito pignorado). Cualquier ambigüedad o incertidumbre generada por el pignorante, será imputable al mismo y no al deudor.

Por ello, el ejercicio de la facultad de cobro, en defecto de pacto expreso sobre la atribución individual de tal facultad o de las condiciones específicas en que se debe realizar el pago, debe sujetarse a las siguientes reglas:

1.-La simple notificación de la prenda donde se designa al acreedor pignoraticio, no puede interpretarse *per se* como atribución a éste de la facultad individual de recibir el cobro; al propio tiempo, tal notificación implicará que el deudor del crédito pignorado no pueda considerar ya que el pago al pignorante sea liberatorio. En consecuencia, una vez notificada la prenda, no son aplicables sin más los arts. 1164 CC (*El pago hecho de buena fe al que estuviere en posesión del crédito, liberará al deudor*) y 1527 CC (*El deudor, que antes de tener conocimiento de la cesión, satisfaga al acreedor, quedará libre de la obligación*).

2.- Nuestro CC contiene una norma sobre concurrencia de titularidades sobre el mismo derecho de crédito en sede de usufructo, el art. 507, del cual, aun reconociendo que sus premisas difícilmente son aplicables a la concurrencia de titularidades que genera la pignoración de un crédito, sí permite concluir<sup>408</sup> que el titular de un derecho limitado sobre un crédito debe tener la posibilidad de inmovilizar el destino de dicho crédito una vez satisfecho, razón por la que se le puede reconocer legitimación para su cobro, pero a la vez, y obtenido en su caso dicho cobro, tiene la obligación de asegurar la eventual deuda de restitución frente al cotitular concurrente una vez haya expirado su propio derecho.

3.- No hay que confundir la facultad de *reclamar* el cobro con la facultad de *recibirlo*. En efecto, si bien cabe reconocer a los dos sujetos implicados, acreedor pignoraticio y pignorante, facultad

---

<sup>408</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit.* *La prenda ...* pág. 103.

para *reclamar* el pago<sup>409</sup>, de forma análoga al ejercicio individual de las facultades conservativas del crédito, la regla general en cuanto a la facultad para *recibir* el pago debe ser la actuación conjunta. Así cabe deducirlo de la interpretación conjunta de diversos preceptos: art. 110 2º LH (*(...) se entenderán hipotecados juntamente con la finca, aunque no se mencionen en el contrato, siempre que correspondan al propietario(...)*) Segundo. *Las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario de los inmuebles hipotecados por razón de éstos, siempre que el siniestro o hecho que las motivare haya tenido lugar después de la constitución de la hipoteca y, asimismo, las procedentes de la expropiación de los inmuebles por causa de utilidad pública. Si cualquiera de estas indemnizaciones debiera hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación asegurada y quien haya de satisfacerlas hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca, se depositará su importe en la forma que convengan los interesados o, en defecto de convenio, en la establecida por los artículos 1.176 y siguientes del Código Civil*), art. 5 II LHMPD (*Si dichas indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada, el que haya de satisfacerlas entregará su importe con arreglo a lo convenido; en defecto de convenio, se consignará en la forma establecida en los artículos mil ciento setenta y seis y siguientes del Código Civil, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda*), art. 1176 II CC (*La consignación por sí sola producirá el mismo efecto (...) y cuando*

---

<sup>409</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., en *opus cit. Tratado de ...* pág. 278; GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit. La prenda de ...* pág. 106; ALEMANY EGUIDAZU, J., en *opus cit. “la prenda de créditos financieros...” RDBB* pág. 80.



*varias personas pretendan tener derecho a cobrar, o se haya extraviado el título de la obligación), art. 1177 I CC (Para que la consignación de la cosa debida libere al obligado, deberá ser previamente anunciada a las personas interesadas en el cumplimiento de la obligación), art. 40 II LCS (El asegurador a quien se haya notificado la existencia de estos derechos no podrá pagar la indemnización debida sin el consentimiento del titular del derecho real o del privilegio. En caso de contienda entre los interesados o si la indemnización hubiera de hacerse efectiva antes del vencimiento de la obligación garantizada, se depositará su importe en la forma que convenga a los interesados, y en defecto de convenio en la establecida en los artículos mil ciento setenta y seis y siguientes del Código Civil), art. 507 II CC (El usufructuario con fianza podrá dar al capital que realice el destino que estime conveniente. El usufructuario sin fianza deberá poner a interés dicho capital de acuerdo con el propietario; a falta de acuerdo entre ambos, con autorización judicial; y, en todo caso, con las garantías suficientes para mantener la integridad del capital usufructuado). De todos ellos cabe deducir una regla de actuación conjunta para recibir el pago, de forma que, a falta de tal proceder conjunto por acreedor pignoraticio y pignorante, en caso de duda por parte del deudor o interpretaciones divergentes entre las partes sobre el alcance de los pactos relativos a la legitimación para el cobro, o simplemente por la reclamación individual unida a la ausencia de cualquier tipo de pacto, el deudor deberá proceder a la consignación de lo debido con arreglo a los arts. 1176 y siguientes del CC relativos al ofrecimiento del pago y la consignación.*

*B) Posibilidad de sustitución del crédito pignorado. La*

*subrogación real.*

Nos referimos en este punto a los casos en que se produce una sustitución del crédito dado en garantía después de la constitución de la prenda. Si bien se deben distinguir dos situaciones:

Aquellas en que se procede a la realización y cobro del crédito pignorado antes de que venza el crédito garantizado. En tales casos habrá que estar en primer lugar a las reglas que las partes hayan pactado al constituir la prenda<sup>410</sup>, pudiendo por ejemplo haberse estipulado el vencimiento anticipado del crédito garantizado hasta el importe concurrente (como en el caso de pignorar el derecho a cobrar de la Administración de terminada subvención, que una vez realizada se destinará a la amortización total o parcial del préstamo garantizado); igualmente habrá que distinguir según quién haya procedido al cobro del crédito pignorado, si el acreedor garantizado puede llegar a convertirse en un depositario en interés propio y eventual deudor a la restitución del mismo caso de cumplirse la obligación garantizada; si el propio pignorante, deberá proceder a la inmovilización del importe percibido convirtiéndose en depositario en interés ajeno y eventual deudor de su entrega, según se cumpla o no finalmente el crédito garantizado.

De aquellas otras en que la sustitución del crédito dado en

---

<sup>410</sup> Entiende ALEMANY EGUIDAZU, J., *opus cit.* “La prenda de créditos financieros ...”, *RDBB*, pág. 80, que en el caso de prenda de créditos diferenciales, si el deudor básico cumple, por subrogación real, se convierte en *prenda irregular* por ser normalmente la prestación una cantidad de dinero.

prenda se produce en el ejercicio de una facultad, ya sea legal o convencionalmente reconocida a una de las partes.

Convencionalmente no parece haber problema en que se atribuya al pignorante la facultad de sustituir el crédito pignorado siempre que se haga sin detrimento de los derechos del acreedor pignoraticio. De igual forma cabe pactar situaciones en beneficio del acreedor garantizado. Así cabe imaginar situaciones de la más diversa índole, siguiendo a CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.<sup>411</sup> cabe señalar: en el caso de pignorar derechos sociales o anotaciones en cuenta puede pactarse que la prenda se extienda al crédito del que resultaría titular el socio pignorante por el saldo en el supuesto en que la sociedad se extinga o resulten reembolsados los derechos del socio; puede pignorar el sobrante de una primera ejecución pignoraticia o hipotecaria en garantía de otros créditos del mismo acreedor; si se ha pactado una reserva de dominio conforme a la LVPBM y al propio tiempo se pacta una prolongación de la garantía en forma de prenda sobre el crédito resultante de la enajenación de la cosa, autorizada por el vendedor<sup>412</sup>; o se pignora el crédito eventual de

---

<sup>411</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARIN LOPEZ, M. J., *op. cit. Tratado de los ...*, pág. 232 y 233.

<sup>412</sup> En el derecho alemán, junto a la reserva de dominio simple que viene a ser la admitida por nuestra LVPBM, se han implantado figuras como la reserva de dominio prolongada y la ampliada. La primera recae sobre un objeto que con el consentimiento del acreedor a ser vendido o transformado, incluyéndose un pacto en el sentido de que junto a la autorización del vendedor para revender se recoge una cesión anticipada de créditos por la que el revendedor cede al vendedor el crédito del precio de compra que tiene contra el tercer adquirente. La segunda garantiza no sólo el pago del precio por el comprador sino otras deudas que este tenga con el vendedor. Si bien estas figuras no caben en nuestra LVPBM pueden pactarse al margen de la misma, siquiera no como reserva de dominio en cuanto tal, pero el crédito a la reventa puede cederse o pignorar en garantía, de forma que si se dan los requisitos formales y materiales precisos, tales “reservas” valdrían al margen de la LVPBM como

restitución si por acaso la primera prenda sobre un activo material resultare ineficaz o rescindida, como en el caso de una acción revocatoria concursal (arts. 71 y 73.3 LC)<sup>413</sup>.

En cuanto a la subrogación real de origen legal es difícil encontrar algún supuesto concreto a diferencia de lo que en materia de hipoteca inmobiliaria vimos que establecían los arts. 109 LH y 1877 CC (extensión de la hipoteca al importe de las indemnizaciones concedidas o debidas al propietario por los aseguradores de los bienes hipotecados o en virtud de expropiación por causa de utilidad pública). En parecidos términos se pronuncia el art. 5 de la LHMPD en virtud del cual la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se extenderá a toda clase de indemnizaciones que correspondan al hipotecante o pignorante, concedidas o debidas por razón de los bienes hipotecados o pignorados, si el siniestro o hecho que los motiva acaeciere después de la constitución de la hipoteca o prenda. Si las indemnizaciones hubieren de pagarse antes del vencimiento de la obligación garantizada, a falta de convenio entre partes, se consignará en la forma establecida en los arts. 1176 y ss. CC, siempre que en uno y otro caso hubiere sido notificado previamente de la existencia de la hipoteca o de la prenda. Preceptos que se completan con los arts 40 a 42 de la LCS (el primero de los cuales comienza diciendo que *el derecho de los acreedores hipotecarios, pignoraticios o privilegiados sobre bienes especialmente afectos se extenderá a las*

---

prendas de crédito. CARRASCO PEREA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARIN LOPEZ, M. J., *op. cit. Tratado de los ...*, pág. 421 a 423.

<sup>413</sup> En el caso de prenda de participaciones en fondos de inversión mobiliaria y sobre las cláusulas de subrogación real puede verse MALO CONCEPCIÓN, J.V., en *opus cit.* “Prenda de participaciones en fondos ...”, págs. 228 y 229.

*indemnizaciones que correspondan al propietario por razón de los bienes hipotecados, pignorados o afectados de privilegio, si el siniestro acaeciere después de la constitución de la garantía real o del nacimiento del privilegio. A este fin el tomador del seguro o el asegurado deberán comunicar al asegurador la constitución de la hipoteca, de la prenda o el privilegio cuando tuviera conocimiento de su existencia).*

Para una prenda de crédito, ordinaria o sin desplazamiento, quizá cabría acudir, a los efectos citados, a la figura del seguro de crédito regulado por los arts. 69 a 72 LCS; establece el primero de los artículos citados que *por el seguro de crédito el asegurador se obliga, dentro de los límites establecidos en la Ley y en el contrato a indemnizar al asegurado las pérdidas finales que experimente a consecuencia de la insolvencia definitiva de sus deudores* por lo que de forma análoga a lo que ocurre en las garantías antes reseñadas cabría mantener que la garantía pignoratícia se extiende a las indemnizaciones debidas al pignorante por la insolvencia definitiva del deudor del crédito pignorado.

C) *Facultad de disposición del crédito pignorado. Posibilidad de pignoraciones posteriores.*

Distintos de los actos de conservación y defensa del crédito pignorado, por afectar a la vigencia o extensión del mismo, son todos aquellos pactos con el deudor de dicho crédito por los que se modifique éste, tales como novaciones, prórrogas, aplazamientos, remisión o condonación total o parcial, liberación de garantías,

etc..., los cuales van a requerir el concurso y consentimiento tanto del pignorante como del acreedor pignoraticio, pues a ambos beneficia o perjudica el alcance de tales acuerdos, sin que los pactados individualmente por el pignorante con el deudor sean oponibles frente al acreedor pignoraticio sin su consentimiento. Ello no obstante hay que hacer alguna precisión según la pignoración se haya o no notificado oportunamente al deudor del crédito pignorado: si la constitución de la garantía se notificó, el deudor nunca podrá alegar o invocar las novaciones del crédito convenidas con el pignorante frente al acreedor pignoraticio; por el contrario, si la notificación no tuvo lugar, el deudor goza de protección por el desconocimiento que padece de la constitución de la prenda (como se deduce *ex arts.* 1198 y 1527 CC).

Otra cosa es la disposición de su derecho por parte del pignorante, mediante una cesión de su derecho de crédito, facultad que conserva por cuanto la constitución de la prenda no le priva de poder disponer del crédito pignorado (así dice el art. 1869 I CC que *Mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella*)<sup>414</sup>. Eso sí, los posteriores cesionarios del crédito pignorado lo adquirirán con la carga de la prenda<sup>415</sup>. Los posibles conflictos entre acreedor

---

<sup>414</sup> En tal sentido ALEMANY EGUIDAZU, J., en *opus cit.* “La prenda de créditos financieros...”, *RDBB*, págs. 80-81, la constitución de la prenda no impide que el pignorante-cedente disponga del crédito pignorado poniéndolo en conocimiento del acreedor pignoraticio, el cual por el contrario carecerá de poder de disposición sobre el crédito básico por no justificarlo la causa de garantía del contrato; lo que se podría es ceder o subpignorar su propio crédito pignoraticio.

<sup>415</sup> *Vide* entre otros AVILÉS GARCÍA, J., en *opus cit.*, “Concurrencia, oponibilidad y ...”, pág. 234, *Transmitido el crédito pignorado, la situación jurídica del acreedor pignoraticio parece que debe ser firme, por cuanto que no existe en este ámbito un sistema de publicidad o unas normas de protección de confianza en la apariencia, por lo que el tercer adquirente deberá*

pignoraticio y un cesionario pleno posterior deberán resolverse atendiendo a la regla de la prioridad temporal<sup>416</sup> (con el juego de la fecha fehaciente de los arts. 1526 y 1865 CC). Siguiendo esta regla general, si las fechas de formalización de la cesión y la garantía son distintas, prevalece la más antigua, pero ¿qué ocurre si la cesión plena del crédito y la prenda se formalizaron el mismo día y con los documentos precisos en cada caso para gozar de fecha fehaciente? Si ambas, la cesión plena y la pignoración se notifican al deudor, y no cabe acreditar cuál de los derechos es anterior al otro, el deudor deberá proceder a la consignación, y sin perjuicio de la responsabilidad en que pueda incurrir el cedente/pignorante, la solución más justa es proceder a distribuir la prestación cumplida a prorrata entre cesionario pleno y acreedor pignoraticio.

Tal principio de prioridad temporal, puede, no obstante, tener excepciones basadas en la protección de la apariencia y en la seguridad del tráfico jurídico. Así en el caso de que la cesión plena posterior se notifique al deudor, al cual no se le hizo saber oportunamente la pignoración del crédito, y éste de buena fe paga al acreedor posterior, su pago será liberatorio, sin perjuicio de las acciones que el acreedor pignoraticio pueda tener contra del pignorante/cedente posterior. O en los casos en que el acreedor pignoraticio conociese, antes de la formalización de la pignoración,

---

*soportar siempre las consecuencias jurídicas derivadas de la prenda constituida y que podrá hacerse valer frente a él.*

<sup>416</sup> Si se tratara de varias cesiones plenas, es decir, ante casos de *doble cesión* del crédito, la regla general es que prevalezca la primera cesión por cuanto la segunda es nula por falta de poder de disposición del cedente, de forma que el segundo cesionario dispondría únicamente de acción contra el cedente para reclamarle responsabilidad por la falta de legitimidad del crédito en virtud de la garantía *veritas nominis* (*ex art. 1529 CC El vendedor de buena fe responderá de la existencia y legitimidad del crédito al tiempo de la venta, a no ser que se haya vendido como dudoso (...)*).

la existencia de una cesión plena del crédito aun con el *defecto* formal de carecer de fecha fehaciente, supuesto en el que la mala fe del acreedor pignoraticio debe provocar que no pueda oponer su derecho frente a la titularidad del cesionario pleno del crédito<sup>417</sup>.

La constitución de prendas sucesivas sobre un mismo crédito y en garantía de distintos acreedores presenta un problema peculiar que, al menos en principio, no se da cuando el objeto de la garantía es una cosa corporal.

En el caso de las cosas corporales, las mismas pueden por lo general, ser ejecutadas indefinidamente en pago de sucesivas prendas constituidas en garantía de obligaciones titularidad de diferentes acreedores<sup>418</sup>. Por el contrario si el objeto de la garantía es un derecho de crédito, por definición, éste se agotará como objeto posible de garantía con su ejercicio debido a que el cobro del crédito es el modo común de ejecución de la prenda, lo que al propio tiempo es la causa normal de extinción de la deuda (art. 1156 pto 1 CC *Las obligaciones se extinguen: Por el pago o cumplimiento*).

A pesar de ello no es infrecuente en la práctica el caso en que un acreedor consiente en recibir en garantía una segunda prenda sobre un crédito ya pignorado a favor de un tercero. Ello no

---

<sup>417</sup> Vide argumentos similares en GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit. La prenda...* pág. 98; ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit. La prenda...* pág. 228-229; MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., *Comentarios al Código civil I*, Madrid, 1990, págs. 54 y ss.

<sup>418</sup> La concurrencia de sucesivas prendas sobre cosas corporales tampoco está exenta de problemas. El planteamiento de la cuestión puede verse en VEIGA COPO, A., *opus cit. Tratado de la ...* págs. 301-306.



es posible en Cataluña donde el art. 569-15 número 1 de la Ley 5/2006, de 10 de mayo, del Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales. Dispone que *un bien empeñado no puede volverse a empeñar, salvo que sea a favor de los propios acreedores y se distribuya la responsabilidad de las obligaciones garantizadas* pero sí en el resto del territorio nacional.

A fin de solucionar el posible conflicto entre pignoraciones sucesivas habrá que estar:

1.- En primer término al acuerdo entre los propios acreedores garantizados. En efecto es posible que las prendas sucesivas tenga su origen en un acuerdo de subordinación de los diversos créditos garantizados, pero igualmente cabe que dos o más acreedores constituyan prendas del mismo rango, en cuyo caso cabe que se pacte la distribución de la garantía afecta a los distintos créditos o se prevea una ejecución conjunta a través de un agente común, o si no se pacta ninguna de estas posibilidades que simplemente la prenda que se ejecute en primer lugar pase a la condición de subordinada, por analogía con lo que para la hipoteca inmobiliaria se prevé en el art. 155 párrafo 2º LH y art. 227 RH<sup>419</sup>.

2.- Y a falta de un acuerdo entre los distintos acreedores, es difícil dar una solución de tipo general. Desde un punto de vista práctico CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y

---

<sup>419</sup> Dice el art. 155 párrafo 2º LH que *En el caso de existir otros títulos con igual derecho que los que sean base de la ejecución, habrá de verificarse la subasta y la venta de las fincas objeto del procedimiento, dejando subsistentes las hipotecas correspondientes al valor total de dichos títulos, y entendiéndose que el rematante las acepta y se subroga en ellas, sin destinarse a su pago o extinción el precio del remate, (...) y el art. 227 RH que *Se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor.**

MARÍN LÓPEZ, M. J.<sup>420</sup> señalan que es preferible que el acreedor subordinado se haga constituir una primera prenda pero sometida a la condición suspensiva de la inexistencia, ineficacia o cancelación sin ejecución de la prenda de primer rango y a la vez una prenda del remanente que será una prenda ordinaria de crédito de primer rango (prenda del crédito a la restitución del remanente que el deudor pignoraticio tiene contra el acreedor ejecutante, si éste ejecuta la prenda y hay superávit) notificada al acreedor del primer rango que a su vez es el deudor final del crédito eventual del remanente; en tal caso el efecto será el de todo acreedor con garantía de segundo rango, esto es, si la primera prenda se ejecuta y no hay remanente en la ejecución, el segundo acreedor ve extinguida su garantía.

La situación se complica por la posibilidad de concurrencia con una prenda sin desplazamiento de créditos, figura como ya vimos introducida en la disposición final 3º de la Ley 41/2007 en el art. 54 LHMPD. Recordemos que además se modifica el art. 2 de dicha ley que en su redacción anterior vetaba la posibilidad de pignoraciones sucesivas (*No podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado*). Dicho art. 2 en su redacción vigente dispone que *Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar*

---

<sup>420</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARIN LOPEZ, M. J., *opus cit.*, pág. 257.

*los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar(...).* La Ley 41/2007 sin embargo no modificó el art. 55 que en su párrafo 2º señala que *Tampoco podrá constituirse prenda ordinaria sobre bienes que se hallen pignorados con arreglo a esta Ley.* Cabe distinguir según la concurrencia con una *prenda sin desplazamiento de crédito* lo es con una *prenda ordinaria de crédito* anterior o posterior a aquella. Caso de constituirse una *prenda ordinaria* de créditos y con posterioridad una *prenda sin desplazamiento* sobre el mismo crédito, debe prevalecer la *prenda ordinaria* construida en primer lugar sin que pueda alegarse el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, y así se desprende claramente del art. 56 LHMPD (*La constitución de la prenda no perjudicará, en ningún caso, los derechos legítimamente adquiridos, en virtud de documento de fecha auténtica anterior, por terceras personas sobre los bienes pignorados y sin perjuicio de la responsabilidad, civil y criminal, en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen*). Más dudas puede plantear el supuesto contrario, esto es, que primera se constituya una *prenda sin desplazamiento* sobre un crédito y posteriormente un *prenda ordinaria*, sobre todo si se interpreta literalmente la norma del art. 55 párrafo 2º. Sí se puede afirmar, pues lo contrario sería reducir el sistema al absurdo, que prevalecerá la *prenda sin desplazamiento* anterior sobre la *ordinaria* posterior constituida sobre el mismo crédito; pero la cuestión es si esta *prenda ordinaria* posterior resulta simplemente

postergada o se puede considerar nula por aplicación del art. 55 II. La interpretación literal de dicho precepto no conduce a una solución lógica pues no parece tener sentido permitir constituir una prenda *sin desplazamiento* sobre un crédito gravado ya con prenda *ordinaria* y por el contrario no admitir el caso opuesto. Y no tiene sentido por que, como ya dijimos no es aplicable a la prenda sin desplazamiento el principio de inoponibilidad de lo no inscrito, lo que obliga a concluir que la finalidad de la norma del art. 55 II no se encuentra en privilegiar al acreedor con su garantía inscrita. Modificado el art. 2, cabe integrar lo dispuesto en el art. 55 II con lo dispuesto en el precepto modificado, en el sentido de admitir una prenda ordinaria posterior y por tanto sucesiva respecto a una sin desplazamiento anterior e inscrita en el RBM en base a dos argumentos<sup>421</sup>:

I.- Un primer argumento *lógico-sistemático* en el sentido de que lo establecido en el art. 55 II debe buscarse en el requisito del mantenimiento del *status loci* de las cosas gravadas con prenda sin desplazamiento, pues el desplazamiento posesorio exigido en la prenda ordinaria de bienes tangibles sería incompatible con el mantenimiento del *status loci* fijado en el título de constitución de la prenda sin desplazamiento; en consecuencia si el bien gravado hubiese, por la razón que fuera, perdido su *status loci* sí sería

---

<sup>421</sup> Con diversos argumentos admiten esta posibilidad, entre otros, PEREZ DE MADRID CARRERAS, V., en *opus cit* “Prenda sin desplazamiento...” *Diario La Ley*, y CARRASCO PERERA, A., en *opus cit*. “Nuevos dilemas en el mercado...” *Diario la Ley*. El primero se basa fundamentalmente en el argumento cronológico y el segundo en una interpretación sistemática que salve la aparente contradicción entre la nueva redacción del art.2 y la del art. 55 LHMPD. Entiende CARRASCO PERERA, A., que si lo que se trataba de conseguir con el art. 55 II *era privilegiar al acreedor inscrito, bastaba con haber formulado un regla clásica de oponibilidad registral: los derechos de garantía inscritos se imponen a cualesquiera titulares de derechos posteriores, inscritos o no inscritos.*

posible una prenda ordinaria sobre un bien gravado con una prenda sin desplazamiento. Pero ocurre que los créditos no pueden tener un *status loci* determinado, siendo inaplicable la prevención del art. 55 II, por lo que las dos prendas, sin desplazamiento y ordinaria, podrían coexistir aun sometidas al criterio de prioridad temporal.

2.- Un segundo argumento *cronológico* pues el propio art. 2 en su nueva redacción previene en su último párrafo que *El presente apartado carecerá de efectos retroactivos*. Cabe concluir pues que coexistirían dos tipos de prenda sin desplazamiento con dos soluciones distintas en cuanto a la concurrencia de gravámenes: de una parte, las prendas sin desplazamiento constituidas con anterioridad a la entrada en vigor de la ley 41/2007 bajo un sistema que trata de evitar la concurrencia de gravámenes y respecto de las cuales sería plenamente aplicable la norma prohibitiva del art. 55; y de otra parte, las prendas sin desplazamiento constituidas con posterioridad a la ley 41/2007 bajo un sistema que bajo la idea de facilitar el *crédito mobiliario* admite la concurrencia de gravámenes y a las que no se aplicaría la norma prohibitiva del citado art. 55.

5. Excepciones oponibles por el deudor del crédito pignorado.

Es pacífico en la doctrina que la posición del deudor del crédito pignorado, y por lo que refiere al régimen de excepciones oponibles por el mismo, debe ser asimilada a la del deudor en el caso de una cesión del crédito y partir de un principio básico, aquel que afirma que la posición del deudor no puede empeorar por causa

de la pignoración o cesión<sup>422</sup>. No existe una formulación general de tal principio pero puede extraerse de la norma del art. 149 II LH, susceptible en este punto de generalización, cuando dice que *El deudor no quedará obligado por dicho contrato (cesión del crédito o préstamo hipotecario) a más que lo estuviere por el suyo*. Ello no es sino concreción de los principios *nemo plus iuris ad alium transferre potest quam ipse habeat* (nadie puede transmitir a otro más derecho del que él mismo tiene) y *res inter alios acta tertiis neque prodest neque nocet* (lo pactado entre partes nunca puede perjudicar a terceros). A falta de una regulación concreta, el régimen de las excepciones oponibles se construye a partir del art. 1198 CC<sup>423</sup> que, en materia de compensación, dispone que *El deudor que hubiere consentido en la cesión de derechos hecha por un acreedor a favor de un tercero, no podrá oponer al cesionario la compensación que le correspondería contra el cedente*.

*Si el acreedor le hizo saber la cesión y el deudor no la consintió, puede oponer la compensación de las deudas anteriores a ella, pero no la de las posteriores.*

*Si la cesión se realiza sin conocimiento del deudor, podrá*

---

<sup>422</sup> Vide ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit. La prenda de créditos* págs. 175 y ss.; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de los Derecho de garantía, t II*, págs. 279-281, 3ª Edición; DÍEZ PICAZO, L., *opus cit., Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, t II, págs. 988 y ss. GARCÍA VICENTE, J.M., *opus cit. La prenda de crédito*, págs. 128-121; MORALEJOS IMBERNÓN, N., *opus cit. Tratado de contratos*, pág. 4261; PANTALEÓN PRIETO, F., *opus cit. "Cesión de créditos"*, págs. 1116-1128.

<sup>423</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit. La prenda...* distingue distintas situaciones en función del conocimiento o consentimiento que el deudor tuviere de la pignoración. Una primera, la aceptación sin reservas por parte del deudor. Una segunda, la aceptación con reservas lo que determinaría la subsistencia de excepciones. Una tercera, en que el deudor manifiesta su oposición en que subsisten las excepciones oponibles hasta el conocimiento de la prenda *ex art. 1198 II CC*. Y una cuarta, que supone la ignorancia del deudor, situación en la que son oponibles todas las excepciones, anteriores y posteriores a la constitución de la prenda (*ex art. 1198 III CC*).

*éste oponer la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión.*

Para un adecuado entendimiento del régimen de excepciones oponibles, podemos distinguir según procedan del negocio jurídico que da origen al derecho de crédito pignorado o del propio contrato de constitución de la prenda (afectantes a su validez o eficacia).

A) *Procedentes del negocio jurídico origen del crédito pignorado.*

En el caso de que la pignoración no haya sido notificada al deudor serán oponibles todas las excepciones procedentes del negocio origen del crédito pignorado, sean anteriores o posteriores a la celebración del contrato de pignoración, y ello hasta el momento del conocimiento. Se adopta así la solución que para la compensación recoge el art. 1198 III CC antes citado (puede oponer *la compensación de los créditos anteriores a ella y de los posteriores hasta que hubiese tenido conocimiento de la cesión*). El fundamento jurídico no es otro que el derivado del art. 1527 CC, en tanto no tenga conocimiento el deudor de la cesión/pignoración no le es oponible y sigue vinculado con el pignorante. En general el deudor podrá oponer al acreedor pignoraticio las excepciones derivadas del negocio origen del crédito y que afecten al mismo, nulidad por ilicitud de la causa, anulabilidad por incapacidad del deudor o por vicios del consentimiento (error, violencia, dolo o intimidación) sufridos por él mismo; la extinción de la deuda por pago, transacción, novación, etc... Por lo que refiere a la

simulación, el principio de buena fe debe impedir que el deudor oponga al acreedor pignoraticio la simulación del contrato origen del crédito pignorado que vincula a deudor y pignorante<sup>424</sup>.

Si la pignoración del crédito se ha notificado al deudor sin que éste formula reserva alguna, el art. 1198 I CC impide al deudor oponer al cesionario (acreedor pignoraticio) la compensación ya producida frente al cedente. La misma solución aplicada a la compensación cabe predicarse de la posibilidad de oponer como excepción la prescripción<sup>425</sup>. Otras excepciones objetivas derivadas de la relación jurídica del crédito (prórroga de plazo, remisión parcial, nulidad, pago, cumplimiento de condiciones, etc.) y fundadas en pactos anteriores a la pignoración podrán ser opuestas por el deudor aunque sobre él recaerá la carga de la prueba de la existencia y contenido de tales pactos; por el contrario, no podrá oponer las excepciones personales que hubiere podido oponer al pignorante, pues la aceptación pura convalida los posibles vicios

---

<sup>424</sup> En este sentido CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado ...* 3ª edic. pág. 280. En contra parece admitir la oponibilidad de la simulación PANTALEÓN PRIETO, F., *opus cit. "Cesión de créditos"* pág. 1116 aunque en tal caso con la excepción derivada del § 405 BGB cuyas disposiciones entiende son aplicables a nuestro derecho cuando señala que *Si el deudor ha otorgado un documento sobre la deuda, no puede, si el crédito se cede bajo presentación del documento, alegar frente al nuevo acreedor que el contraer o el reconocer la relación obligatoria sólo se ha realizado con fines de simulación, o que la cesión está excluida por pacto con el primitivo acreedor, a no ser que el nuevo acreedor conociera o debiera conocer el estado de las cosas en el momento de la cesión.*

<sup>425</sup> Esta solución la basa la doctrina bien en considerar que la aceptación sin reservas implica una renuncia tácita a la compensación o a la prescripción (del art. 1935 CC se desprende que la prescripción entra en el ámbito de la autonomía de la voluntad al decir que *Las personas con capacidad para enajenar pueden renunciar la prescripción ganada pero no el derecho de prescribir para lo sucesivo. Entiéndese tácitamente renunciada la prescripción cuando la renuncia resulta de actos que hacen suponer el abandono del derecho adquirido*) bien en la doctrina de los *proprios actos* entendiendo que al aceptar simplemente el deudor la prenda queda vinculado con el acreedor pignoraticio sometiéndose así a todas las consecuencias del contrato.



del contrato entre deudor y aquel.

Distinto es el caso de que, ante la notificación de la prenda, el deudor se reserve excepciones que tuviese frente al pignorante, en cuyo caso podría oponerlas al acreedor pignoraticio pero siempre que las desconociese en el momento de la aceptación. Si las conociese y aun así acepta no podría oponerlas con posterioridad<sup>426</sup>.

En el caso de que los créditos pignorados deriven de contratos bilaterales pendientes de cumplimiento podría el deudor/contraparte del contrato oponer las excepciones derivadas del contrato, tales como la facultad resolutoria *ex art. 1124 CC* o la *exceptio non adimpleti contractus*, tanto frente al pignorante como frente al acreedor pignoraticio incluso aun en casos de incumplimiento del pignorante posteriores a la prenda o a su notificación<sup>427</sup>.

B) *Procedentes del contrato de constitución de la prenda.*

Un sector de la doctrina mantienen que en este caso la regla general es que el deudor no puede oponer las excepciones que procedan del negocio jurídico constitutivo de la prenda dado que no es parte en el mismo, sobre todo en el caso de las excepciones derivadas de vicios del consentimiento del pignorante, respecto de las cuales consideran que no son oponibles por el carácter

---

<sup>426</sup> En base al principio *protestatio facto contraria non valet*.

<sup>427</sup> En tal sentido CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., en *opus cit. Tratado de los ...*3ª edic. pág 279; GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit. La prenda ...* pág.118.

personalista que por analogía de preceptos como los arts. 1148<sup>428</sup> y 1853<sup>429</sup> CC, cabe predicarse de las mismas<sup>430</sup>. Por el contrario otro sector doctrina, sí admite la oponibilidad de determinadas excepciones, así PANTALEÓN PRIETO<sup>431</sup> considera *indiscutible* pueda oponer al cesionario que no ha llegado a ser titular del crédito porque el contrato de cesión fue simulado, nulo por falta absoluta de consentimiento, indeterminación del objeto, ilicitud de la causa, defecto de forma (v. gr. en una donación de crédito) o porque no se ha cumplido la condición suspensiva o término inicial a que se halla subordinado la eficacia del negocio, etc...; y afirma que *ningún argumento en contra de todo lo anterior puede deducirse del hecho de que, en ocasiones, el deudor no oponga, pese a conocerla, una de las excepciones y pague al (sedicente) cesionario, pueda quedar liberado ex artículo 1164 CC...* En nuestra opinión la oponibilidad sólo podría predicarse en el caso de que la relación jurídica compleja crédito garantizado/crédito pignorado presente una estructura *bipartita* y no *tripartita*, esto es, que el pignorante sea a la vez acreedor del crédito pignorado del cual el acreedor pignoraticio es el deudor, en el caso típico de la pignoración de saldos bancarios titularidad del prestatario existentes en la entidad prestamista. En otro caso la cuestión

---

<sup>428</sup> Art. 1148 CC *El deudor solidario podrá utilizar, contra las reclamaciones del acreedor, todas las excepciones que se deriven de la naturaleza de la obligación y las que le sean personales. De las que personalmente correspondan a los demás sólo podrá servirse en la parte de deuda de que éstos fueren responsables.*

<sup>429</sup> Ar 1853 CC *El fiador puede oponer al acreedor todas las excepciones que competan al deudor principal y sean inherentes a la deuda; mas no las que sean puramente personales del deudor.*

<sup>430</sup> En este sentido GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit.* pág. 119; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit.* 3ª edic. pág. 280.

<sup>431</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., *opus cit.* “Cesión de ...”, ADC, págs. 1122 y ss.; FINEZ RATON, J.M., en *opus cit.* *Garantías sobre cuentas y ...* pág. 215 y ss.

debería reconducirse a la determinación de la diligencia exigible al deudor del crédito pignorado a la hora de realizar el pago al acreedor pignoraticio, para que éste sea liberatorio y no puede encontrarse en la situación de verse reclamado por su acreedor/pignorante del crédito por los perjuicios ocasionados en base a que el acreedor pignoraticio carecía de título válido para recibir el pago. Podemos distinguir dos situaciones: una primera, en la que la conducta del pignorante haya creado una apariencia de regularidad en la constitución de la prenda (por ejemplo por la notificación realizada al deudor por el propio pignorante o con su consentimiento), situación en la que no parece razonable imponer al deudor del crédito pignorado la carga de investigar si subsiste o no la facultad de cobro del acreedor pignoraticio, incluso, aun conociendo la posibilidad de la existencia de una posible excepción oponible a la reclamación de cobro por parte del acreedor pignoraticio, la conducta del pignorante viene a convalidar la apariencia de regularidad de la prenda; la situación será distinta si el pignorante le da noticia de la existencia de excepciones que permitan dudar razonablemente de la subsistencia de la facultad de cobro del acreedor pignoraticio, en tal caso lo más apropiado es acudir a la consignación (cabe recordar que el art. 1176 II CC incluye entre los posibles supuestos de consignación *cuando varias personas pretendan tener derecho a cobrar*)<sup>432</sup>.

---

<sup>432</sup> Vide GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit.* *La prenda ...* págs. 120-121, señala que *la consignación deberá entenderse bien hecha y no supondrá ejercicio abusivo de la facultad de liberarse coactivamente porque había elementos que justificaban esta conducta. Si finalmente se acredita que el pignorante suministró datos falsos o no impugnó (o impugnó sin éxito) la validez del contrato de prenda, el retraso en recibir el cobro por parte del acreedor prendario será imputable a la conducta del pignorante y en esa sede deberá tratarse.*

### III. FASE DINAMICA DE REALIZACIÓN DE LA PRENDA.

1. La preferencia del acreedor garantizado con prenda de créditos.

El valor de la prenda como garantía<sup>433</sup>, como la generalidad de las mismas, viene determinada por la preferencia que al acreedor garantizado le atribuye frente a terceros, y se concreta:

De una parte en la subsistencia de la garantía aunque se transmita a terceros el bien o derecho pignorado. Es la llamada *reipersecutoriedad* que en el caso de la garantía hipotecaria sobre inmuebles resulta de los arts. 1876 CC y 104 LH de idéntico contenido (*La hipoteca sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida*). Este carácter no es predicable o al menos no con la misma intensidad respecto de todas las garantías reales. Para la hipoteca mobiliaria dispone en iguales términos el art. 16 LHMPD que *La hipoteca mobiliaria sujeta, directa e inmediatamente, los bienes sobre los que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya*

---

<sup>433</sup> Señala no obstante GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit.* *La prenda de ...* págs. 123-124 que la prenda de créditos no disfruta de alguna de las ventajas propias de las garantías reales. No elimina los costes de vigilar la solvencia del deudor del crédito cedido, ni la vigilancia sobre el propio pignorante (sea o no el deudor del crédito garantizado) cuando el crédito pignorado es un crédito futuro o derivado de un contrato bilateral pendiente de cumplimiento. A esto añade la falta de incentivos en el pignorante para el pago ordinario del crédito garantizado sin tener que recurrir a la realización de la prenda, dado que el coste del cumplimiento del crédito garantizado y de la ejecución son iguales (son los derivados del ejercicio del derecho de cobro).

*seguridad fue constituida.* Por el contrario no hay referencia en la LHMPSD a la eficacia que la prenda sin desplazamiento pueda tener respecto de tercero que haya tomado la posesión de la cosa pignorada y depositada en poder del deudor; este tema fue debatido por la doctrina, pero del silencio de la ley puede deducirse que, al menos frente a adquirentes de buena fe, la prenda sin desplazamiento no tiene eficacia real siempre que se dé una posesión efectiva de tal tercer adquirente. Por lo que refiere a la prenda ordinaria o posesoria no se recoge expresamente para la prenda en el régimen del Código civil un artículo semejante al de la hipoteca, pero es evidente que la prenda debe ser oponible a los sucesivos adquirentes de la cosa pignorada, procediendo así una aplicación analógica del citado art. 1876 CC, bien entendido que en la prenda posesoria es de esencia de la misma que el acreedor conserve la cosa en su poder, pues caso contrario perdería los efectos de la reipersecutoriedad y de preferencia (lo que se deduce de los arts. 1191 CC que presume *remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor*; 1863 CC que fija el requisito a la hora de constituir el derecho de prenda en *que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo*; y 1922 2º CC que atribuye preferencia a los créditos *garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor*). Tratándose de prenda ordinaria de créditos, donde ya hemos visto que no cabe posesión en sentido propio, los cesionarios posteriores del crédito quedarían afectos a la garantía siempre que ésta se haya constituido de forma válida y eficaz, teniendo gran relevancia a estos efectos la utilización de la forma documental adecuada y la oportuna notificación al deudor; pero las especiales características

del derecho de crédito como objeto de garantía determinan que no se disfrute de la misma seguridad que en otras garantías reales, dada la mayor volatilidad de los derechos de crédito. El acreedor garantizado va a tener la carga añadida de asegurarse de la solvencia no sólo de su deudor (el del crédito garantizado), sino también del deudor del crédito pignorado e incluso sobre el pignorante (sea el deudor principal o un tercero) si el crédito pignorado deriva de un contrato bilateral pendiente de cumplimiento pues las vicisitudes del mismo o incumplimiento por su parte pueden afectar a la efectividad del crédito pignorado, y lo mismo si se trata de un crédito futuro el que es objeto de pignoración.

Y de otra parte se concreta en la facultad de cobrarse con prelación a cualquier otro acreedor cuando se realicen los bienes afectos incluso aunque el derecho pignorado sea objeto de embargo por un tercero.

En su momento la asimilación de la garantía del acreedor garantizado con prenda de créditos y con la de todo acreedor pignoraticio fue controvertida, sobre todo para los autores que negaban a la prenda de créditos la virtualidad de ser tal prenda y por tanto de constituir una verdadera garantía real. Como ya vimos al tratar el tema de su naturaleza jurídica, autores como GIL RODRÍGUEZ sobre la base de considerar la llamada *prenda de créditos* una garantía convencional y atípica, que en cuanto tal no podía derogar los principios de responsabilidad patrimonial universal del deudor (art. 1911 CC) y de la *par conditio creditorum*, entendían que la *pignoración* de un simple crédito aun

constando en documento público no llenaba las exigencias del privilegio especial pignoraticio sino a lo más la preferencia general del quirografario; esta idea la mantuvo el TS en las ya citadas sentencias de 27 de diciembre de 1985, 18 de julio de 1989 y 28 de noviembre de 1989.

Otros como ARANDA RODRÍGUEZ, aun no asimilando esta garantía a la prenda propiamente dicha, por la causa de garantía de la cesión del crédito, ya defendió su configuración como derecho personal con *eficacia real*<sup>434</sup>, atribuyéndole por esta vía el mismo privilegio que el de todo acreedor pignoraticio. De igual forma PANTALEÓN<sup>435</sup> señaló que “puesto que el cesionario/acreedor pignoraticio es un especial pero verdadero cotitular del crédito pignorado, *su posición respecto de él no puede ser sino privilegiada frente a los restantes acreedores del cedente/constituyente de la prenda*, por hipótesis no cotitulares del crédito en cuestión<sup>436</sup>. Los defensores de la admisibilidad de la

---

<sup>434</sup> Expone sus argumentos en ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.* *La prenda de...* págs.215 y ss. “La prenda de crédito como figura de garantía es una figura análoga a la prenda ordinaria. En ambos casos, el pignorante y/o cedente efectúa a favor del acreedor pignoraticio la transmisión del contenido atributivo o contenido económico del bien pignorado. En ambos casos, el acreedor pignoraticio obtiene un poder absoluto y exclusivo sobre ese bien patrimonial. La única diferencia entre el derecho del acreedor pignoraticio ordinario y el derecho del acreedor pignoraticio de un crédito está en la nota de inmediatividad que caracteriza al primero como consecuencia del desplazamiento posesorio. Esta nota diferencial está ocasionada exclusivamente por la propia naturaleza del objeto pignorado.

<sup>435</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., *opus cit.* “Prenda de créditos...”, págs.182 y ss.

<sup>436</sup> Concluye PANTALEÓN afirmando que sólo resta elegir si el privilegio del cesionario en garantía de un crédito quiere fundarse en una interpretación extensiva del número 2º del art. 1922 del Código Civil; o en su aplicación analógica frente a la regla general del *par conditio creditorum* no tomando al pie de la letra, como no lo hace la doctrina mayoritaria la norma del art. 4.2 del mismo Código; o en esa misma “naturaleza de las cosas” que ha servido para que la opinión absolutamente dominante no dude de que el acreedor

configuración de la garantía sobre créditos como prenda, ya analógica a la prenda sobre cosas, ya como prenda con especialidades en razón de su objeto, admitían sin duda la preferencia del acreedor pignoraticio de créditos. Finalmente, el Tribunal Supremo en las sentencias de 19 abril y 7 octubre de 1997, como ya vimos, dejó establecido que las prendas de créditos, incluidas las denominadas prendas sobre deuda propia, otorgan al acreedor pignoraticio una posición privilegiada frente a los restantes acreedores del constituyente de la prenda, que cuenta en caso de quiebra de éste, con un derecho de ejecución separada.

Tras la promulgación de la Ley Concursal, una vez reconocida la prelación propia del acreedor pignoraticio al garantizado con prenda de créditos en el art. 90.1.6ª, la misma preferencia debe ser predicada fuera del concurso por la evidente incongruencia que supondría negar la prelación fuera del concurso y consentirla cuando el crédito pase a formar parte de la masa del concurso. En consecuencia y en el caso de la prenda de crédito, el acreedor pignoraticio gozará de la prelación de los arts. 1922.1º y 1926. 1ª CC<sup>437</sup>.

Dice así el art. 1922.2º CC *Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia: (...)*

*2.º Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.*

Y el art. 1926 1º CC *Los créditos que gozan de preferencia*

---

anticrético es un acreedor privilegiado respecto de la finca dada en anticresis a pesar del silencio al respecto del art. 1923 del Código Civil.

<sup>437</sup> Vide entre otros AVILÉS GARCÍA, J., en *opus cit.*, “Concurrencia, oponibilidad y ...”, *RDBB*, págs. 224 y ss.



*con relación a determinados bienes muebles excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere.*

*Si concurren dos o más respecto a determinados muebles, se observarán, en cuanto a la prelación para su pago, las reglas siguientes:*

*1.ª El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda (...).*

Si después de la ejecución quedare remanente dispone el art. 1928 I CC que *El remanente del caudal del deudor, después de pagados los créditos que gocen de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, se acumulará a los bienes libres que aquél tuviere para el pago de los demás créditos.* Si por el contrario no llega a cobrarse íntegramente el crédito garantizado dispone el art. 1928 II CC que *Los que, gozando de preferencia con relación a determinados bienes, muebles o inmuebles, no hubiesen sido totalmente satisfechos con el importe de éstos, lo serán, en cuanto al déficit, por el orden y en el lugar que les corresponda según su respectiva naturaleza.*

Estos preceptos siguen vigentes en tanto no se cumpla el mandato que al legislador dio la disposición final 33ª LC<sup>438</sup>. Existe una Propuesta de Anteproyecto de Ley de modificación de los Capítulos II y III del Título XVII del Libro IV del Código Civil<sup>439</sup>

---

<sup>438</sup> Ley 22/2003 Concursal. *Disposición final trigésima tercera. Proyecto de Ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos.*

*En el plazo de seis meses a contar desde la entrada en vigor de esta Ley, el Gobierno remitirá a las Cortes Generales un proyecto de ley reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en caso de ejecuciones singulares.*

<sup>439</sup> Puede leerse en el Boletín Informativo del Ministerio de Justicia,

reguladora de la concurrencia y prelación de créditos en ejecuciones singulares, y en la redacción propuesta para el art. 1922.1.4º CC se dispone que *Con relación a determinados bienes del deudor, gozan de preferencia: (...) 4.º Los créditos garantizados con prenda de cualesquiera bienes susceptibles de posesión, sobre los bienes pignorados, siempre que se encuentren en poder del acreedor o de un tercero de común acuerdo, si consta por instrumento público la certeza de su fecha, así como los créditos garantizados con cesión de otros créditos del deudor o un tercero sobre los créditos cedidos en garantía. Se equiparan a los anteriores los créditos nacidos de contratos de compraventa a plazos de bienes muebles garantizados con reserva de dominio o prohibición de disponer inscritas en el Registro de Bienes Muebles, sobre los bienes vendidos.* Dejando de lado la redacción del precepto, criticable en varios aspectos<sup>440</sup>, lo cierto es que la generalidad de la doctrina ha criticado tal duplicidad de regímenes de preferencia con dos órdenes de prelación<sup>441</sup>.

En cualquier caso el crédito pignoraticio por mor de los preceptos citados excluirá a los demás hasta donde alcance el importe del crédito pignorado, junto con los intereses y expensas en su caso. Ello se manifestará no sólo cuando se pretenda ejecutar alguna otra garantía, sino también cuando se ejerciten facultades o derechos que hagan inútil la pignoración del crédito; piénsese por

---

número 1988, de 1 de mayo de 2005, págs. 2092 y ss.

<sup>440</sup> Desde la terminología, por utilizar la expresión *cesión de créditos en garantía*, y no la más consagrada de *prenda de créditos* hasta la falta de claridad en cuanto a los requisitos de oponibilidad, que en nuestra opinión, como ya tuvimos ocasión de defender debiera ser el instrumento público (*en contra GARCÍA VICENTE*, entre otros, *opus cit. La prenda ...* pág. 65).

<sup>441</sup> Crítica que se viene haciendo desde el momento mismo de la promulgación de la Ley Concursal.

ejemplo en la compensación convencional que se intente hacer valer por el deudor del crédito pignorado respecto del crédito que se quiere compensar y del que es a su vez acreedor, supuesto habitual, y así lo ha contemplado el TS<sup>442</sup>, en las compensaciones convencionalmente pactadas en los casos de imposiciones a plazo fijo entre la entidad bancaria depositaria y el cliente, cuando tales imposiciones son pignoradas en garantía de un tercero, supuesto en que las entidades bancarias han pretendido hacer valer su derecho a la compensación sobre el derecho real de prenda; en tales casos el acreedor pignoraticio puede hacer valer su preferencia.

Aunque tal preferencia no es absoluta<sup>443</sup> por cuanto los créditos pignorados estarán sujetos de modo preferente a la satisfacción de los créditos salariales, tal y como resulta del art. 32 del ET<sup>444</sup> (Estatuto de los Trabajadores) aprobado por Real Decreto

---

<sup>442</sup> Entre otras *vide* las ya citadas sentencias TS de 19 de septiembre de 1987 y 18 de julio de 1989.

<sup>443</sup> *Vide* CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., en *opus cit. Tratados de los ...* respecto de la prenda en general págs. 197-198; GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit. La prenda...* pág. 129.

<sup>444</sup> Dice el art. 32 ET. *Garantías del salario.*

1. *Los créditos salariales por los últimos treinta días de trabajo y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito, aunque éste se encuentre garantizado por prenda o hipoteca.*

2. *Los créditos salariales gozarán de preferencia sobre cualquier otro crédito respecto de los objetos elaborados por los trabajadores mientras sean propiedad o estén en posesión del empresario.*

3. *Los créditos por salarios no protegidos en los apartados anteriores tendrán la condición de singularmente privilegiados en la cuantía que resulte de multiplicar el triple del salario mínimo interprofesional por el número de días del salario pendientes de pago, gozando de preferencia sobre cualquier otro crédito, excepto los créditos con derecho real, en los supuestos en los que éstos, con arreglo a la Ley, sean preferentes. La misma consideración tendrán las indemnizaciones por despido en la cuantía correspondiente al mínimo legal calculada sobre una base que no supere el triple del salario mínimo.*

4. *El plazo para ejercitar los derechos de preferencia del crédito salarial es de un año, a contar desde el momento en que debió percibirse el*

Legislativo 1/1995 de 24 de marzo<sup>445</sup>.

Pero el caso más común en que se trata de hacer valer la preferencia del acreedor pignoraticio garantizado con prenda de créditos, es el del embargo del crédito pignorado por un tercero que a su vez sea acreedor del pignorante, preferencia que se podrá hacer valer siempre que la pignoración se haya constituido eficazmente frente a terceros antes del embargo, pero no si es posterior a la traba del mismo. La preferencia se hará valer mediante la interposición de la oportuna tercería, que a diferencia de las garantías de constitución registral, será de necesaria interposición, toda vez que los embargos trabados sobre los créditos objeto de la prenda que concluyan con su realización o cobro determinarán la extinción de los derechos preexistentes y en tal sentido señala GARCÍA VICENTE<sup>446</sup> que *no parece posible establecer ningún mecanismo que impida la confusión del importe del crédito en el patrimonio del adjudicatario, que no se adjudica el crédito (si*

---

*salario, transcurrido el cual prescribirán tales derechos.*

5. *Las preferencias reconocidas en los apartados precedentes serán de aplicación en todos los supuestos en los que, no hallándose el empresario declarado en concurso, los correspondientes créditos concurren con otro u otros sobre bienes de aquél. En caso de concurso, serán de aplicación las disposiciones de la Ley Concursal relativas a la clasificación de los créditos y a las ejecuciones y apremios.*

<sup>445</sup> Por el contrario en el ámbito concursal el art. 84.2.1º LC considera los créditos salariales como créditos contra la masa ( (...)2. *Tendrán la consideración de créditos contra la masa los siguientes: 1.º Los créditos por salarios por los últimos treinta días de trabajo efectivo anteriores a la declaración de concurso y en cuantía que no supere el doble del salario mínimo interprofesional.*) Y respecto del pago de los créditos contra la masa dispone el art. 154 que *Antes de proceder al pago de los créditos concursales, la administración concursal deducirá de la masa activa los bienes y derechos necesarios para satisfacer los créditos contra ésta.*

*Las deducciones para atender al pago de los créditos contra la masa se harán con cargo a los bienes y derechos no afectos al pago de créditos con privilegio especial.*

<sup>446</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit.* La prenda ...pág.131, nota 15.

*fuera un cesionario del crédito podría someterse a la prenda) sino que lo cobra y con el cobro lo extingue; ni tampoco que lo inmovilice hasta el vencimiento del crédito garantizado.*

Ello es así porque el pago que el deudor del crédito pignorado puede realizar en cumplimiento del auto de ejecución supondrá en la práctica la extinción del crédito pignorado, suponiendo la liberación de dicho deudor. No procede aplicar aquí el principio de subsistencia de cargas anteriores que para otras ejecuciones prevén los arts. 668.3º y 670.5 LEC (que dicen respectivamente *3. Que las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere, al crédito del actor continuarán subsistentes y que, por el sólo hecho de participar en la subasta, el licitador los admite y acepta quedar subrogado en la responsabilidad derivada de aquéllos, si el remate se adjudicare a su favor y 5. Quien resulte adjudicatario del bien inmueble conforme a lo previsto en los apartados anteriores habrá de aceptar la subsistencia de las cargas o gravámenes anteriores, si los hubiere y subrogarse en la responsabilidad derivada de ellos*).

Supuesta por tanto la importancia que pueda tener la interposición de la oportuna tercería, fue discutido si lo procedente era interponer la tercería de dominio o de mejor derecho. Respecto de la primera dispone el art. 595 LEC en sus dos primeros números que *1. Podrá interponer tercería de dominio, en forma de demanda, quien, sin ser parte en la ejecución, afirme ser dueño de un bien embargado como perteneciente al ejecutado y que no ha adquirido de éste una vez trabado el embargo.*

*2. Podrán también interponer tercerías para el alzamiento*

*del embargo quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa de uno o varios bienes embargados como pertenecientes al ejecutado; y respecto de la segunda dice el art. 614.1 LEC que Quien afirme que le corresponde un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al del acreedor ejecutante podrá interponer demanda de tercería de mejor derecho, a la que habrá de acompañarse un principio de prueba del crédito que se afirma preferente.*

La decisión sobre si se puede interponer sólo alguna de ellas o alternativamente ambas no es neutra puesto que las consecuencias del ejercicio de una u otra tercería son distintas.

Así, mientras en el caso de la tercería de dominio, su estimación supone el alzamiento del embargo (art. 604 LEC *El auto que estime la tercería de dominio ordenará el alzamiento de la traba y la remoción del depósito, así como la cancelación de la anotación preventiva y de cualquier otra medida de garantía del embargo del bien al que la tercería se refiriera*); en el caso de la tercería de mejor derecho la ejecución prosigue determinándose el orden de preferencia de los acreedores (arts. 616.1 *Interpuesta tercería de mejor derecho, la ejecución forzosa continuará hasta realizar los bienes embargados, depositándose lo que se recaude en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones para reintegrar al ejecutante en las costas de la ejecución y hacer pago a los acreedores por el orden de preferencia que se determine al resolver la tercería y 620.1 LEC La sentencia que se dicte en la tercería de mejor derecho resolverá sobre la existencia del privilegio y el*

*orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución en que aquella sentencia recaiga, pero sin prejuzgar otras acciones que a cada uno pudiera corresponder, especialmente las de enriquecimiento).*

Mientras en la tercería de dominio se aplica a las costas los criterios generales que resultan de los arts. 394 y ss. de la LEC a los que se remite el párrafo segundo del art 603 de la ley procesal (*El auto que decida la tercería se pronunciará sobre las costas, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 394 y siguientes de esta Ley. A los demandados que no contesten no se les impondrán las costas, salvo que el tribunal, razonándolo debidamente, aprecie mala fe en su actuación procesal teniendo en cuenta, en su caso, la intervención que hayan tenido en las actuaciones a que se refieren los apartados 2 y 3 del artículo 593*); en la tercería de mejor derecho el art. 620 LEC recoge unas particularidades aplicables a tal supuesto [*(...) si la sentencia desestimara la tercería, condenará en todas las costas de ésta al tercerista. Cuando la estimare, las impondrá al ejecutante que hubiera contestado a la demanda y, si el ejecutado hubiere intervenido, oponiéndose también a la tercería, las impondrá a éste, por mitad con el ejecutante, salvo cuando, por haberse allanado el ejecutante, la tercería se hubiera sustanciado sólo con el ejecutado, en cuyo caso las costas se impondrán a éste en su totalidad.*

*2. Siempre que la sentencia estimase la tercería de mejor derecho, no se entregará al tercerista cantidad alguna procedente de la ejecución, mientras no se haya satisfecho al ejecutante las tres quintas partes de las costas causadas en ésta hasta el momento en que recaiga aquella sentencia].*

Común a ambas tercerías es que el auto (tercería de dominio) o sentencia (tercería de mejor derecho) que pone fin a su ejercicio carece de los efectos de cosa juzgada pudiendo dirimirse el fondo del asunto en el procedimiento declarativo que corresponda (arts. 603 II *La tercería de dominio se resolverá por medio de auto, que se pronunciará sobre la pertenencia del bien y la procedencia de su embargo a los únicos efectos de la ejecución en curso, sin que produzca efectos de cosa juzgada en relación con la titularidad del bien* y 620.1 LEC *La sentencia que se dicte en la tercería de mejor derecho resolverá sobre la existencia del privilegio y el orden en que los créditos deben ser satisfechos en la ejecución en que aquella sentencia recaiga, pero sin prejuzgar otras acciones que a cada uno pudiera corresponder, especialmente las de enriquecimiento*).

Porque el acreedor pignoraticio únicamente podía ejercitar la *tercería de mejor derecho* se manifestó ARANDA<sup>447</sup>, negando la posibilidad del ejercicio de la *tercería de dominio*, porque el acreedor pignoraticio-cesionario no ostentaba la titularidad del crédito embargado, sino la titularidad del derecho de garantía formado con facultades del crédito pignorado. El acreedor pignoraticio sólo podría ejercitar una tercería de mejor derecho con la pretensión de cobrar su crédito con prioridad al ejecutante. En un principio PANTALEÓN<sup>448</sup> en igual sentido consideró que *si los acreedores del “cedente” embargaban el crédito “cedido” dispondrá el “cesionario” de la tercería de mejor derecho* (en referencia igualmente a los derogados 1532 y ss. LEC de 1881), *no*

---

<sup>447</sup> ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit* *La prenda ...*, págs.. 221 y ss.

<sup>448</sup> PANTALEÓN PRIETO, F., *opus cit*. “Cesión de ...”, pág. 1049



*la tercería de dominio*; sin embargo posteriormente se replantea su propia posición<sup>449</sup> considerando que en su deseo *de remachar la idea de que una cesión con finalidad de mera garantía no puede producir la íntegra transmisión del crédito del cedente al cesionario, aunque esa sea su común voluntad, afirmé con demasiada rapidez que la tercería procedente es la de mejor derecho. Cuando lo cierto es que hay mucho que decir a favor de la tercería de dominio, siempre que se entienda que es en realidad una tercería de “titularidad”: de cualquier titularidad contradictoria con el embargo, aquí de una especial titularidad sobre el crédito; tercería esta que tendría por objeto la reducción de la traba a la posición jurídica del cedente en garantía.* Lo cierto es que bajo la vigencia de la anterior LEC ya se defendió una interpretación amplia del concepto de titularidad a los efectos de la tercería de dominio, indicándose que más que tercería de dominio debería llamarse tercería de titularidad. La propia jurisprudencia reiteradamente tenía reconocido que la tercería de dominio podía tener por objeto bienes inmateriales como los créditos. Autores como CACHÓN CADENAS<sup>450</sup>, señalaban que la tercería de dominio no sólo se puede interponer cuando se es titular de un bien o derecho de crédito sino cuando se es titular de un derecho que queda lesionado como consecuencia del embargo. La propia ARANDA<sup>451</sup> reconoce que es una solución aconsejable *pero no*

---

<sup>449</sup> PATALEÓN PRIETO, F., *opus cit.* “Prenda de créditos...”, págs. 185 y ss.

<sup>450</sup> CACHÓN CADENAS, M.J., *El embargo*, Barcelona, 1991.

<sup>451</sup> Además de la obra antes citada vuelve sobre este tema en ARANDA RODRÍGUEZ, R., “La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual”, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, pág. 54, donde defiende que *Otra utilidad importante de la fecha cierta para el acreedor pignoraticio es que le permite, en los casos de embargo del crédito pignorado, ejercitar una tercería de mejor*

*adecuada a la legislación actual ni a la interpretación que ha de hacerse sobre la tercería de dominio tal y como se regula.* La LEC vigente en el antes citado el art. 595 LEC mantiene en su apartado 1 una dicción similar al equivalente de la ley procesal de 1881 (art. 1532 que hablaba del *dominio de los bienes*) permitiendo interponer la tercería a *quien afirme ser dueño*; no ayuda mucho el texto del apartado 2 que permite interponer esta tercería a los titulares de derechos que *por disposición legal expresa* puedan oponerse al embargo, precisamente por la escasa existencia de tales *disposiciones legales* expresas que permitan tal oposición; FERNÁNDEZ BALLESTEROS<sup>452</sup> considera poco afortunada la dicción legal demasiado parecida a la del antiguo art. 1532 de la LEC de 1881 y recuerda la regla general que ya enunciara con anterioridad<sup>453</sup>: *todos aquellos bienes, derechos e incluso expectativas, cualquiera que sea su naturaleza, que son patrimoniales, alienables y no han sido declarados inembargables pueden ser objeto de una tercería de dominio.* En general la doctrina más reciente que trata sobre la prenda de créditos suele estudiar la posibilidad del ejercicio alternativo de la tercería de dominio o la de mejor derecho. Además de los citados ARANDA y PANTALEÓN, se plantean el problema entre otros CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ,

---

*derecho para defender su posición frente a otros acreedores del pignorante si bien y en la nota (93) tras indicar que algunos autores han defendido que el acreedor pignoraticio del crédito debería ejercitar una tercería de dominio y no de mejor derecho añade que esta solución podrá ser aconsejable adoptarla de lege ferenda puesto que es cierto que una tercería de mejor derecho sólo cabe en los casos en que los acreedores tienen un derecho líquido, vencido y exigible, pero ante la legislación actual no podemos mantener dicha interpretación.*

<sup>452</sup> FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A., *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*. Barcelona, 2001, t. III, pág. 2873.

<sup>453</sup> Vide FERNÁNDEZ BALLESTEROS M.A., *La tercería de dominio*, Madrid 1980.

M.J.<sup>454</sup>, VEIGA COPO<sup>455</sup>, PÉREZ DE MADRID CARRERAS<sup>456</sup> o GARCIA VICENTE<sup>457</sup>.

<sup>454</sup> CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado...*, 3ª Edic., págs. 198 y ss., a propósito de la prenda posesoria (sobre cosa muebles corporales) entienden que puede mantenerse dos cosas: 1) *Que sólo puede embargarse aquello que es del ejecutado, de tal forma que el ejecutante podrá embargar el dominio del bien pignorado pero no podrá pretender su retención o el depósito judicial del mismo pues no puede embargar el derecho de retención posesoria que pertenece al acreedor hasta que le paguen (arts 1871 y 1866 CC); el problema que plantea esta primera tesis según estos autores es determinar cual es el medio procesal idóneo para excluir del embargo el derecho de retención posesoria, pues la admisión de la tercería de dominio suspende la ejecución del bien ( art. 598.1 LEC) y si la tercería se resuelve de forma estimatoria determina el alzamiento de la traba del bien (art 604 LEC) (...) no prevé la LEC la posibilidad de alzar el embargo sobre los derechos limitados oponibles erga omnes que recaigan sobre el bien. 2) La segunda opción es estimar que el acreedor pignoraticio no puede pretender que se alce el embargo sobre el derecho de retención del bien, sin perjuicio de su derecho a plantear una tercería de mejor derecho. Esta opción tiene varios inconvenientes: el primero que habría que admitir que prosperase la tercería aunque todavía el deudor no hubiera incumplido la obligación asegurada, esto es, aunque la obligación no hubiere vencido, lo que, aparte de ser contrario a la jurisprudencia del TS sobre la tercería de mejor derecho –que exige que el crédito del tercerista sea líquido, vendido y exigible– determinaría la consiguiente incertidumbre sobre el destino del remate (...) Tras exponer estas dos situaciones CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J. consideran la primera tesis más congruente con la oponibilidad erga omnes del derecho de prenda de tal modo que el acreedor pignoraticio anterior al embargo puede plantear tercería de mejor derecho en la ejecución ordinaria plantear en el ejecutivo ordinario una tercería de dominio.*

<sup>455</sup> VEIGA COPO, A., *opus cit. Tratado de la ...* págs. 421 y ss.

<sup>456</sup> PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V., *opus cit.* “Notas críticas ...”, *RJN*, págs. 188-189, directamente hace referencia a la tercería de mejor derecho afirmando que *Este conflicto se resuelve a favor de la garantía material o sustantiva, es decir, en el reconocimiento de la preferencia para el cobro sobre el crédito pignorado del acreedor pignoraticio, pero siempre que articule su preferencia por la vía procesal oportuna que es la tercería de mejor derecho. Porque la preferencia que concede el embargo no es una preferencia material y, en consecuencia, no altera ni elimina los créditos preferentes anteriores.*

<sup>457</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit. La prenda ...*, págs. 128 y ss. que señala que *El acreedor pignoraticio hará frente al embargo practicado por terceros acreedores del pignorante con el ejercicio de una tercería bien sea de dominio (si consideramos que en ella puede alegarse eficazmente su derecho de cobro preferente como derecho limitado sobre el crédito pignorado) o bien de una tercería de mejor derecho en la que se prosigue la ejecución y se fija un orden para el cobro. El mismo autor señala que a falta de norma que las declare incompatibles entre sí, será el propio acreedor prendario en que opte por una u otra tercería, aunque la opción que le parece más razonable es optar por la*

La posibilidad del ejercicio de la *tercería de dominio* podría derivarse de una aplicación analógica del apartado 2 del art. 595 LEC que recordemos permitía interponer esta tercería a *quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo (...)*. Suelen considerarse incluidos en esta dicción aquellos titulares de derechos limitados sobre el bien o derecho embargado que por no constar *inscritos* pueden verse afectados e incluso extinguidos si continúa la ejecución, de modo que se sustituye el embargo del pleno dominio por el del derecho que ostenta el ejecutado. Desde esta perspectiva y si se considera que el acreedor pignoraticio garantizado con una prenda de crédito ostenta una titularidad *concurrente* con el pignorante sobre el crédito, condicionada, eso sí, por su causa de garantía, podría aproximarse su posición a la de los titulares de derechos limitados no inscritos. Pero este posible ejercicio de una *tercería de dominio* presenta dos inconvenientes. El primero, que son igualmente dignos de protección los intereses de acreedores ejecutantes del pignorante y el ejercicio con éxito de la tercería de dominio determinará la imposibilidad de continuar la ejecución del derecho embargo (*ex art. 604 LEC*), lo que exigiría arbitrar al menos un mecanismo que protegiese su derecho al cobro sobre el sobrante o sobre el importe íntegro según se satisficiera el crédito garantizado con o sin ejecución de la prenda. En segundo lugar, que las normas procesales no prevén el alzamiento del embargo sobre el derecho pleno y su conversión en un embargo sobre el derecho limitado que ostente el deudor embargado<sup>458</sup>.

---

*tercería de mejor derecho.*

<sup>458</sup> Lo que es apuntado igualmente por CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de los...* 3ª Edic., pág. 202, y GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit. La prenda de ...*, pág. 133.

La *tercería de mejor derecho* por su parte está pensada precisamente para solucionar el conflicto entre acreedores concurrentes, estando concebida para los titulares de preferencias independientemente que estén o no garantizadas con un derecho de garantía o de realización de valor; se protege en ella además a los acreedores ejecutantes no preferentes que pueden cobrarse sobre el sobrante acumulándose su pretensión con la del tercerista de forma que se produce una acumulación de ejecuciones. Con todo, el ejercicio de una *tercería de mejor derecho* presenta también sus inconvenientes. Así el ejercicio de la *tercería de mejor derecho* privará al acreedor pignoraticio de la posibilidad de acudir a otros modos de ejecución (judicial ordinario, ejecución judicial de bienes pignorados o el extrajudicial del art. 1872 CC), e igualmente de la posibilidad de ejercer el derecho de retención del art. 1866 II CC. Y por otra parte es problemática en el caso de que el crédito garantizado con la pignoración no haya vencido; en este punto hay que recordar que la jurisprudencia había venido exigiendo que el crédito del tercerista debía ser líquido, vencido y exigible (*vide* entre otras sentencia del TS de 14 noviembre 1995, *ut supra* Cap. 2º IV), y quizá por ello, son numerosas las pólizas de pignoración de créditos en que se pacta el vencimiento anticipado en caso de embargo o ejecución por un tercero o incluso a prever que, sin perjuicio de la preferencia de cobro que pueda ostentar la entidad financiera en virtud de la pignoración, que el deudor está obligado a sustituir la garantía en tales casos, pactos que en el caso de préstamos al consumo podrían llegar a considerarse nulos por abusivos en aplicación del art. 88.1 LGDCU que ya examinamos en su momento. Aunque lo cierto es que el TS se ha decantado también por admitir la *tercería de mejor derecho* interpuesta por un

acreedor garantizado con prenda de créditos aun no habiendo vencido el crédito garantizado, y en tal sentido la sentencia de 13 de diciembre de 1999 (*ut supra* Cap. 2º IV)<sup>459</sup>.

## 2. Modos de ejecución de la prenda.

Como en cualquier otro caso de garantía, la prenda de créditos requiere para su consistencia de procedimientos rápidos y eficaces de realización de la garantía. En nuestro ordenamiento jurídico, como ya señalara REGLERO CAMPOS<sup>460</sup>, no puede hablarse de un procedimiento de ejecución *específico* en materia de prenda de créditos. Pero la especial naturaleza del objeto de la garantía, esto es, el crédito, determina la existencia de distintas posibilidades atendidas las circunstancias del caso concreto y dependientes en gran medida de lo pactado por las partes<sup>461</sup>. Suele

---

<sup>459</sup> En cualquier caso para que prospere la tercera debe existir, en el momento de su ejercicio, una obligación principal garantizada por la prenda. *Vide* en este sentido la sentencia de la AP de A Coruña de 29 de mayo de 2015 (LA LEY 78944/2015) que desestima la tercera de mejor derecho interpuesta por una entidad bancaria frente al embargo de saldos bancarios trabado por la agencia tributaria basándose en una prenda a favor de la entidad bancaria demandante sobre los derechos de crédito derivados de la cuenta de ahorro y sobre los saldos que la misma presente en cada momento, por considerar la Audiencia que no consta que el crédito garantizado por la prenda sea el préstamo hipotecario alegado por la demandante, ya que la prenda sólo se establece con relación a los descubiertos de una cuenta ajena al citado préstamo. Si se hubiera pactado la extensión de la reseñada garantía prendaria al contrato de préstamo, así se hubiera indicado expresamente en la póliza, al tratarse de un vínculo contractual preexistente. La prenda, en cuanto derecho real de garantía que es, sólo tiene sentido en función de una obligación principal que garantiza.

<sup>460</sup> REGLERO CAMPOS, L.F., “Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio”, en *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, pág. 455.

<sup>461</sup> Lo que determinada que en el caso de la ejecución de la prenda de crédito existan notables incertidumbres, tal y como resalta la doctrina. *Vide* por todos GARCÍA VICENTE, J.R., en *opus cit. La prenda...* pág. 139. Desde un punto de vista práctico puede verse FARRÉS, J., y AGÜERA, S., “Estrategias para la ejecución de prendas sobre derechos de crédito en financiaciones de proyectos”, *Diario La Ley*, nº 8378, 16 de septiembre de 2014, Año XXXV.

distinguirse para la determinación de la ejecución de la garantía en el caso de la prenda de créditos dos momentos temporalmente distintos, según el crédito pignorado venza antes o después del crédito garantizado<sup>462</sup> y en cuanto al medio concreto de realización de la prenda de crédito según sea la relación pignoraticia sólo entre acreedor-deudor del crédito principal (por ser el acreedor a su vez deudor del crédito pignorado), que el deudor principal pignore un crédito del cual el deudor sea un tercero ajeno a la relación principal o que sea un tercero ajeno el pignorante.

*A) Vencimiento del crédito pignorado antes o después del garantizado.*

En el caso de que el crédito pignorado venza antes que el garantizado, habiendo examinado antes la legitimación para el cobro, añadir ahora que, efectuado el pago del crédito que se dio en garantía, el objeto del mismo debe quedar sujeto igualmente al pago del crédito garantizado por el mecanismo de la subrogación real. Este es el sentido que se recoge en el derecho civil de Cataluña donde dispone el art. 569-18 CCCat bajo el epígrafe *Principio de subrogación real* que *La garantía, si el objeto de la prenda es un derecho de crédito y este se paga antes de que venza el crédito garantizado por la prenda, recae sobre el objeto recibido como consecuencia del pago*. Por tanto se sienta la regla general de que si el objeto del crédito era una cosa corporal se transformará la garantía en una prenda ordinaria sobre cosa corporal, si una entrega

---

<sup>462</sup> Vide CRUZ MORENO, M., *opus cit.* “La prenda de créditos”, *RCDI*, pág. 1309; ALEMANY EGUIDAZU, J., *opus cit.* “La prenda de créditos financieros...”, *RDBB*, pág. 80.

de dinero, en una prenda irregular<sup>463</sup>.

En cualquier caso se deben realizar determinadas puntualizaciones. Si el objeto de la prestación es una cosa mueble corporal se deben cumplir los requisitos constitutivos de la prenda posesoria tal y como resulta del articulado del Código Civil. De una parte la prenda sobre cosa mueble corporal requiere la *entrega de la posesión* (recordemos que el art. 1863 CC dispone que *se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo*), para lo cual el acreedor garantizado dispondrá de una acción personal para la entrega de la posesión, y hasta que ésta no se produzca se debe entender que el acreedor carecerá de preferencia y del *ius distrahendi*. De otra parte deberá haberse formalizado la pignoración en *instrumento público* (art. 1865) para que surta efectos contra tercero, no teniendo cabida en este punto a nuestro entender la discusión sobre si es o no suficiente el mero *documento privado con fecha fehaciente*. Cabe plantearse no obstante la *fecha* en que tendrá eficacia frente a terceros esta prenda sobre cosa mueble corporal, si la inicial de constitución de prenda sobre el crédito (supuesto que se haya cumplido con el requisito de forma del *instrumento público*) o la de entrega de la posesión una vez cumplida la prestación. Pueden mantenerse tres posturas: bien desde la fecha de constitución de la prenda sobre el crédito y frente a cualquier tercero incluso los que hayan adquirido derechos en el *interin* sobre la cosa; bien desde la fecha de constitución de la

---

<sup>463</sup> En este sentido CRUZ MORENO, M, *opus cit.* “La prenda de créditos”, *RCDI*, págs. 1309 y ss.; VEIGA COPO, A., *opus cit. Tratado ...* págs. 471 y ss.; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de los ...*, 3º Edic., págs. 278-279; ALEMANY EGUIDAZU, J., *opus cit.* “La prenda de créditos financieros...”, *RDBB*, pág. 80.



prenda sobre el crédito pero dejando a salvo los derechos adquiridos por terceros en el *interin* sobre la cosa; bien finalmente desde la fecha de la entrega posesoria. La primera no nos parece defendible por aplicación de los principios de la *buena fe* y *seguridad del tráfico* y el tercero debería quedar protegido por aplicación del art. 464 CC; otra cosa es que haya existido *mala fe* o se trate de un acto destinado a defraudar al acreedor garantizado pudiendo éste ejercitar la acción *pauliana o revocatoria* ex art. 1111 CC. La tercera tampoco porque deja vacía de contenido la garantía constituida inicialmente sobre el crédito. La posición intermedia es la que debe mantenerse, en consecuencia, la prenda posesoria sobre la cosa mueble corporal construida por el mecanismo de la subrogación real desde la prenda de crédito primigenia, afectará a terceros desde la fecha de ésta, siempre que se haya cumplido en origen el requisito del instrumento público y se haya obtenido el traspaso posesorio, dejando a salvo los derechos adquiridos por terceros hasta que la entrega de la posesión haya tenido lugar<sup>464</sup>.

Si nos encontramos ante un bien inmueble, la transformación en garantía hipotecaria requiere cumplir los requisitos constitutivos de la hipoteca inmobiliaria (escritura

---

<sup>464</sup> A favor de esta postura CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de los...*, pág. 278; en contra GIL RODRÍGUEZ, J., *opus cit. "La prenda de ..."*, pág. 369 que en tal caso la califica de *garantía posesoria propiamente dicha que seguirá el régimen completo de los artículos 1863 y siguientes, por lo que ahora sí* (recordemos que esta autor negó el carácter de verdadera prenda a la llamada prenda de créditos) *empezará a gozar el acreedor pignoraticio de la consiguiente preferencia que le otorga el artículo 1922.2º* y cita en este mismo sentido a ALVAREZ CAPEROCHIPÍ (*Curso de derechos reales II* págs. 134-135) que señala que *la cosa específica queda en prenda, pero el derecho real de prenda nace sólo propiamente (su rango es) el de la recepción material y no el de la cesión del crédito.*

pública e inscripción registral) por lo que frente a terceros amparados por la fe pública registral la garantía no tendrá otra fecha que la que sea oponible conforme a la legislación hipotecaria. No cumplimentándose los requisitos constitutivos de la hipoteca inmobiliaria, cabría la posibilidad de un derecho de anticresis sobre el inmueble (art. 1881 CC *Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito*), aunque realmente en el caso de la anticresis ya no estaremos ante un derecho real de realización de valor tal y como se deduce del art. 1884 CC (*El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble*).

Finalmente si el objeto de la prestación era dinero, que es el caso más habitual, el acreedor garantizado deberá pedir igualmente su entrega, salvo que se tenga pactado que el pago se haga por transferencia o depósito en poder de un tercero, en cuyo caso deberá entenderse pignorado por subrogación el crédito de restitución que contra este depositario tenga el deudor pignorante. En el primer caso el acreedor puede retener lo necesario para la satisfacción del crédito garantizado, restituyendo al pignorante el sobrante, de tal forma que el acreedor pignorante deviene propietario de la suma recibida con la realización del crédito de forma que la misma se confundirá con su patrimonio con la obligación de devolver otro tanto de la misma especie o calidad al

deudor una vez cumplida la obligación garantizada (sobre la compensación como mecanismo de realización de la prenda *vide ut Infra* el apartado siguiente). Cabe entender, por analogía con lo que el art. 507 II CC dispone para el usufructo de créditos, que deberá el acreedor poner el capital recibido a interés, haciendo suyos los intereses por aplicación del art. 1868 CC, de acuerdo con el titular del derecho y en su defecto con autorización judicial<sup>465</sup>.

En el caso de que se produzca el vencimiento del crédito garantizado y su incumplimiento cuando el pignorado todavía no es exigible, en líneas generales el acreedor pignoraticio tiene dos posibilidades:

La primera opción es acudir a los procedimientos de ejecución para proceder a la enajenación de la prenda, sea el extrajudicial del art. 1872 CC<sup>466</sup> (*El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En*

---

<sup>465</sup> Señala VEIGA COPO, A., *opus cit. Tratado de...*, pág. 472, nota 903, que ésta es la solución que da el derecho alemán estableciendo el § 1288 del BGB la obligación de cooperación entre pignorante y acreedor pignoraticio para poner a interés dicho capital y evitar un cobro improductivo.

<sup>466</sup> Se solía criticar este precepto por la parquedad con que se regulaba la subasta notarial, sin embargo hoy contamos con una regulación precisa y detallada en los arts. 72 y ss. de la Ley del Notariado, introducidos por la Disposición adicional undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

*este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito.*

*Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio); sea el procedimiento judicial de los arts. 681 y ss. LEC (completados en su caso lo prevenido para el expediente de subasta voluntaria ante el secretario judicial regulado en los arts. 108 y ss. de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria). En la práctica y dado que el modo normal de realización del valor de un derecho de crédito es su cobro al vencimiento<sup>467</sup>, si se llegase a utilizar este procedimiento lo más probable es que sea el propio acreedor el que termine adjudicándose el crédito pues difícilmente otros querrán asumir el riesgo de una relación crediticia ajena y desconocida<sup>468</sup>, teniendo en cuenta además que no existe un mercado de créditos comunes que facilite la enajenación mediante pública subasta, a menos que se trate no tanto de créditos concretos, sino de una cartera de los mismos, normalmente presentes y futuros, que faciliten su enajenación.*

La segunda opción es esperar al vencimiento del crédito pignorado y cubrir su deuda con el montante que se obtenga, considerando para ello que no es obligatorio que vencida y no pagada la obligación garantizada, el acreedor principal insatisfecho tenga de inmediato que acudir al procedimiento de ejecución del art. 1872 CC. Al tiempo que sea exigible el crédito pignorado y cumplida su obligación por el deudor del mismo, se convertiría el

---

<sup>467</sup> DÍEZ PASTOR, J.L., “Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca”, *RCDI*, 1930, pág. 453, tras dicha afirmación señala que la subasta no es sino una solución forzada y probablemente antieconómica.

<sup>468</sup> VEIGA COPO, A., *opus cit. Tratado...*, pág. 473.

derecho de crédito dado en garantía en una cantidad de dinero percibida por el acreedor garantizado. Estos van a ser los procedimientos *normales* de realización de la prenda sobre créditos, esto es la compensación o adjudicación directa al acreedor, que son los que pasamos a examinar.

B) *Modos concretos de realización de la prenda.*

Uno de los problemas con los que cuenta la prenda de créditos como garantía es que no admite una solución general, pues el procedimiento idóneo para su realización dependerá de los elementos personales implicados en la relación pignoratícia, pues no será lo mismo que el deudor del crédito garantizado pignore un crédito de su titularidad cuyo deudor sea tercero ajeno a la relación crediticia principal, que el deudor del crédito garantizado pignore un crédito del cual es deudor el propio acreedor pignoraticio o finalmente que el pignorante sea un tercero distinto de acreedor y deudor del crédito principal. Serán fundamentales para evitar inseguridades los pactos que en cada caso hayan previsto las partes en orden a la ejecución de la prenda, pactos que normalmente tienden a facultar al acreedor pignoraticio para la determinación del incumplimiento, establecer los mecanismos de liquidación del crédito pignorado y a evitar que el deudor del mismo tenga posibilidades para negarse a realizar eficazmente el pago (para lo cual juega un papel determinante una notificación adecuada tanto en forma como en contenido *ut supra* Cap. 3º III). Dichos pactos vienen contemplados en la regulación de las garantías financieras, en el RD Ley 5/2005 que remite constantemente a los *pactos* entre partes, pero manteniendo como objetivo en todo caso que no se

menoscabe la posición del acreedor pignoraticio y en tal sentido dispone su art. undécimo que (...) 2. *Al producirse un supuesto de ejecución, el beneficiario podrá ejecutar las garantías financieras aportadas en virtud de un acuerdo de garantía financiera pignoraticia, en las condiciones previstas en el acuerdo, de las maneras siguientes: (...) c) Si se trata de derechos de crédito, mediante venta o apropiación y mediante compensación de su valor o aplicación del mismo al cumplimiento de las obligaciones financieras principales. 3. La apropiación será posible cuando: a) Se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera, y b) Las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables u otros instrumentos financieros y los derechos de crédito. La ejecución de una garantía se hará de conformidad con lo previsto en el acuerdo de garantía financiera correspondiente, sin que, no obstante las condiciones acordadas en el acuerdo de garantía financiera, pueda supeditarse a ninguna exigencia de notificación previa, ni a su aprobación por un tribunal, un funcionario público u otra persona, ni a que deba efectuarse mediante subasta pública o de cualquier otro modo regulado normativamente, ni que deba subordinarse al cumplimiento de cualquier plazo adicional. Sólo viene a imponer la norma como límite que los procedimientos se ajusten a lo comercialmente correcto en el art. decimotercero (bajo el título de *Salvuarda de los intereses de las partes y de terceros*) al decir en su párrafo primero que *El derecho de sustitución o disposición de una garantía, la ejecución de una garantía, las aportaciones de garantías complementarias, las aportaciones de garantías equivalentes y las liquidaciones por compensación se habrán de llevar a cabo de manera que tanto las valoraciones de**

*las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta.*

Fuera de esta norma y con anterioridad a la misma se planteó la licitud de esta forma de realización de la prenda de créditos y la posible contravención del *pacto comisorio* que recogió nuestro Código Civil en el art. 1859 (*El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas*). Si el objeto del crédito pignorado fuere la entrega de una cosa, cabe entender que una vez vencido dicho crédito y entregada por el pignorante al acreedor pignoraticio la cosa, incumplido que sea el crédito garantizado, el acreedor pignoraticio deberá instar la enajenación de la cosa pignorada por los procedimientos legales de ejecución; en este caso sí regiría la prohibición del pacto comisorio por cuanto de lo contrario se conseguiría la apropiación del bien objeto de garantía contraviniendo la norma citada. Pero distinto es el caso de que el objeto de la prestación en que consista el crédito pignorado sea dinero, donde la mayoría de la doctrina española<sup>469</sup> ha considerado que no puede mantenerse la norma prohibitoria del pacto comisorio. El origen de la prohibición de tal pacto hay que buscarlo en la evitación de abusos o fraudes respecto del deudor constituyente de la garantía (pignorante en nuestro caso) por parte del acreedor garantizado, que podía tener un enriquecimiento

---

<sup>469</sup> Vide entre otros muchos ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit* "La prenda de ...", pág. 60; AVILES GARCÍA, J., en "Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos", *RDBB*, núm. 96/Octubre-Diciembre 2004, págs. 234 y ss.; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *opus cit. Tratado ...*, págs. 282-283; GARCÍA VIVENTE, J.R., *opus cit. La prenda ...*, págs 146 y ss.; MAS ALCARAZ, "El pacto comisorio" en *Estudios de Derecho privado II*, págs. 64-65; MALO CONCEPCIÓN, J.V., *opus cit.* "Prenda de participaciones en fondos ...", pág. 236.

injustificado a costa del deudor, y respondía por ello a razones de orden público y de carácter moral<sup>470</sup>. Hay que tener en cuenta que como ocurre en todo derecho sobre derecho, el objeto último de la prenda no es el crédito como bien incorporal, sino la prestación final en que éste consiste<sup>471</sup>, y si tal prestación es una suma de dinero, que por tanto tiene un valor nominal definido, no existe el riesgo de que el acreedor retenga un bien de valor notablemente superior a la deuda, pues no hay riesgo de minusvaloración del crédito en perjuicio del pignorante o de sus acreedores, dado que una vez el acreedor cobre el crédito y compense su deuda deberá restituir el excedente del crédito al deudor. Así viene admitido en el

---

<sup>470</sup> Esta discusión viene ya de antiguo, la propia jurisprudencia ha considerado excepciones a la norma general prohibitoria si se respeta la finalidad de la norma. GUILARTE ZAPATERO, V., en *Comentarios al Código Civil* (Dir. Albaladejo), Madrid, 1990, pág. 460 recoge una serie de pactos reconocidos válidos por la jurisprudencia: *Así la sentencia de 1 de marzo 1895 reconoció la eficacia del acuerdo por el que el deudor se compromete a vender la finca al acreedor por el valor de la obligación vencida y no satisfecha, doctrina mantenida por la resolución de 16 de noviembre 1902; la resolución de 12 julio 1901 estimó válido el pacto por el que se convino que, promovida la enajenación de la cosa y de no mediar postor, puede el acreedor hipotecario apropiarse de la cosa gravada. La sentencia de 21 de octubre 1902 mantuvo la validez del acuerdo por el que se facultaba al acreedor hipotecario a vender la cosa gravada en subasta pública extrajudicial, estimando que ello no implicaba pacto comisorio. La de 27 de marzo 1926 declaró la validez de la adjudicación del acreedor de unas acciones al tipo de cotización que se había establecido en la escritura, etc.* Sobre este tema puede verse también FINEZ RATÓN, J.M., en “Garantías reales: imperatividad de las normas de ejecución versus pacto comisorio” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid 2003. Concreta el tema VICENT CHULIÁ, F., *opus cit. Introducción al Derecho ...*, pág. 1852 diciendo que “*se suele plantear la duda de si la ejecución de la prenda por el propio acreedor constituye violación de la prohibición del pacto comisorio, es decir, de que el acreedor se apodere de los bienes del deudor. El TS en las SS. de 19 abril y 7 octubre de 1997 advierte que esta norma sólo quiere impedir el enriquecimiento injusto o abusivo del acreedor. Pero que este enriquecimiento no se puede producir si la ejecución se realiza exactamente por el valor del crédito (por ej., mediante compensación de créditos, en caso de prenda de créditos) o por el precio de mercado de los valores pignorados, devolviendo el sobrante al propietario constituyente de la garantía, mediante el denominado pacto marciano*”.

<sup>471</sup> En este sentido vide CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de ...*, 3ª Edic., pág. 283.



derecho catalán donde el art. 509.20.5 CCCat dispone que *Los acreedores pignoratícios, si la prenda recae sobre dinero o sobre un título representativo de dinero, siempre que sea por una cantidad líquida y exigible, pueden hacerlos suyos, sin necesidad de subasta previa, pero solo hasta el límite del importe del crédito garantizado, con el único requisito de notificarlo fehacientemente a los deudores antes de hacerlo.* Esta forma de realización de la prenda de créditos ha sido reconocida por la propia jurisprudencia del TS, y por todas la de 19 de abril de 1997 que señaló que *Una vez cobrado por el acreedor pignoratício el importe del crédito, el pacto de compensación con lo debido por el deudor pignorante para extinguir la deuda no repugna a la prohibición del pacto comisorio (arts. 1858 y 1859), prohibición histórica que se ha mantenido viva en las legislaciones desde el Derecho Romano para evitar que los deudores que necesitan acudir al crédito pacten condiciones leoninas con sus acreedores, que de otra manera podrían quedarse para pago de las deudas garantizadas con objetos de más valor de lo debido. En la prenda de imposiciones a plazo por definición está ausente cualquier clase de perjuicio al deudor y a terceros, porque el Banco que goza de la pignoración no va a obtener ni más ni menos de lo que aquella imposición represente, límite de su derecho pignoratício.*

En base a ello deben admitirse los pactos que, para el caso de que el crédito garantizado venza antes del pignorado, prevean el vencimiento anticipado del segundo (supuesta la situación en que el acreedor pignoratício sea a su vez deudor del crédito pignorado, lo que sucede en el caso típico de las pignoraciones de imposiciones a plazo) a modo de cláusulas de vencimiento simultáneo que

permitan al acreedor garantizado en caso de incumplimiento del crédito principal realizar la garantía y compensar con el importe de su deuda<sup>472</sup>. La sentencia del TS de 18 de junio de 2014<sup>473</sup> admite la ejecutividad y por tanto la validez de una cláusula del siguiente tenor *dada la naturaleza líquida de los derechos de crédito derivados de cuentas bancarias objeto de la prenda, las partes acuerdan que la (...) queda facultada, en el supuesto de incumplimiento de las obligaciones asumidas por la Mercantil (...), a resarcirse automáticamente con cargo al saldo pignorado sin necesidad de proceder a reclamación previa alguna, judicial o extrajudicial, autorizando la pignorante desde este momento a la Caja para que, sin su intervención, pueda proceder a la aplicación total o parcial del saldo, sin limitación de fecha, utilizando cualquier medio legal, así como para efectuar cualquier otra operación precisa a los fines indicados.*

*La pignoración subsistirá íntegra, y así lo acepta el garante, hasta que no estén totalmente canceladas todas las obligaciones contraídas por razón del mencionado contrato frente a la (...)*”.

Con todo, la compensación<sup>474</sup>, como medio de realización

---

<sup>472</sup> En este sentido GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit. La prenda ...* pág. 147; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de la...*, t. II, 3ª edic., pág. 283; ALEMANY EGUIDAZU, J., *opus cit. “La prenda de créditos financieros...”*, *RDBB*, pág. 80.

<sup>473</sup> LA LEY 89591/2014.

<sup>474</sup> Sobre la compensación como mecanismo de ejecución de la prenda de créditos puede verse AVILÉS GARCÍA, J., en *opus cit. “Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos”*, *RDBB*, 2004. Hay que distinguir la compensación como modo de ejecución de una prenda de créditos, de las cláusulas de compensación que suelen incluir los contratos bancarios, las cuales en la práctica viene a funcionar como una *prenda* de saldos a favor del banco. Como señala este autor *en los clausulados de los contratos bancarios se incluyen todo tipo de cláusulas de compensación, predominantemente en sus*

de la prenda de créditos sólo será posible si deudor y pignorante coinciden. En caso de que el pignorante sea un tercero distinto del deudor puede realizarse por imputación unilateral de pago o adjudicación del crédito<sup>475</sup>. Corolario de lo expuesto hasta ahora es la admisibilidad del denominado *pacto marciano* que es aquel por el que, en caso de incumplimiento del deudor, se conviene que la propiedad de la cosa pasará al acreedor previa estimación justa y con devolución del excedente<sup>476</sup>. Pacto que es igualmente admitido en sede de prenda de créditos por la generalidad de la doctrina<sup>477</sup>. De hecho un argumento a favor de tal forma de realización de la

---

*operaciones de pasivo pero también en las de carácter neutro, e, incluso, en las de activo (...) las fórmulas utilizadas dentro del clausulado bancario son muy diversas. Así nos podemos encontrar con que se habla de una facultad o autorización expresa al Banco para compensar, cancelar o reducir los saldos deudores o de la afectación al buen fin de determinados bienes presentes o futuros, o también de una autorización irrevocable para transferir, cancelar y vender valores mobiliarios (...) es bastante usual utilizar la expresión de que existe una garantía recíproca entre las cuentas acreedoras y deudoras, o también podemos encontrarnos dentro de este amplio catálogo con una cláusula de unidad de cuentas que será admitida siempre que el objeto de estas no sea incompatible.*

<sup>475</sup> ALEMANY EGUIDAZU, J., *opus cit.* “La prenda de créditos financieros...”, *RDBB*, pág. 80, señala que si el pignorante es un tercero puede cobrarse por imputación unilateral de pago al crédito garantizado y devolviendo el exceso al deudor pignoraticio o mediante la adjudicación *pro solvendo*.

<sup>476</sup> Lo cual no es sino una especie de procedimiento sumario y rápido de ejecución privada que ya se admitió en Roma (Dig. 20.2.16, 9 *Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio. Et ita divus Severus et Antoninus rescripserunt*) y en nuestro Derecho histórico (así en las Partidas en la 5ª, Tit. 13, libro 12)

<sup>477</sup> Vide por todos ARANDA RODRÍGUEZ, R., *opus cit.* *La prenda* pág. 132 y de nuevo en “La prenda...”, pág. 60; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J., *opus cit.* *Tratado de ...*, pág. 283, que señalan que la *especial naturaleza de esta garantía conjura el peligro de que se incurra en un pacto comisorio prohibido*; PANTALEÓN PRIETO, F., *opus cit.* *Cesión de ...* pág. 1046; REGLERO CAMPOS, L.F., *opus cit.* “Ejecución de las garantías reales ...” págs. 429 y ss. que señala que la *prohibición del pacto comisorio no debe alcanzar a aquellos pactos de adquisición que invistan al negocio de una evidente e indudable conmutatividad*; MALO CONCEPCIÓN, J.V., *opus cit.* “Prenda de participaciones en fondos ...”, pág. 236.

prenda cabe encontrarlo en la propia LEC cuyo art. 694 viene a excluir del mecanismo típico de la ejecución mediante subasta (dice el párrafo primero de su apartado 2 que *Cuando los bienes pignorados no fueren de aquéllos a que se refiere la sección 1.a del capítulo IV de este Título, se mandará anunciar la subasta conforme a lo previsto en los artículos 645 y siguientes de esta Ley*) a los créditos dinerarios a los que se refiere el art. 634 de la ley procesal que bajo el epígrafe *Entrega directa al ejecutante* dispone en sus dos primeros apartados que *1. El Secretario judicial responsable de la ejecución entregará directamente al ejecutante, por su valor nominal, los bienes embargados que sean:*

*1.º Dinero efectivo.*

*2.º Saldos de cuentas corrientes y de otras de inmediata disposición.*

*3.º Divisas convertibles, previa conversión, en su caso.*

*4.º Cualquier otro bien cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado, o que, aunque inferior, el acreedor acepte la entrega del bien por su valor nominal.*

*2. Cuando se trate de saldos favorables en cuenta, con vencimiento diferido, el propio Secretario judicial adoptará las medidas oportunas para lograr su cobro, pudiendo designar un administrador cuando fuere conveniente o necesario para su realización.*

Hay que entender que, salvo pacto en contrario, la adjudicación en pago del crédito se realizará *pro solvendo*, de forma que si el acreedor garantizado no se satisface íntegramente con el crédito pignorado podrá ejercer la acción derivada del crédito garantizado (la garantía prendaria no altera la

responsabilidad patrimonial del deudor por sus deudas<sup>478</sup> de igual manera que para la garantía hipotecaria previene el art. 105 LH *La hipoteca podrá constituirse en garantía de toda clase de obligaciones y no alterará la responsabilidad personal ilimitada del deudor que establece el artículo mil novecientos once del Código Civil*). Por el contrario si se hubiese pactado una limitación de responsabilidad (al modo de lo previsto para la hipoteca inmobiliaria en el art. 140 LH) habría que entender que la adjudicación sería *pro soluto* dado que el acreedor pignoraticio estaría sumiendo el riesgo de insolvencia del deudor del crédito pignorado.

3. Breve referencia a los efectos de la prenda en el concurso. Especial consideración a los créditos futuros.

Finalmente vamos a hacer una breve referencia a la virtualidad de los procedimientos de realización de la prenda de créditos examinados dentro del concurso y al problema planteado respecto de la consistencia de la pignoración en el caso de los créditos futuros.

---

<sup>478</sup> El acreedor pignoraticio puede optar por no realizar la prenda y ejercitar la acción personal frente al deudor del crédito garantizado. Aunque ello también puede ser objeto de pacto y así señala GARCÍA VICENTE, J.R., (*opus cit. La prenda ...* pág.144) que *será lícito el pacto que excluya el ejercicio de las acciones personales para el cobro, esto es, aquel que remita al ejercicio de la garantía en caso de incumplimiento del crédito garantizado (...)* suele alegarse que una de las diferencias entre la prenda de créditos y la cesión *pro solvendo* de créditos consiste en que en la primera la elección entre recurrir al crédito garantizado o al pignorado es libre para el acreedor garantizado, mientras que en la segunda el cesionario sólo puede recurrir al cedente si fuera infructuosa su reclamación frente al deudor cedido. No obstante es posible imaginar un pacto en la prenda que subordine el ejercicio de la acción personal frente al deudor del crédito garantizado al caso en que fracase la realización de la prenda.

A) *Cuestiones generales.*

Dejamos apuntado alguno de los temas que se han planteado en sede de concurso, y que son, hasta qué punto afectará a la pignoración de créditos la suspensión de ejecución de garantías a que se refieren los arts. 56 y 57 LC, la posibilidad de ejercicio del derecho de separación o el mantenimiento de la compensación como modo de realización. Los dos artículos citados vienen a suspender la ejecución de las garantías reales sobre bienes del concursado necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial (comienza diciendo el art. 56 LC que *Los acreedores con garantía real sobre bienes del concursado que resulten necesarios para la continuidad de su actividad profesional o empresarial no podrán iniciar la ejecución o realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de este derecho o trascurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación*). Existe la opinión de que tales previsiones no son aplicables a la prenda de créditos por cuanto *no podemos razonablemente afirmar que el ejercicio de la facultad de cobro no sea en sentido estricto ejecución de una garantía, porque la legitimación que ostenta el acreedor prendario lo es como facultad de realización de la prenda y esta facultad está causalmente vinculada al incumplimiento de la obligación garantizada*<sup>479</sup>. La base de esta idea es que en general se trata de la ejecución de bienes no afectos a la actividad empresarial o profesional (a los que se aplicará la excepción del art. 55.4 LC). Sin embargo hay

---

<sup>479</sup> GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit.* *La prenda...* pág. 150; de acuerdo CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit.* *Tratado de ...*, 3ª Edic., t.II, pág. 283.

pronunciamientos judiciales que sujetan la pignoración de créditos a lo dispuesto en los arts. 56 y 57 LC, v. gr. la sentencia del Juzgado de lo Mercantil número 6 de Madrid de 10 de enero de 2011 que concluye afirmando que *la garantía real prendaria constituida mediante cesión crediticia a que se refiere el art. 90.1.6ª L.Co . autoriza tanto a la ejecución separada de dicha garantía real (art. 56 y 57 L.Co .) como al cobro de tales créditos del valor de realización de tales créditos y hasta donde alcance la garantía; pero en modo alguno autoriza al cesionario/acredor prendario a hacerse pago del crédito concursal propio con los importes de los créditos cedidos en momentos procesales distintos de los arts. 56 y 57 L.Co . y art. 155 L.Co ., en su caso, así como en seguro perjuicio de los créditos contra la masa del art. 154 L.Co . de imperativo pago previo a los créditos concursales (...); lo que autorizaría a la Administración concursal y a los acreedores contra la masa a ejercitar, en su caso, las oportunas acciones de reintegración de las cantidades percibidas por los acreedores prendarios tras la declaración concursal, caso de perjudicar tales cobros mediante ejecución de garantía prendaria la prededucción de los créditos contra la masa o la pars de los concursales.*<sup>480</sup>

En los supuesto de que el pignorante sea un tercero, distinto del deudor principal, y el crédito pignorado hubiere vencido antes que el garantizado, si el dinero no se confunde con el patrimonio del pignorante, el acreedor pignoraticio debería disponer del derecho de separación o de ejecución separada en el concurso del

---

<sup>480</sup> En contra vide CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de ...*, 3ª Edic., t.II, pág. 283.

accipiens<sup>481</sup>; aunque en este punto los pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales no son unánimes. Parecen admitir este derecho de separación de la masa activa concursal la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 29 de marzo de 2012<sup>482</sup> señalando que *aunque el crédito a (...) se cediera con causa pro solvendo, formando parte de la operativa del descuento con cesión de créditos, y aunque pueda cumplir esa función de garantía, no cabe duda de que la transmisión de la titularidad del crédito se ha producido (...) Vinculando lo anterior a la acción de separación que configura el art. 80 LC, no vemos motivo para establecer, por principio, que no cabe la separación de un derecho de crédito cedido pro solvendo, ya sea con finalidad de garantía de la financiación mediante el descuento. La titularidad del crédito se ha transmitido a la entidad descontante (...), por lo que se cumpliría el requisito de la acreditación del derecho de propiedad del reclamante ("bienes de propiedad ajena...").*

*Se cumpliría también el requisito que está implícito en el fundamento y finalidad de la acción de separación que diseña el art. 80 LC, cual es que se trate de bienes o derechos determinados e identificables (podría tratarse incluso de bienes fungibles, pero siempre que sean identificables) a fin de que puedan ser separados; (...) el objeto de la separación no es propiamente una cantidad de dinero (...), sino un derecho de crédito que está perfectamente identificado (...); y la sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 1 de Alicante de 2 de julio de 2012<sup>483</sup> considerando que si bien es cierto que desde el punto de vista objetivo, el art. 80*

---

<sup>481</sup> En tal sentido CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de los ...*, 3ª Edic., t. II, pág. 279.

<sup>482</sup> LA LEY 56587/2012

<sup>483</sup> LA LEY 60665/2012



*LC exige que la cosa cuya entrega se reclama esté perfectamente identificada, ya que la facultad de separación que asiste al acreedor ex irure dominii para recuperar los bienes que se encuentren en poder del concursado guarda cierta analogía con la acción reivindicatoria, de tal manera que quedan excluidos del mismo los bienes fungibles (...) aquí el carácter fungible del dinero no es obstáculo, pues no nos encontramos propiamente ante una acción de separación ex art 80 LC (...) Lo que se trata es de destinar el numerario correspondiente a su legítimo titular (...). En contra sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 12 de diciembre de 2012<sup>484</sup> que de forma contraria a los pronunciamientos citados concluye que tras la entrada en la masa del concurso del crédito pignorado a favor de (..) ha resuelto extinguida la garantía real establecida sobre el mismo. De ello se deriva que no pueda sea estimada su pretensión de impugnación del inventario, pues ya no existía el derecho de crédito pignorado en el momento en el que el mismo se confeccionó. Y tampoco podemos atribuir al crédito garantizado el carácter de privilegiado especial porque había desaparecido la garantía en el momento de la clasificación (...).*

Finalmente y por lo que refiere al mecanismo de la compensación (en el caso de que el concursado sea el deudor del crédito principal y a la vez el pignorante del crédito objeto de garantía), el art 58 I LC establece una prohibición general de la compensación al decir que *Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 205, declarado el concurso, no procederá la compensación de los créditos y deudas del concursado, pero*

---

<sup>484</sup> LA LEY 239132/2012

*producirá sus efectos la compensación cuyos requisitos hubieran existido con anterioridad a la declaración, aunque la resolución judicial o acto administrativo que la declare se haya dictado con posterioridad a ella.* Debemos considerar que dicho precepto no es aplicable a la compensación cuando la misma es un modo de ejecución de la prenda sobre un crédito<sup>485</sup>. Este había sido el sentido de la jurisprudencia del TS anterior a la ley concursal (*vide* por todas sentencias de 19 abril y 7 de octubre de 1997) y no hay motivo para no entenderla aplicable con la legislación vigente<sup>486</sup>.

#### B) *Créditos futuros y concurso.*

---

<sup>485</sup> Más problemáticas serán las cláusulas de compensación convencional que se incluyen en los diversos contratos de financiación bancaria.

<sup>486</sup> Por todos GARCÍA VICENTE, J.R., *opus cit.* *La prenda de ...* pág. 151 y CARRASCO PERERA, A., en *Comentarios a la Ley Concursal* art. 56 pág. 605. Tratándose de acuerdos compensatorios o prendas que entren en el ámbito de las garantías financieras, el Tribunal Supremo (así sentencias de 20 de junio de 2012 LA LEY 104806/2012 y 26 de junio de 2012 LA LEY 110530/2012), viene a considerar que los créditos garantizados con derechos reales de garantía financiera pueden ser ejecutados al margen del concurso en virtud de la propia Ley Concursal; en la primera de las sentencias citadas establece el TS en sus fundamentos de derecho que *como en sus escrituras de alegaciones sostuvo la ahora recurrente, más que compensar deudas - en el sentido de sustituir dos actos de cumplimiento, con efectivas transferencias de fondos, por una mera operación contable - lo que la misma hizo fue aplicar a la satisfacción de su crédito el objeto de una garantía real que había constituido la deudora, (...), sobre determinados instrumentos financieros de su titularidad, con el fin de asegurar el cumplimiento, entre otras, de la obligación principal a la que fue finalmente destinado el valor pignorado.*

*Pero, como se afirma en el motivo, el Tribunal de apelación no tuvo en cuenta lo dispuesto en Real Decreto Ley 5/2005, que constituye norma especial aplicable a las entidades de crédito - según el apartado 3 de la disposición adicional segunda de la Ley 22/2003 - y que traspuso la Directiva 2002/47/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera. Y, en particular, el artículo 15, apartado 4 , del mismo, que establece que el derecho de ejecución separada de la garantía, ejercitado en el caso por la acreedora ahora recurrente, no resulta limitado, restringido o afectado, en cualquier forma, por la apertura de un procedimiento concursal de la deudora pignorante. Vide en esta materia MUÑOZ DE BENAVIDES, C., “La ejecución de las garantías financieras en el ámbito del concurso de acreedores”, *La Ley*, núm. 1794/2013.*

Con anterioridad ya examinamos [*ut supra* Cap. 3º II.2.C)] la licitud de pignorar créditos futuros así como la de garantizar con prenda obligaciones futuras. Realmente el problema que plantea la pignoración de créditos futuros en garantía de cualesquiera obligaciones es su oponibilidad frente a terceros, o mejor dicho, en qué momento es oponible, y por tanto qué resistencia ofrece como garantía real en caso de concurso. En la práctica el carácter futuro de los créditos pignoralados puede derivar de situaciones tales como la pignoración de devoluciones tributarias, especialmente IVA, subvenciones o indemnizaciones pendientes de cobro, certificaciones de obra pública por ejecutar, la pignoración de las rentas derivadas de arrendamientos, etc<sup>487</sup>. Pero no es menos

---

<sup>487</sup> FERNÁNDEZ DEL POZO, L., cita en “Otra vez sobre la prenda de créditos futuros a propósito de una futura Ley de garantías mobiliarias”, *Diario La Ley*, Nº 8291, los siguientes *Así ocurre cuando se dan en prenda sin desplazamiento, por ejemplo, los derechos audiovisuales y deportivos de un club de fútbol (Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado —en adelante RDGRN— de 16 de mayo de 2001) o cuando queda gravado desde luego (desde la constitución) el futuro derecho de traspaso de un local en la hipoteca de establecimiento [arts. 19 y ss. de la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión (en adelante LHM) y RDGRN de 14 de julio de 2001]. Lo propio cabe decir de las prendas constituidas sobre créditos en méritos de una subvención concedida o en trámites de concesión (STS de 27 de junio de 2003); los créditos futuros representados por certificaciones de obra pública ejecutada (STS de 30 de noviembre de 2006; SSTs de 22 de febrero y de 2 de julio de 2008); los créditos contra la Hacienda como, por ejemplo, por las devoluciones por el IVA (STS de 20 de junio de 2007; SJM núm. 2 de Barcelona de 30 de septiembre de 2008); la futura indemnización exigible por razón del seguro de insolvencias de los clientes (STS de 26 de septiembre de 2002); los créditos por el desarrollo de una actividad de servicios contratada para una Administración Pública (STS de 6 de noviembre de 2013); el derecho de cobro por peajes (RD 14 de mayo de 1998) o el derecho de cobro de la indemnización derivada de la resolución del contrato de concesión (art. 271.1 RDLeg. 3/2011, de 14 de noviembre) en relación con lo dispuesto en el art. 6 RDL 1/2014, de 24 de enero) y, en general, por el cobro de la contraprestación de la venta o suministro de bienes o la prestación de servicios en el ejercicio de actividad empresarial o profesional [art. 2 f) Orden EHA/3536/2005 y disp. adic. 3.ª Ley 1/1999, de 5 de enero]; el justiprecio de una expropiación pendiente (STS de 11 de marzo de 2008); los créditos por arriendos y subarriendos de ciertos locales [STS de 21 de julio de 2009; SJM núm. 2 de Barcelona de 30 de septiembre de 2008....*

infrecuente que una garantía (y no sólo la pignoraticia) garantice obligaciones futuras, y por tanto el problema presenta una doble vertiente, de una lado la pignoración de un crédito en *garantía de créditos futuros* y de otro la pignoración *de créditos futuros* en garantía de otra obligación, o dicho en otras palabras que el crédito futuro puede ser el objeto garantizado o el objeto sobre el que recae la garantía. En el primer caso el problema es la determinación del carácter privilegiado o no de los créditos futuros nacidos después de la declaración de concurso. No puede sin más argumentarse que esta circunstancia determinará que sean créditos ordinarios toda vez que ello perjudicaría de forma totalmente injustificada al acreedor titular de una prenda que se viera obligado a seguir financiando al concursado después de la declaración de concurso porque a ello viene obligado por el contrato de financiación suscrito entre ambos resultando que la prenda que garantizaba los créditos, una vez nacidos estos después de la declaración, ya no goza de privilegio especial; como mucho habría que excluir del carácter privilegiado a aquellos créditos cuyo nacimiento posterior dependiera de la voluntad del acreedor, lo que llevaría a reconocer el carácter de tales a los nacidos con posterioridad con carácter obligado para el acreedor por derivar de contratos ya perfeccionados con anterioridad.

En el segundo caso el problema es el contrario, es decir, si antes (prenda *en garantía de créditos futuros* en los que concursado es el deudor) la cuestión es si se han de calificar como créditos *privilegiados* (garantizados con prenda) u *ordinarios*, al plantearse la cuestión de la prenda *de o sobre créditos futuros* (en los que el concursado es el acreedor frente a terceros), se trata de determinar

si tales créditos son o no inmunes al concurso, y en caso afirmativo en qué medida. En líneas generales, si el crédito futuro pignorado no llega a nacer o lo hiciera bajo una titularidad distinta de quien lo pignoró no podría entenderse nacida la garantía; por el contrario si el crédito futuro pignorado llega a nacer quedaría afecto a la garantía previamente constituida sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes del contrato de garantía. Lo dicho vale *prima facie* para las relaciones *inter partes* del contrato de garantía, pero el problema es el de la eficacia de tal automatismo *nacimiento futuro/gravamen* en cuanto hay terceros implicados en el *interin* entre la constitución de la garantía y el nacimiento del crédito futuro.

Las distintas posiciones doctrinales que se mantenían sobre su eficacia antes de la introducción de la primera referencia a los créditos futuros en el art. 90.1.6º LC por la Ley 38/2011, fueron resumidas con bastante precisión por la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Alicante de 20 de julio de 2012<sup>488</sup>, que en este punto reproducimos:

*a) la inmunidad absoluta: la prenda de créditos futuros queda siempre inmune al concurso, y por ende los créditos futuros nacen pignorados bastando que los créditos pignorados estén ex ante determinados o sean determinables (art 1271CC), pues al no distinguir el art 90 LC no debe distinguirse entre las diferentes modalidades de créditos futuros.*

*Una vez nacido el crédito contemplado, la eficacia de la*

---

<sup>488</sup> LA LEY 109011/2012

*garantía se produce retroactivamente desde el momento de válida constitución de la garantía, aplicando por extensión el régimen de las obligaciones bajo condición suspensiva ex art. 1120.I CC y en las hipotecas en garantía de obligaciones sujetas a condición.*

*b) la tesis intermedia: inspirada en el derecho germánico, según la cual si antes de la fecha del concurso estaban ya celebrados el contrato o los contratos duraderos fuente de los créditos futuros objeto de la prenda (o cesión en garantía), dichos créditos nacerán pignorados, aún cuando se generen tras la declaración de insolvencia, con base en la expectativa de pignoración ya transmitida cuando el pignorante (o cedente en garantía) gozaba de la plena y libre disponibilidad patrimonial. En cambio, se integrarán en la masa activa libres, es decir sin pignoración, los créditos que nazcan de contratos que no se hayan perfeccionado antes de la declaración concursal, aunque estuvieran contemplados ya al tiempo de pactarse la prenda (o cesión en garantía) como fuente de los créditos objeto de pignoración (o cesión en garantía).*

*Estas ideas inspiran la distinción entre créditos "simplemente futuros" y "puramente futuros". Los primeros son los nacederos de relaciones jurídicas preexistentes al tiempo del concurso y son oponibles en el concurso del pignorante (o cedente). Los segundos o "puramente futuros" son los nacederos de contratos o relaciones aun no constituidas en ese tiempo, y que en cambio, no son resistentes en el concurso del pignorante (o cedente) de manera que se integran en la masa activa esos créditos cuando nacen libres de todo gravamen al contrario de los primeros sobre los que sí recaería el privilegio.*

*c) tesis estricta: mantiene que la prenda sobre créditos*

*futuros solo es oponible frente a terceros dentro del concurso del pignorante cuando no solo la relación jurídica o contrato fuente del crédito sea anterior al concurso sino que además es necesario que el crédito dado en garantía nazca a la vida jurídica antes de la declaración judicial de la insolvencia.*

*La idea fuerza es que deben integrarse en la masa activa del concurso en aplicación de las reglas generales de la Ley concursal los créditos que traen su causa de la continuación de la actividad profesional o empresarial del deudor concursado contemplada en el art. 44 LC, debiendo ingresar en dicha masa sin gravamen porque cuando nacen ya no goza de la plena y libre disponibilidad patrimonial el deudor.*

*d) la tesis de la analogía: defiende la aplicación analógica de la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 1/1999 , Reguladora de las Entidades de Capital-Riesgo y de sus Sociedades Gestoras rúbricada «Régimen de determinadas cesiones de crédito» cuya ultima redacción ha sido dada por la DF 3ª de la Ley 30/2007 de Contratos de las Administraciones Públicas, cuyo ámbito propio son las cesiones de créditos, típicamente las configurables dentro del marco de las operaciones de factoring.*

*Se afirma que concurre identidad de razón funcional que permite su aplicación a la prenda o cesión en garantía, de manera que serían resistentes en el concurso del cedente-pignorante las pignoraciones de créditos, incluso nacederos después de declararse el concurso, siempre que se 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. Solo en esos casos los créditos postconcursoales nacerán pignorados y merece el acreedor la calificación de privilegiado especial sobre los mismos.*

La doctrina en líneas generales pareció inclinarse por la tesis intermedia<sup>489</sup> aunque también hubo quien se acercó a la tesis analógica<sup>490</sup>, y con menores apoyos a las tesis de la inmunidad absoluta<sup>491</sup> y estricta<sup>492</sup>.

---

<sup>489</sup> Defendida ya por PANTALEÓN PRIETO, F., en 1988, en *opus cit.* “Cesión de créditos”, *ADC*, págs. 1044 y 1095, que tras plantear la cuestión teórica fundamental *¿nacerá el crédito inmediatamente en cabeza del cesionario (...) o, por el contrario, permanecerá al nacer durante un segundo lógico en el patrimonio del cedente, pasando desde éste al patrimonio del cesionario (...)?* La resuelve desde un punto de vista práctico en los siguientes términos *si entre el momento de la cesión anticipada y el del nacimiento del crédito cayera en quiebra el cedente ¿se integraría o no el crédito al nacer en la masa de la quiebra? (...)* Si en el momento de la cesión, o en todo caso antes de la fecha de la quiebra, se hubiera ya celebrado el contrato o estuviese ya construida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada (...) el crédito en cuestión nacerá inmediatamente en la cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición de su patrimonio, y no se integrará, consecuentemente, en la masa de la quiebra. En la hipótesis contraria –cesiones anticipadas de créditos que nacerán de contratos de compraventa, obra, arrendamiento, etc. proyectados, pero aún no celebrados- el crédito de que se trate nacerá en cabeza del cedente, y puesto que entonces estará ya privado de la libre disposición de sus bienes, se integrará el crédito en la masa de la quiebra. Defendieron también esta tesis antes de la reforma del último inciso del art 90.1 6º LC por Ley 38/2011, VEIGA COPO, A., en “Prenda de créditos y negocio fiduciario –venta en garantía” *RDBB* núm. 89/ Enero-Marzo 2003 págs. 86 y ss.; AVILÉS GARCÍA, J., en “Contratos de garantía y ampliación del ámbito de aplicación de las prendas de créditos” en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, 2003 pág. 1438 y en “Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos” *RDBB* núm. 96/Octubre-Diciembre 2004, pág. 231. Después de dicha reforma, con una interpretación integradora o analógica de la confusa redacción actual, la intentan mantener, entre otros, GUTIÉRREZ GILSANZ, A., en “Virtualidad de la prenda constituida sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) a favor de las entidades financieras en el concurso de las sociedades concesionarias de autopistas” en *RDCyP Diario La Ley* nº 8074, 2013, págs. 11-12 y MIQUEL GONZÁLEZ, J.M., y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., en “El nuevo artículo 90.1.6º in fine de la Ley Concursal” en *El Notario del siglo XXI*, número 40 Noviembre-Diciembre 2011.

<sup>490</sup> Antes de la reforma de la Ley 38/2011 mantuvieron CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., la utilización vía interpretación analógica de los límites previstos en la disposición adicional 3º de la Ley 1/1999 en *opus cit. Tratado ...* 2ª Edic. 2008 pág. 268. Tras dicha reforma y en la 3ª Edic. del *Tratado* ya no hacen mención a tal norma y se centran en la posible interpretación de la situación tras la redacción dada al art. 90.1 6º LC, antes de la última modificación.

<sup>491</sup> Pareció defenderla GARCIA VICENTE, J.R., en *opus cit. La prenda de ...*, 2006, págs. 179 y ss., aunque en trabajos posteriores tiende a



Llegados a este punto es cuando la Ley 38/2011 introdujo un último inciso al art. 90.1.6º LC diciendo que *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.*

Si en algo fue unánime la doctrina fue en la crítica a la deficiente redacción del precepto de difícil interpretación lógica<sup>493</sup>.

---

proponer de *lege ferenda* determinados límites que le alejan de la tesis de la inmunidad absoluta.

<sup>492</sup> Las tesis estrictas parten de una óptica únicamente *registralista* en los formalismos constitutivos de las garantías reales que condenan a las prendas de créditos no inscritas al *ostracismo absoluto* y en cambio atribuyen a las inscritas la *inmunidad absoluta* frente a terceros.

<sup>493</sup> Para entender, no ya su significado de difícil aprehensión, sino cómo se llegó a esa redacción puede verse el relato de su *iter legislativo* en MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., “El nuevo artículo 90.1.6º in fine de la Ley Concursal” en *El Notario del siglo XXI*, número 40 Noviembre-Diciembre 2011; PANTALEÓN PRIETO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., en “El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de crédito futuros” en *RDCyP* número 20 primer semestre de 2014; y SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., en “Prenda de créditos futuros y prenda en garantía de créditos futuros en el concurso de acreedores” en *RDCyP* número 17 segundo semestre de 2012. Resumidamente su *iter legislativo* puede resumirse así: la Propuesta de Anteproyecto, de 29 de mayo de 2010, de la Sección Especial de Derecho Concursal constituida en el seno de la Comisión General de Codificación, tenía como redacción que “La prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes del concurso”. Tal redacción pasó al Anteproyecto de Ley de 16 de diciembre de 2010 y al Proyecto de Ley de reforma. Durante la tramitación parlamentaria, el Grupo parlamentario de CiU propuso la siguiente enmienda: “La prenda en garantía de créditos futuros solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la publicación de la declaración de concurso así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del art. 68 de la Ley se proceda a su rehabilitación o cuyo nacimiento no derive de la voluntad del acreedor pignoraticio”, con la justificación de que de la literalidad del precepto parecía deducirse que si se otorgase financiación al concursado después de la declaración de concurso (créditos nacidos después del concurso) los derechos de prenda formalizados con anterioridad a dicha declaración carecerían de privilegio especial, es decir

Básicamente se propusieron las siguientes interpretaciones:

I.- Una interpretación literal con el texto final<sup>494</sup>, de acuerdo con la cual el precepto lo que regulaba era la prenda constituida en garantía de créditos futuros. Así se deduciría de las expresiones “prenda en garantía *de*” y “atribuye privilegio *a*”, pues del uso de tales preposiciones no podía sino concluirse, que se estaba refiriendo a los créditos futuros como créditos garantizados y no como créditos objeto de la pignoración. Además la referencia a la rehabilitación de los créditos del art. 68 LC sólo tenía sentido si se está refiriendo a los créditos garantizados que es a lo que se refiere el tenor literal. Los partidarios de esta interpretación no dejaron de resaltar el absurdo lógico de la redacción literal y los graves interrogantes que planteaba la misma; así no había razón que justificase que el acreedor que sigue financiando al deudor tras la declaración del concurso pierda sus garantías por el hecho de no haberlas registrado, tampoco tenía sentido que el acreedor

---

devendrían absolutamente ineficaces, quedando el acreedor que hubiese otorgado la financiación privado de su garantía (...) el sacrificio desproporcionado, injustificado y contrario al espíritu de la reforma, que experimentaría un acreedor beneficiario de una prenda que se vea obligado a continuar financiando al concursado con posterioridad a la declaración del concurso. Sobre la base de la redacción de la enmienda de CiU, la ponencia adoptó una enmienda transaccional, que fue la que se aprobó finalmente, sustituyendo el inciso final “o cuyo nacimiento no derive de la voluntad del acreedor pignoraticio” por la de “o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso”.

<sup>494</sup> Entre otros ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V., en “Sobre la preferencia concursal de la prenda de créditos futuros”, en *RDCyP*, nº 19 segundo semestre 2013. Igualmente fue defendida con la profundidad argumental que le caracteriza PANTALEÓN PRIETO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., en “El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de crédito futuros” en *RDCyP* número 20 primer semestre de 2014; en todo caso que mantuvieran la interpretación literal no quiere decir que se compartiera ni el texto ni sus evidentes contradicciones; en este sentido ver también GUTIÉRREZ GILSANZ, A., en *opus cit.* “Virtualidad de la prenda constituida ...” en *RDCyP* Diario La Ley nº 8074, 2013 y MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., *opus cit.* “El nuevo artículo 90.1.6º in fine ...” en *El Notario del siglo XXI*, número 40 Noviembre-Diciembre 2011.

postconcurzal perdiera sus garantías en todo caso y el preconcurzal no, como tampoco era inteligible la preferencia en el concurso de las prendas registradas y no fuera del concurso, privilegiando la inscripción frente a otras formas de constitución<sup>495</sup>. Admitir la interpretación literal, a fin de salvar las evidentes contradicciones de la norma, obligaba a realizar una reinterpretación de la misma que permitiera salvaguardar la garantía a favor de los créditos futuros nacidos después del concurso pero que procedieran de contratos o relaciones jurídicas de fecha cierta anterior<sup>496</sup>.

---

<sup>495</sup> No nos parece adecuada en absoluto el término prenda *oculta* como algo contrapuesto a la prenda *registrada*. El caso de la prenda de créditos no es asimilable al de otras garantías de constitución registral, básicamente por dos razones: una que no existe un mercado de créditos en cuanto tal a diferencia v. gr. de los inmuebles en que la seguridad del tráfico exige publicitar no sólo la titularidad sino también los posibles gravámenes frente a posibles adquirentes, y otra que lo que preocupa en el caso de la prenda de créditos es ante todo la solvencia del deudor y consistencia de su patrimonio. En tal sentido CARRASCO PERERA, A., y TORRALBA MENDIOLA, E., han señalado lo siguiente *¿Por qué la excepción a favor de las prendas inscritas en un registro público? La respuesta inmediata sería: porque se trata de prendas "públicas" y no "ocultas". Pero no puede ser esta la razón. Primero, porque entonces habría que haber desterrado también la eficacia concursal de las prendas de créditos presentes, cuando no hubieran sido registradas; y eso no se ha hecho. Segundo, porque ostensiblemente no es la "publicidad" lo que al legislador concursal le preocupaba en la reforma del art. 90.1.6.º, sino la consistencia cualitativa de la masa del concurso. [...]*

*Claramente se trata de una decisión de política legislativa, que crea esa ventaja concursal para promocionar las prendas registradas frente a otras modalidades de prendas de crédito. Cada uno juzgará si le parece legítima la opción.*

<sup>496</sup> En este sentido PANTALEÓN PRIETO, F., y GREGORACI FERNÁNDEZ, B., en *opus cit.* señalan que *O bien se asume que la voluntad del legislador fue la que entendió que era el Grupo Parlamentario proponente de la enmienda de la que la norma provino; y sobre esta base, se prescinde de la frase final sobre la inscripción de la prenda en un registro público, y se recurre a la analogía para sostener una equiparación del tratamiento de todos los créditos garantizados postconcursoales no nacidos por voluntad del acreedor pignoraticio, tanto si derivan de rehabilitaciones, como si derivan de contratos de financiación no vencidos antes del concurso.*

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

2.- Una interpretación correctora o modificativa<sup>497</sup>, según la cual, y en base a la *presumible* intención del legislador, a lo que se estaba refiriendo el precepto era a la prenda *de* o *sobre* créditos futuros (aunque dijera *en garantía de*) de los que es titular el deudor contra terceros, pignorados antes del concurso como garantía a favor de alguno de sus acreedores. Pero tal interpretación suponía asumir la aplicación de las dos posturas más extremas en función de la inscripción o no, es decir las prendas de créditos futuros inscritas de acuerdo con la tesis de la inmunidad absoluta gozarían de resistencia ilimitada al concurso y atribuirían al acreedor pignoraticio privilegio especial sobre todos los créditos futuros pignorados: tanto los nacidos antes de la declaración del concurso, como los nacidos después; y respecto de éstos, incluso cuando nazcan de un contrato celebrado o una relación jurídica constituida con posterioridad a la declaración del concurso. Por el contrario, la resistencia al concurso de las prendas de créditos

---

LC.

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

<sup>497</sup> CARRASCO PERERA, A., y TORRALBA MENDIOLA, E., en “Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal en *Diario la Ley* nº 7727 2 de noviembre 2011; CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., *opus cit. Tratado de los ...* 3ª Edic. pág. 268; FERNÁNDEZ EL POZO, L., en “Otra vez sobre la prenda de créditos futuros a propósito de una futura Ley de garantías mobiliarias” *Diario La Ley* Nº 8291; GÓMEZ GÁLLIGO, J., “Prenda de créditos y concurso” en *RCDI* núm. 743/2014. En cualquier caso las divergencias interpretativas entre estos mismos autores, aun entendiendo que el precepto versaba sobre la prenda *de* o *sobre* créditos futuros, son importantes, sobre todo en el alcance del inciso final relativo a la inscripción en *algún registro público*. Parecieron decantarse también por esta interpretación HORMAECHEA ALONSO, J., en “Sobre la conveniencia de la inscripción en un registro público de las prendas en garantía de créditos futuros: el artículo 90.1.6º de la Ley Concursal” *Diario La Ley*, nº 7811 5 marzo 2012 y VEIGA COPO, A., en *opus cit. Tratado de la Prenda* págs. 1191 y ss.

futuros no registradas habría quedado estrictamente limitada: sólo atribuirían privilegio especial al acreedor pignoraticio sobre los créditos futuros pignorados nacidos ya antes de la declaración del concurso<sup>498</sup>. De nuevo se necesitaba una reinterpretación que diera coherencia al resultado de tal interpretación, lo cual no era fácil y obligaba en la práctica a cualquier acreedor, y ante las posibles consecuencias negativas de no hacerlo, a inscribir las prendas sobre créditos futuros<sup>499</sup>.

3.- Una interpretación *abrogans*<sup>500</sup>, por entender que se

---

<sup>498</sup> Esta es la conclusión a la que llega FERNÁNDEZ DEL POZO, L., en *opus cit.* “Otra vez sobre...” que indica lo siguiente: *la única interpretación con lógica de lo que ahora se dice en el art. 90.1.6.º LC puede explicarse por referencia a una estructura argumentativa con las siguientes proposiciones encadenadas: 1.º) Regla general: la prenda «de» o «sobre» créditos futuros, de ser ordinaria o común (prenda no-registral), sólo concede privilegio especial sobre los créditos nacidos antes de la declaración del concurso. 2.º) Excepción: la prenda de créditos futuros, a pesar de lo establecido en 1.º) puede ser objeto de una rehabilitación en cuyo caso el acreedor pignoraticio sigue obligado a prestar financiación pero conserva íntegra su garantía sobre créditos anteriores y posteriores a la declaración del concurso. 3.º) Regla particular de la prenda registrada: la prenda de créditos futuros registrada en el Registro de Bienes Muebles como prenda sin desplazamiento e inscrita bajo el art. 54 LHMPD en relación con lo previsto en el art. 90.1.1.º LC cubre con privilegio especial tanto los créditos nacidos antes como los nacidos después de declarado el concurso.*

<sup>499</sup> En este sentido CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M.J., en *opus cit. Tratado...* 3ª Edic. t. II pág. 268 y ss. tras dar por entendido, aun reconociendo que no era pacífico, que el art. 90.1.6º LC se estaba refiriendo a la prenda *sobre* créditos futuros, señalaron que procedía determinar al alcance objetivo de la norma, es decir, *proponer una lista de créditos futuros que quedan afectos a la garantía sin necesidad de que ésta se haya constituido como prenda inscrita en el RBM*. En tal listado incluyen, entre otros, los créditos futuros pignorados en contraprestación a flujos de crédito en el seno de una relación jurídica bilateral que sobrevive a la declaración de concurso, los créditos que son *fruto civil* de una relación jurídica subyacente, rentas arrendaticias futuras de un contrato de alquiler pignorado o de un contrato de renta vitalicia, cánones de derecho de superficie, cuotas venideras del derecho del arrendador financiero, dividendos de acciones o participaciones pignoradas, crédito futuro derivado de la responsabilidad patrimonial de la Administración concedente de un contrato de concesión de servicios o de obra pública...

<sup>500</sup> Es una posible interpretación que citan MIQUEL GONZÁLEZ, J.M. y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F., en *opus cit.* “El nuevo artículo 90.1.6º in fine de la Ley Concursal” pero que es evidente que presenta evidentes problemas prácticos pues hasta qué punto puede un juzgado dar por inexistente una norma

trataba del resultado de una cadena de malentendidos sin una auténtica voluntad legislativa de redactar una norma que dijese lo que finalmente dijo el art. 90.1.6º *in fine* LC. Incurría en graves contradicciones valorativas estableciendo consecuencias jurídicas distintas en atención a variables con las que aquellas no guardaban ninguna relación.

4.- Una última interpretación *integradora*<sup>501</sup>, que a través de la analogía pretendía salvar parte de las consecuencias negativas de la redacción final. El legislador habría optado por dos perspectivas: en la parte inicial del precepto, la no reformada por la Ley 38/2011, adoptaría la perspectiva del objeto sobre el que recae la prenda: el derecho del deudor que ha pignorado a favor de uno de sus acreedores; en la parte modificada, adoptaría la perspectiva del acreedor del concursado que está garantizado por una prenda constituida por éste, es decir, que la reforma reguló los derechos de crédito contra el deudor nacidos después de la declaración del concurso garantizados con una prenda de derechos a los que se atribuye la calificación de créditos concursales privilegiados siempre que se diera una de las condiciones previstas en la redacción que se dio al artículo, pero recurriendo a la analogía dando el mismo tratamiento a todos los créditos nacidos después del concurso no voluntarios con el fin de evitar al menos alguna de las contradicciones de la norma, equiparando así los créditos derivados de una rehabilitación y los derivados de un contrato de financiación anterior no vencido antes del concurso, por la

---

por sus evidentes contradicciones lógicas.

<sup>501</sup> *Vide* entre otros SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M., “Prenda de créditos futuros y prenda en garantía de créditos futuros en el concurso de acreedores”, en *RDCyP*, número 17, segundo semestre de 2012.

identidad de razón entra ambas situaciones<sup>502</sup>.

Por lo que refiere a la doctrina emanada de nuestros tribunales, antes de la reforma por Ley 38/2011 suele citarse la sentencia del TS de 22 de febrero de 2008<sup>503</sup>, que pareció abrir la puerta a la llamada tesis intermedia al señalar que *No sólo es posible la cesión de créditos futuros (art. 1271 I CC), sino que también lo es la de los créditos integrantes de una relación obligatoria sinalagmática, como es el contrato de obra, cesión que afectaría sólo al lado activo de la posición jurídica del cedente, a cuyo cargo permanecerán las obligaciones en que consista la contraprestación (pues éstas requieren el consentimiento del acreedor para ser transmitidas, conforme a lo dispuesto en el art. 1205 CC). Las cesiones de créditos futuros (llamadas "cesiones anticipadas") exigen para su eficacia, como se ha dicho por autorizada doctrina, "que los caracteres definitorios del crédito de que se trate resulten adecuadamente determinados, a más tardar en*

---

<sup>502</sup> SÁNCHEZ ALVAREZ, M., en *opus cit.* pone el siguiente ejemplo: *un contrato de apertura de crédito ordinario en cuenta corriente, concedido al concursado A por un acreedor B, cuya devolución se garantiza con la pignoración de futuros créditos de los que será titular A contra C. Para las disposiciones concretas de crédito realizadas por A con anterioridad a la declaración de concurso, se aplica la tradicional regla de la fehaciencia. Las eventuales disposiciones concretas de crédito realizadas por A con posterioridad a la declaración de concurso, que crean un derecho de crédito a favor de B, debiera aplicarse la misma regla tradicional de la fehaciencia, calificándose esos concretos créditos como crédito con privilegio especial, y no solo como créditos contra la masa, pues existe identidad de razón con el supuesto contemplado en el art. 68 LC: créditos nacidos por la voluntad del concursado y nadie puede ir contra sus propios actos. Y los créditos futuros de A contra C, pignorados con anterioridad a la declaración del concurso por el concursado a favor de B, para garantizar los créditos de este contra el concursado, y que nazcan después de la declaración del concurso, nacerán ya pignorados. En todo caso, declarado el concurso, mientras no nazca el crédito por la concreta disposición del concursado, el mismo deberá ser reconocido como crédito sometido a condición suspensiva (art. 87.3 LC), aunque nazca después de la declaración del concurso, como sucede con los créditos nacidos ex art. 68 LC.*

<sup>503</sup> LA LEY 86325/2008.

*el momento de nacimiento del mismo, sin necesidad de un nuevo acuerdo entre las partes (art. 1271 CC), aunque no es indispensable que cuando la cesión anticipada del crédito se concluya se haya ya realizado el contrato o surgido la relación jurídica de la que nacerá el crédito en cuestión, ni que esté entonces determinada la persona del futuro deudor ". Al otorgarse la cesión anticipada, el cedente pierde, desde luego, el poder de disposición sobre el crédito, y una eventual cesión posterior sería ineficaz. La efectiva transferencia solo se producirá en el instante del nacimiento del crédito, sin que se requiera un ulterior negocio jurídico ni un acto de entrega o "quasi traditio" específico, y el crédito se transferirá al cesionario con el contenido con que efectivamente nazca. Aunque el tema ha sido discutido, al menos en los casos en que se hubiera celebrado ya el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, el crédito en cuestión —según la opinión doctrinal que parece más fundada— "nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio". El deudor cedido (en nuestro caso, la Administración) podrá oponer al cesionario todas las excepciones derivadas de su contrato bilateral con el cedente, y entre ellas la exceptio non adimpleti contractus, en tanto que habrá que reconocer que la facultad de resolver, en los términos en que se configura en el art. 1124 CC, corresponde al cesionario, aunque este extremo haya provocado fuertes dudas en la doctrina. En el caso de autos, a juzgar por la misma documentación que se acompaña en la escritura, ha surgido ya a la vida jurídica la relación jurídica entre el acreedor cedente (contratista) y el deudor*



*(la Administración). De modo que, desde el punto de vista del Derecho civil, habría que dar validez y eficacia a la cesión del crédito, en cuanto acto de disposición que, entre otros efectos, verificará la transferencia del crédito, en cuanto nazca, a favor de la entidad cesionaria (...).* Esta sentencia en cualquier caso no recoge tal argumento como *ratio decidendi* de la resolución, pero su doctrina es confirmada por la sentencia posterior del TS de 6 de noviembre de 2013<sup>504</sup> que viene a decir, y ahora sí como *ratio decidendi*, que la cesión de créditos futuros en garantía es resistente al proceso de insolvencia ulterior del cedente, si en el momento en que se pactó ya estaban adecuadamente determinados los caracteres definitorios del crédito que se cedía, de manera que “nacerá inmediatamente en cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aún la libre disposición del patrimonio”; dicha sentencia contempla no obstante un supuesto de hecho bajo la vigencia de la antigua Ley de Suspensión de Pagos, aunque su argumentación ha sido seguida por algunos órganos jurisdiccionales, como veremos seguidamente.

La tesis estricta, por el contrario, podía encontrar un apoyo en la sentencia también del TS de fecha 27 de junio de 2003<sup>505</sup> que versaba sobre la cesión de un crédito futuro *pro solvendo* y afirmaba que (...) *se trata, en efecto, de una cesión de créditos futuros «pro solvendo» cuya extinción se produce únicamente en el momento en que el crédito ha sido realizado por el acreedor cesionario conforme a su fecha de liquidez, lo que aquí tendrá lugar en momento posterior a la declaración de la admisión de*

---

<sup>504</sup> LA LEY 199095/2013.

<sup>505</sup> LA LEY 2656/2003

*suspensión de pagos, por lo que, conforme a tal específica normativa, y como elemento integrante del patrimonio del deudor, debía ser puesto, como así sucedió, a disposición de la intervención judicial; sin que concurra mala fe por parte del deudor cedente (...).*

En las resoluciones de tribunales y juzgados inferiores encontramos la sentencia antes citada del Juzgado Mercantil nº 1 de Alicante de 20 de julio de 2012<sup>506</sup>; esta resolución judicial aun siendo posterior a la reforma operada por ley 38/2011 se refiere a un supuesto de hecho anterior a la misma, pero precisamente acoge, como apoyo, en su argumentación la redacción que tal reforma dio al art. 90.1.6º LC, para decantarse por la tesis *estricta* y entenderla referida a la prenda *de o sobre* créditos futuros. Han mantenido igualmente la tesis estricta, abonando una interpretación correctora del art. 90.1.6º LC (como prenda *de o sobre* créditos futuros), entre otras, la sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos de 18

---

<sup>506</sup> *No obstante, la mención al registro público (que nos conduce al art 54 LHMPD y que parte de que lo dado en prenda son derechos de créditos futuros del deudor), la exégesis teleológica y sistemática, y los trabajos preparatorios dan pie también a escapar de una lectura literal del precepto al no ser aplicable la regla "in claris non fit interpretatio " y concluir que lo regulado (por esa la intención de la modificación) es el alcance concursal de la prenda de créditos futuros(...)*

*Sin entrar a analizar otras posibles interpretaciones, baste lo anterior a los efectos que aquí interesan, y es apuntar que la ratio inicial de la reforma obedece a la necesidad de aclarar el alcance concursal de la prenda de créditos futuros, tomando como referencia temporal la fecha de nacimiento del crédito.*

*En conclusión, de los distintos derechos de crédito pignorados por (...) a favor de AEAT para garantizar el fraccionamiento de pago descritos en el fundamento jurídico 2º solo puede predicarse la afección de los nacidos antes del 5/7/2011 (fecha de declaración del concurso), aunque su pago sea posterior a esa fecha, pero no abarca a los créditos que se devengan a partir de 5/7/2011, aunque lo sean derivados de contratos preexistentes antes del concurso o de contratos celebrados o prorrogados a posteriori, aunque estuvieran previstos en una relación marco preexistente al concurso*

enero 2012<sup>507</sup> y sentencia de la Audiencia Provincial de Valladolid de 4 de julio de 2013<sup>508</sup>. No recoge la interpretación correctora sino la literal la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 17 de mayo de 2012<sup>509</sup>; y otras resoluciones judiciales, vienen a admitir que el precepto se refiere a la prenda en garantía de créditos futuros, pero entendiendo que la extensión de la prenda de créditos a los créditos futuros nacidos en la cabeza del concursado se produce conforme al Derecho común considerando que según éste quedarán pignorados los créditos futuros nacidos de contratos o relaciones jurídicas perfeccionadas antes del concurso; en este sentido la sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona de 3 de abril de 2014<sup>510</sup> cuyos argumentos, por su interés reproducimos: *Un sector relevante de la doctrina sostiene que la nueva redacción*

---

<sup>507</sup> LA LEY 2344/2012 *Se recoge aquí una excepción a la regla general sobre el carácter privilegiado del derecho de prenda que conste en un documento de fecha fehaciente, y se dice, de acuerdo con la jurisprudencia antes citada, que la prenda en garantía de créditos futuros (mas bien prenda sobre crédito futuros) solo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración del concurso. Luego, si los créditos dados en prenda nacen después de la declaración de concurso, no hay preferencia.*

<sup>508</sup> LA LEY 108809/2013 señala, entre otros argumentos que *Si bien es cierto que la interpretación, meramente -literalista e histórica- que propugna y desarrolla la recurrente goza de cierto predicamento doctrinal e incluso judicial ( P.e SAP Barcelona de 17 de mayo de 2012 ) estima este Tribunal que la línea interpretativa que sigue y explica la sentencia apelada, mas restrictiva y menos literalista, resulta más razonable y tiene un mayor y mas sólido fundamento legal ,contextual y teleológico. Además de que hoy por hoy, resulta mayoritaria en los Juzgados especializados de lo Mercantil y Audiencias Provinciales que han conocido directa u "obiter dictum" del asunto ( P.e SS AP de Burgos de 19 de octubre de 2011 y 18 de Enero de 2012 de Valencia de 10 de abril de 2012 , de Zaragoza de 23 de octubre de 2012 o SSJM de Alicante de 20 de julio de 2012 ) es la que mejor se ajusta, a la realidad social actual y a lo querido por el legislador y las normas y principios inspiradores del concurso de acreedores y reforma que del mismo quedó plasmada en la Ley 22/2003.*

<sup>509</sup> LA LEY 138835/2012 que dice que *la redacción actual del artículo 90.1.6º, la cual, por otra parte, no trata de la prenda sobre créditos futuros, sino de la prenda en garantía de créditos futuros.*

<sup>510</sup> LA LEY 54013/2014. *Vide un comentario a esta sentencia en LYCZKOWSKA, K., "El caso Spanair o cómo blindar la prenda del saldo de una cuenta en el concurso", Diario La Ley, Nº 8336, 19 de junio de 2014, año XXXV (LA LEY 3930/2014).*

*del artículo 91.6° regula en su último inciso la prenda de créditos futuros, cuyo régimen jurídico se habría alterado sustancialmente tras la Reforma. Según esa corriente doctrinal, el crédito garantizado con una prenda de crédito futuro no registrada sólo extendería su privilegio a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso. Esta Sección, por el contrario, en sentencia de 17 de mayo de 2012 ha mantenido que el artículo 91.6° no trata de la prenda sobre créditos futuros, sino la prenda en garantía de créditos futuros. La interpretación literal del precepto, a nuestro entender, no ofrece duda alguna. La norma utiliza la preposición "en" ("la prenda en garantía de créditos futuros") y no la preposición "de" o "sobre". La alusión al crédito rehabilitado conforme al artículo 68 de la Ley Concursal corrobora que es la obligación futura del concursado a la que alude la norma y no al crédito futuro objeto de prenda (...) Por tanto, la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros ha de analizarse con las mismas herramientas legales con las que contábamos antes de la Reforma. En concreto, con el mismo artículo 90.1.6° de la Ley Concursal, que considera privilegiados los créditos garantizados con prenda de créditos, siempre que consten en documentos con fecha fehaciente (...) frente a quienes consideran que la prenda de créditos futuros se extiende en el concurso del pignorante a los créditos nacidos antes y después de la declaración, siempre que los créditos estén determinados (tesis de la inmunidad absoluta) y quienes, por el contrario, sostienen que la garantía alcanza únicamente a los nacidos con anterioridad (tesis estricta), nuestra jurisprudencia parece inclinarse por la llamada tesis intermedia, que es mayoritaria en la doctrina, para la cual es necesario que el contrato o la relación jurídica de la que*

*nacerá el crédito se haya perfeccionado antes de la declaración, en cuyo caso el privilegio se extiende a todos los créditos futuros, aunque se devenguen o sean exigibles con posterioridad.*

*Es esta última la tesis que estimamos sigue el artículo 90.1 o.6º, prescindiendo de su inciso final. Parece seguir esta misma argumentación la sentencia de la Audiencia Provincial de Alicante de 22 de julio de 2014<sup>511</sup>. Finalmente la sentencia del Juzgado Mercantil nº 1 de Alicante de 12 de febrero de 2014<sup>512</sup> corrige su doctrina de la sentencia de 20 de julio de 2012 a la luz de la doctrina de la sentencia del TS antes reseñada de 6 de noviembre de 2013, entendiendo que aún siendo distintas la cesión de créditos de la prenda de créditos, lo relevante es que, dada su ligazón, no se aprecia circunstancia alguna que impida trasladar esa doctrina a la prenda de créditos, y en atención al supuesto de hecho que contempla<sup>513</sup>, termina considerando que *la traslación de la**

---

<sup>511</sup> LA LEY 138201/2014 recoge los argumentos de la sentencia de instancia señalando que *La Sentencia de instancia, después de descartar que el artículo 90.1.6º de la Ley Concursal regulara expresamente la eficacia en el concurso del privilegio especial basado en la prenda sobre créditos futuros sino la prenda en garantía de créditos futuros, en aplicación de la doctrina sentada en las SSTs de 22 de febrero de 2008 y de 26 de noviembre de 2013, se inclina por la llamada doctrina intermedia o germánica que señala que la cesión de créditos futuros en garantía es resistente al proceso de insolvencia posterior del cedente, si en el momento en el que se pactó ya estaban adecuadamente determinados todos los caracteres definitorios del crédito que se cedía, de manera que "nacerá inmediatamente en la cabeza del cesionario, con base en la expectativa de adquisición ya transmitida mientras el cedente tenía aun la libre disposición del patrimonio."* Así pues, como la RPA se trata de un crédito futuro derivado del contrato de concesión administrativa que en el momento en que se pactó, previo al concurso, ya estaba adecuadamente determinado en sus caracteres definitorios, la consecuencia será que la prenda constituida sobre el mismo despliega su eficacia de manera que lo hará ya pignorada aunque dicha RPA nazca con posterioridad al concurso.

<sup>512</sup> LA LEY 199095/2013

<sup>513</sup> A diferencia del supuesto de la sentencia de ese mismo juzgado de 20 julio de 2012 en que se pignoraban escasamente siete meses antes del concurso gran parte de los activos de la deudora con frustración en un alto grado de las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios en general y de los créditos derivados del mantenimiento de la actividad, y por ende de esta misma

*doctrina jurisprudencial dicha se justifica en todo caso porque, al margen de discusiones doctrinales, lo que es evidente que ambas figuras (cesión de derechos en garantía/prenda de crédito) cumplen la misma función de garantía, de manera que el importe del crédito cedido no se destina a atender a todos los acreedores del cedente/pignorante sino al beneficiario de la cesión/prenda En definitiva, y dado que la RAP se trata de un derecho futuro derivado de un contrato de concesión que en el momento en que se pactó -previo al concurso- ya estaba adecuadamente determinado en sus caracteres definitorios, la consecuencia es que la prenda constituida sobre el mismo despliega su eficacia, aunque dicha RAP nazca con posterioridad al concurso, de manera que lo hará ya pignorada El respeto a la jurisprudencia -que ahora sí se entiende existente- esencial para garantizar seguridad jurídica (STS 23 de noviembre de 2011), tan esencial en mercado actual, justifica que se abandone la tesis estricta mantenida por este Juzgado en las sentencias de 2012 antes referidas, que en todo caso versaban sobre un supuesto distinto al presente.*

---

(art. 44 LC), al abarcar a las principales fuentes de ingresos futuros de concursada en una superposición de garantías no reintegrable, en el caso de la sentencia de 12 de febrero de 2014, la RAP se pignora de manera simultánea al otorgamiento de la financiación imprescindible para la llevanza a cabo del proyecto empresarial, y su activación se prevé para el caso de resolución de la concesión administrativa, y por ende, en un contexto en el que es difícil hablar de mantenimiento de la actividad empresarial. *Contexto fáctico distinto y en el que encuentra más lógica la postura intermedia, pues ciertamente sin esa garantía es difícil concebir una financiación del tipo que nos ocupa, sin que resulte desorbitado pensar que quien ha aportado capital para la construcción y explotación de la autopista vea garantizado su crédito con el importe que recibe después el acreditado del Estado vía compensación cuando se produce la resolución de la concesión y se entrega a la Administración concedente, en buen estado de conservación y uso, las obras incluidas en la concesión, así como los bienes e instalaciones necesarios para su explotación; importe previsto y determinable ab initio.*

Ante la evidente contradicción lógica en que incurría la redacción examinada del art. 90 1 6º LC, el mismo vuelve a ser objeto de modificación, como ya ha quedado expuesto, por la Disposición final quinta, punto cuatro, de la Ley 40/2015 de 1 de octubre, que sustituye el último inciso del precepto que comentamos por un segunda párrafo que establece que *Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros sólo gozarán de privilegio especial cuando concurran 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 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.*

La nueva redacción del artículo se refiere ya claramente a la prenda *constituida sobre créditos futuros* y no a la prenda *en garantía de tales créditos*. Y para que tales prendas atribuyan al los créditos garantizados el carácter de privilegiados impone dos requisitos generales y uno específico.

Los requisitos generales son:

1.- Que los créditos futuros pignorados nazcan de *contratos*

*perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad* a la declaración de concurso. Parece así seguirse la llamada *tesis intermedia*, que como anteriormente vimos es mayoritaria en nuestra doctrina y en nuestra jurisprudencia, siendo el elemento esencial que el contrato o la relación jurídica de la que nacerá el crédito futuro *se haya perfeccionado* antes de la declaración de concurso, en cuyo caso el privilegio se extenderá a todos los créditos futuros, aunque se devenguen o sean exigibles con posterioridad. A mero título ejemplificativo podemos citar las rentas futuras derivadas de un contrato de arrendamiento pignorado, rentas vitalicias, cánones que se paguen en contratos de superficie...

2.- Que conste en *documento público*, o en caso de prenda sin desplazamiento, se haya inscrito en *el registro competente*. Se sigue así la regla general para la eficaz constitución de la prenda ordinaria que exige documentación pública (*ex art. 1865 CC*). La prenda sin desplazamiento de la posesión también presupone la formalización en documento público, pero el precepto exige que se haya inscrito en el registro competente (que no es otro que el Registro de Bienes Muebles). Se plantea qué ocurrirá si formalizada una prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros (que como tal prenda sin desplazamiento exige documento público, sea escritura pública o póliza intervenida), la misma no llegara a inscribirse por el motivo que fuere (sea por descuido, sea por una calificación negativa por defectos no subsanados). Antes defendimos que la prenda sin desplazamiento sobre créditos no inscrita podía valer como prenda ordinaria sobre créditos formalizada en documento público, pero la disyuntiva de la nueva redacción del artículo no parece avalar la posibilidad de esta



conversión.

Finalmente el requisito específico se refiere al supuestos de que los créditos futuros pignorados sean los *derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos*, casos en los que deben cumplirse las formalidades prevenidas en el art. 261.3 LCSP (que lo sean en garantía de deudas que guarden relación con la concesión o contrato, previa autorización del órgano de contratación y publicación en BOE o boletín oficial autonómico o provincial según se trate), precepto que comentamos en otro lugar al que nos remitimos [*ut supra* Cap. 3º III B) c)].

#### **IV. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES.**

No existe un régimen jurídico específico que regule el contenido de facultades/deberes que conlleva la prenda de créditos en nuestro derecho, ni en el Código civil, ni tras la modificación del art. 54 LHMPD en esta ley.

Su régimen jurídico debe construirse sobre la base de las normas previstas en el Código civil para el contrato de prenda en los arts. 1857 y ss., integrándolos con las singularidades que para la cesión de créditos prevén los arts. 1526 y ss., con prevalencia en todo caso de las normas que regulan la prenda en cuanto a las formalidades exigidas para que afecte a terceros. Cobran además especial relevancia los pactos o estipulaciones que libremente acuerden las partes.

Se genera una *conurrencia no homogénea de titularidades* entre acreedor pignoraticio y pignorante, que no comunidad o cotitularidad en sentido propio, pues las facultades atribuidas al acreedor garantizado lo son temporalmente y en la medida en que sean precisas para asegurar su derecho de garantía y en su momento, en caso de impago del crédito garantizado, proceder a su ejecución.

En la fase de conservación o seguridad del derecho de garantía, el esquema de las facultades/deberes de las partes, acreedor pignoraticio y pignorante podría sintetizarse así:

1. Las facultades de conservación y defensa del crédito pignorado corresponden tanto al acreedor pignoraticio como al pignorante, al segundo porque sigue siendo titular del crédito y al primero por ser necesario para la acreditación legal de su derecho de prenda, aplicándose la norma del art. 1869 CC.

2. Para la eficacia plena de la garantía prendaria se requiere la notificación al deudor del crédito pignorado. La notificación es a la vez una carga del acreedor pignoraticio a fin de asegurar la efectividad de la garantía y una obligación del pignorante, pues su colaboración es necesaria para hacerla creíble a su deudor. La forma más efectiva es la notificación notarial al deudor.

3. El acreedor pignoraticio goza de la facultad anticrética que le reconoce el art. 1868 CC y de la facultad de retención del crédito pignorado en su doble vertiente: la de los arts. 1866, 1º y 1871 CC (entendidos como la conservación por el acreedor pignoraticio de las facultades necesarias para la defensa y

legitimación para el cobro del crédito pignorado) y la del llamado *pignus gordianum* del art. 1866, 2º CC.

4. Para la atribución de las facultades dispositivas podemos distinguir:

a) Vencido el crédito pignorado antes que el garantizado, existe interés legítimo para el ejercicio de las facultades dispositivas tanto en el acreedor pignoraticio (por su interés en mantener la efectividad de su garantía) como para el pignorante (por su interés en recibir finalmente el importe del crédito pignorado o su sobrante según cumpla o no); por ello habrá que estar en primer lugar a los pactos libremente estipulados por las partes sobre el ejercicio o reclamación del derecho de crédito, y en defecto de estos se puede mantener que la regla general es que la *legitimación para reclamar* el pago reside individualmente tanto en el acreedor pignoraticio como en el pignorante, pero la facultad para *recibir* el pago debe ser conjunta de ambos, sin que se pueda imponer al deudor del crédito pignorado una diligencia especial para decidir a quién realizar el pago, por lo que en caso de duda debe proceder a la consignación (arts. 1176 y ss. CC).

b) Una vez efectuada la pignoración, las modificaciones del crédito requieren el consentimiento de acreedor garantizado y pignorante, si bien los efectos de una novación individual sin consentimiento del acreedor variarán según exista o no notificación de la constitución de la prenda al deudor del crédito pignorado.

c) El pignorante puede ceder el crédito pignorado, pues la

constitución de la prenda no le priva de poder disponer del mismo, pero los cesionarios posteriores del crédito pignorado lo adquirirán con el gravamen pignoraticio.

d) En el ámbito de la prenda ordinaria de créditos han de considerarse posibles las pignoraciones sucesivas de un mismo crédito, cuya preferencia vendrá determinada por el orden de sus fechas fehacientes (una excepción en el ámbito del derecho catalán el art. 569-15, nº1 CCCat); en el caso de una prenda sin desplazamiento de créditos no debe interpretarse el art. 55, II LHMPD en el sentido de no poder ser pignorado el crédito mediante una prenda ordinaria.

#### 5. Por lo que refiere a las excepciones oponibles.

a) El principio general es que la posición del deudor no puede empeorar por razón de la pignoración, de forma similar a lo que ocurre en el caso de la cesión de créditos.

b) El régimen de excepciones oponibles debe construirse a partir de las reglas que el art. 1198 CC establece para la compensación. A estos efectos se puede distinguir según se trate de excepciones procedentes del negocio jurídico origen del crédito pignorado, y dentro de ellos según haya habido o no notificación al deudor, o se trate de excepciones procedentes del contrato de constitución de la prenda.

En cuanto a la fase dinámica de realización de la prenda:

1. La garantía del acreedor pignoraticio goza de *reipersecutoriedad* siempre que la garantía se haya constituido de forma válida y eficaz a través de la forma documental adecuada, y de la *prelación* de los arts. 1922, 1º y 1926, 1ª CC. En el caso de trabarse embargo sobre el crédito pignorado el acreedor pignoraticio dispone de la *tercería de mejor derecho*.

2. Los modos de ejecución dependerán en gran medida de lo pactado por las partes al constituir la prenda y de las circunstancias del caso:

a) Si el crédito pignorado vence antes que el garantizado, el objeto de la prestación deberá quedar a su vez afecto al cumplimiento del crédito garantizado, debiendo cumplirse, si no consiste en dinero, los requisitos formales exigidos en función de su naturaleza (si se trata de cosa mueble corporal, traspaso posesorio e instrumento público; si es una cosa inmueble, escritura pública e inscripción registral); en el caso más habitual de que se trate de dinero, el acreedor garantizado puede pedir su entrega, en cuyo caso deberá devolver otro tanto en caso de cumplimiento de la obligación principal, aunque es posible el pacto de que se entienda depositado en poder de un tercero o en una cuenta bancaria indisponible.

b) Si el crédito garantizado vence y se incumple antes que el pignorado, cabe la posibilidad de acudir a los procedimientos de ejecución, sea el extrajudicial del art. 1872 CC o el judicial de los arts. 681 y ss. LEC; pero lo habitual será esperar al vencimiento del crédito pignorado y acudir, bien a la compensación, bien a la

adjudicación directa al acreedor, siendo estos los procedimientos normales de realización de la prenda de créditos. No rige la prohibición del *pacto comisorio* y se admite la posibilidad del *pacto marciano*. La adjudicación al acreedor será por regla general *pro solvendo* pudiendo en caso de no satisfacerse íntegramente ejercitar la acción derivada del crédito garantizado, si bien debe considerarse válido el pacto de limitación de responsabilidad que determine una adjudicación *pro soluto*.

Finalmente, la situación actual de crisis económica generalizada y el consiguiente aumento de los procedimientos concursales, ha determinado que cobren especial relevancia los efectos que la prenda de créditos despliega en el concurso, respecto de los cuales se puede llegar a las siguientes conclusiones:

1. La prenda de créditos en el concurso no puede ser de peor condición que otras garantías prendarias, debiendo mantenerse los derechos de separación o ejecución separada, no sólo en el caso de que no haya vencido el crédito pignorado, sino también en el caso de vencimiento antes que el garantizado, supuesto en el que el numerario obtenido, siempre y cuando no se confunda con el patrimonio del pignorante, debe quedar igualmente afecto a la garantía. De igual forma deben mantenerse los peculiares procedimientos de ejecución de la prenda de créditos y entre ellos la compensación, no aplicándose el art. 58, I LC cuando de prenda de créditos se tratare.

2. Más problemática ha sido la determinación de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros. La confusa

redacción que se dio al art. 90, 1, 6º LC por la Ley 38/2011, enturbió, la discusión doctrinal y la respuesta de nuestros tribunales, en detrimento de la seguridad del tráfico jurídico. La última modificación dada al mismo por la Ley 40/2015, viene a paliar esta situación. En este tema, se pueden sentar las siguientes premisas:

a) En nuestro derecho está admitida la posibilidad tanto de la prenda *sobre* créditos futuros como la prenda *en garantía de* créditos futuros.

b) Como regla general en el caso de la prenda *en garantía de* créditos futuros (el crédito futuro es el garantizado), si tales créditos nacieran después de la declaración del concurso, debieran mantener el carácter de privilegiados en tanto no dependiera su nacimiento de la voluntad del acreedor y el contrato estuviera perfeccionado con anterioridad.

c) Y como regla general para la prenda *de o sobre* créditos futuros se mantuvieron por la doctrina las teorías ya expuestas (inmunidad absoluta, tesis intermedia, tesis estricta, tesis de la analogía), de las cuales la más razonable y equilibrada es la denominada tesis intermedia, basada en la distinción entre créditos *simplemente futuros* entendiéndose por tales los nacidos de relaciones jurídicas anteriores y perfectas antes de la declaración del concurso que serían oponibles en el concurso del pignorante y los *puramente futuros* o nacidos de relaciones no constituidas al tiempo del concurso y por tanto no oponibles en el mismo. La redacción que finalmente se ha dado al art. 90, 1, 6º LC por la

Disposición final quinta, punto cuatro de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, viene a avalar esta interpretación.



## CAPÍTULO 5º CONCLUSIONES

### I. DE *LEGE DATA*.

En este estudio sobre la *pignoración de créditos* se defiende un régimen jurídico de la prenda sobre créditos *subsidiario* de las modalidades *típicas, completo, estructurado*, y en gran medida, *dispositivo*, del cual, y a modo de recapitulación, destacamos las siguientes conclusiones<sup>514</sup>:

*PRIMERA*.- La afección de un crédito como garantía del cumplimiento de una obligación es una necesidad derivada del tráfico jurídico cuyos orígenes pueden situarse en Roma, donde se instrumentó a través del *pignus nominis*, posibilidad que recogió nuestro derecho con el nombre de *peño*, institución en la que se incluía la posibilidad de pignorar derechos de crédito, y que a través de Las Partidas se mantuvo vigente hasta la entrada en vigor del Código civil de 1889. Este Código omitió una referencia expresa a la pignoración de créditos, separándose así de los

---

<sup>514</sup> En extenso y al final de cada capítulo pueden verse las conclusiones referentes a la *naturaleza jurídica* de la prenda de créditos (*vide ut supra* Cap. 2º VI), *régimen de constitución* (*vide ut supra* Cap. 3º IV) y *contenido y efectos* (*vide ut supra* Cap. 4º IV).

procesos codificadores de los países europeos de nuestro entorno.

*SEGUNDA.*- La doctrina española se dividió inicialmente entre los que consideraron dicho silencio como la imposibilidad en nuestro derecho de afectar un crédito con carácter real al cumplimiento de una obligación; y aquellos otros que, interpretando de forma amplia nuestro Código civil, consideraban que era posible pignorar un crédito con los efectos reales del derecho de prenda, siguiendo el esquema de los códigos europeos cercanos a nuestra tradición jurídica. En posición intermedia se mantuvo que cabía una cesión limitada con causa de garantía con efectos frente a terceros.

*TERCERA.*- La pignoración de créditos reaparece en el tráfico jurídico junto con el desarrollo económico a través de la financiación bancaria y la pignoración de las IPF (imposiciones a plazo fijo), respecto de los que se mantuvieron los posicionamientos doctrinales antedichos. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo fue inicialmente contraria a la consideración de la figura como derecho real, pero terminó admitiendo la prenda de créditos en nuestro derecho aplicando el esquema básicamente seguido en los códigos europeos (exigencia de documentación pública y notificación al deudor como mecanismo sustitutivo del traspaso posesorio).

*CUARTA.*- Nuestro derecho positivo fue regulando con el tiempo y de forma expresa la constitución de una garantía real sobre determinados derechos de crédito o similares (si bien incorporados normalmente a títulos, como acciones, o pólizas de

seguro, o resguardos como los warrants, pero también derechos derivados de las participaciones de sociedades limitadas que no se incorporan a títulos), pero carece, aún hoy, de una regulación sistemática de la *pignoración de créditos*.

No encontramos una referencia expresa y de carácter general a la *prenda de derechos de créditos* hasta la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, que reconoce, a efectos del concurso, privilegio a los créditos garantizados con prenda de créditos, con tal que conste en *documento con fecha fehaciente* (art. 90 1. 6º, que ha sido sucesivamente modificado en lo referente a los *créditos futuros*, la última vez por la Disposición final Quinta, punto Cuatro, de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público). Posteriormente, el RD Ley 5/2005 (modificado a estos efectos por la Ley 7/2011, de 11 de abril), regula las llamadas *garantías financieras* contemplando expresamente no sólo las *prendas de créditos* sino también figuras cercanas a las *cesiones fiduciarias*. Por último, la Ley 41/2007 introduce dos párrafos en el art. 54 LHMPD, regulando la *prenda de créditos sin desplazamiento*.

*QUINTA.*- La controversia doctrinal sobre su naturaleza jurídica, al menos en el plano teórico, no desaparece, discutiendo los autores sobre su naturaleza de derecho de prenda o de cesión de créditos con causa de garantía que produce efectos frente a terceros y goza de la preferencia de las garantías reales.

Se hace preciso determinar su naturaleza jurídica a fin de integrar, con las normas de derecho positivo vigente, un régimen

regulador de la prenda de créditos que sirva de criterio integrador y supletorio de la voluntad de las partes, o, en el caso de garantías sobre créditos típicas reguladas en nuestro ordenamiento, constituya un elemento de integración de las posibles lagunas de su régimen jurídico. Tal régimen debe basarse en el carácter de prenda de la garantía sobre derechos de crédito, y construirse integrando las normas de la prenda y las de la cesión de créditos en cuanto éstos son su objeto, pero con preferencia en todo caso, como tal garantía real, a todas aquellas disposiciones propias de la prenda que determinan su efecto como tal garantía oponible *erga omnes*.

*SEXTA.*- Los temas que se suscitan en torno a la capacidad y legitimación al constituir una prenda sobre créditos, son en general los comunes a la constitución de otras garantías reales, siendo la regla general la exigencia de capacidad para disponer (*libre disposición de sus bienes* dice el art. 1857 CC).

1ª. Si se trata de personas físicas con capacidad de obrar reducida o limitada, se deberá acudir al régimen legal de las representaciones legales que suplan dicha carencia (*patria potestad*: art. 166 CC; *tutor*: art. 271 CC; *menor emancipado*: art. 323 CC).

2ª. En caso de representación voluntaria, deberemos atender a los límites de dicho apoderamiento, que serán siempre objeto de interpretación estricta.

3ª. Y para la representación orgánica, se atenderá al régimen jurídico de cada tipo de entidad o persona jurídica. Siendo el más relevante el supuesto de las sociedades mercantiles, se plantea si la

*pignoración de créditos* en garantía de operaciones de terceros está o no dentro de sus facultades de gestión y cuál es el alcance de la prohibición del autocontrato y del conflicto de interés.

*SÉPTIMA.*- Las obligaciones asegurables a través de una pignoración de créditos son las mismas que en cualquier otro tipo de garantías, incluidas las futuras.

El crédito gravado reúne los requisitos para ser pignorado: ser cosa mueble y estar en el comercio, siendo el de su *poseibilidad* el más discutido. Este requisito debe interpretarse desde una óptica *jurídicoeconómica*, de tal forma que, aunque no pueda hablarse de posesión corpórea, el derecho de crédito desde el momento que nace a la vida jurídica tiene una existencia objetiva, de tal manera que no sólo puede contemplarse como la parte activa de una relación obligacional, sino también como un valor patrimonial susceptible de ser objeto de los negocios jurídicos que se realizan en el tráfico sobre las cosas corporales, y en el caso de la pignoración, puede lograrse una posesión *ficticia* manteniendo dentro del ámbito de poder del acreedor pignoraticio el haz fundamental de facultades que permitan la disposición y conservación del crédito.

*OCTAVA.*- Son admisibles en nuestro derecho, tanto la prenda de créditos futuros, como la prenda de créditos en garantía de obligaciones futuras, así como las cláusulas *omnibus* que implican una combinación de ambas.

Dados los evidentes los riesgos de sobregarantía que tales

prendas suponen, deben establecerse límites en cuanto a la responsabilidad total asegurada y conceder al deudor pignorante una facultad de desistimiento para el caso de que la garantía tenga una duración indefinida. Cobra especial relevancia, si el pignorante es una persona o entidad en la que concurra el carácter de consumidor, la intervención de notario en la formalización de la operación y en la certificación de saldos debidos en caso de ejecución.

*NOVENA.*- En el *iter* constitutivo de la prenda de créditos se pueden diferenciar los requisitos formales entre partes, respecto de los del deudor y terceros.

*1ª. Entre acreedor garantizado y concedente de la garantía, sea el propio deudor o un tercero, puede mantenerse un criterio espiritualista en relación con su eficacia inter partes; en tanto en cuanto en el desenvolvimiento de la garantía no existan terceros afectados, se podrían aplicar los principios generales de la autonomía de la voluntad y de libertad de forma, respetando siempre en primer término los pactos y normas a las que las partes libremente se sometan.*

*2ª. Respecto del deudor del crédito dado en garantía, la notificación debe entenderse como requisito de eficacia pero no constitutivo de la garantía. La falta de notificación no es incumplimiento del requisito de la desposesión del titular del objeto de la prenda toda vez que la naturaleza real (en el sentido de perfeccionarse con la entrega) del contrato de prenda, tal y como se previó en el Código civil, no significa que no sean válidas otras*

modalidades de entregas no posesorias que han ido apareciendo en el devenir del tiempo transcurrido desde la publicación del Código.

La puesta en posesión se entenderá cumplida por la atribución al acreedor pignoraticio de las facultades necesarias para mantener y conservar incólume su garantía y poder ejercitar el derecho de crédito en el caso de ejecutarla, no siendo la notificación requisito *ad solemnitatem* para entender constituida la prenda, sino para asegurar su plena eficacia.

*3ª. Respecto de terceros, hay que distinguir:*

A) Es posible dar en garantía un crédito por simple acuerdo entre acreedor garantizado y deudor, pero sólo tendría eficacia *inter partes*, de manera que ni vincula al deudor del crédito dado en garantía, ni podría afectar a terceros, ni fuera (sucesivos adquirentes del crédito, titulares sobre el mismo de otras garantías o embargantes del mismo crédito) ni dentro del concurso; lo previsto para las *garantías financieras* en el RD Ley 5/2005 (escrito meramente privado) debe ser de interpretación restrictiva y aplicable únicamente al ámbito definido por el mismo.

B) En el *ámbito extraconcursal* la constitución de garantías sobre un crédito debe formalizarse en *documento público*, sea *escritura pública o póliza intervenida*, para gozar de preferencia y efectos frente a terceros, debiendo entenderse vigente, y aplicable a la prenda de créditos, el art. 1865 CC. En el *ámbito concursal* bastará que conste en *documento con fecha fehaciente* como determina el art. 90 1 6º LC, salvo el caso de la prenda *ordinaria*

constituida *sobre créditos futuros* que debe constar en documento público.

C) La pignoración *ordinaria* de créditos no requiere de inscripción alguna para su eficacia frente a terceros. Existe una dualidad entre prenda *ordinaria* (que no requiere inscripción) y prenda *sin desplazamiento* de créditos (que debe inscribirse en el Registro de Bienes Muebles), ambas modalidades necesitan *documentación pública* (a salvo los efectos concursales de la prenda sobre créditos no futuros constituida en documento de fecha fehaciente) pero sólo la modalidad de *prenda sin desplazamiento* necesita inscripción.

*DÉCIMA.*- No existe un régimen jurídico específico que regule el contenido de facultades/deberes que conlleva la prenda de créditos en nuestro derecho, ni en el Código civil, ni tras la modificación del art. 54 LHMPD, en esta ley.

Su régimen jurídico debe construirse sobre la base de las normas previstas en el Código civil para el contrato de prenda en los arts. 1857 y ss., integrándolos con las singularidades que para la cesión de créditos prevén los arts. 1526 y ss., y con prevalencia en todo caso de las normas que regulan la prenda en cuanto a las formalidades exigidas para que afecte a terceros. Cobran además especial relevancia los pactos o estipulaciones que libremente acuerden las partes.

*UNDÉCIMA.*- En el caso de que nos encontremos ante una pignoración de derechos *típica*, de las expresamente reguladas por



la ley, habrá que estar a su régimen específico (v. gr. entre otros, la pignoración de warrant de que trata el art. 196 CCom; la de valores admitidos a negociación en un mercado secundario oficial referida en los arts. 320 a 324 Ccom; los valores negociables, art. 10 LMV; la prenda de acciones y participaciones sociales regulada en el art. 132 de la LSC; la letra de cambio, art. 22 LCCh; la pignoración de pólizas de seguro de vida de que tratan los art. 9 y concordantes de la LCS).

*DUODÉCIMA.*- Se genera una *conurrencia no homogénea de titularidades* entre acreedor pignoraticio y pignorante, que no comunidad o cotitularidad en sentido propio, pues las facultades atribuidas al acreedor garantizado lo son temporalmente y en la medida en que sean precisas para asegurar su derecho de garantía y en su momento, en caso de impago del crédito garantizado, proceder a su ejecución.

*1ª.* En la fase de conservación o seguridad del derecho de garantía:

A) Las facultades de conservación y defensa del crédito pignorado corresponden tanto al acreedor pignoraticio como al pignorante.

B) Para la eficacia plena de la garantía prendaria se requiere la notificación al deudor del crédito pignorado.

C) El acreedor pignoraticio goza de la facultad anticrética que le reconoce el art. 1868 CC y de la facultad de retención del

crédito pignorado en su doble vertiente: la de los arts. 1866, 1º y 1871 CC (entendidos como la conservación por el acreedor pignoraticio de las facultades necesarias para la defensa y legitimación para el cobro del crédito pignorado) y la del llamado *pignus gordianum* del art. 1866, 2º CC.

D) Para la atribución de las facultades dispositivas podemos distinguir:

a) Vencido el crédito pignorado antes que el garantizado, habrá que estar en primer lugar a los pactos libremente estipulados por las partes sobre el ejercicio o reclamación del derecho de crédito, y en defecto de éstos se puede mantener que la regla general es que la *legitimación* para *reclamar* el pago lo ostentan individualmente tanto en el acreedor pignoraticio como el pignorante, pero la facultad para *recibir* el pago se confiere de forma conjunta a ambos.

b) Una vez efectuada la pignoración, las modificaciones del crédito requieren el consentimiento de acreedor garantizado y pignorante.

c) El pignorante puede ceder el crédito pignorado, pues la constitución de la prenda no le priva de poder disponer del mismo, si bien los cesionarios posteriores del crédito pignorado lo adquirirán con el gravamen pignoraticio.

d) En el ámbito de la prenda ordinaria de créditos han de considerarse posibles las pignoraciones sucesivas de un mismo

crédito, cuya preferencia vendrá determinada por el orden de sus fechas fehacientes (una excepción en el ámbito del derecho catalán lo constituye el art. 569-15, nº1 CCCat); en el caso de una prenda sin desplazamiento de créditos no debe interpretarse el art. 55, II LHMPD en el sentido de no poder ser pignorado el crédito mediante una prenda ordinaria.

E) El régimen de excepciones oponibles debe construirse a partir de las reglas que el art. 1198 CC establece para la compensación, distinguiéndose según se trate de excepciones procedentes del negocio jurídico origen del crédito pignorado, y dentro de ellos, según haya habido o no notificación al deudor, o se trate de excepciones procedentes del contrato de constitución de la prenda.

2ª.- En la fase dinámica de realización de la prenda:

A) La garantía del acreedor pignoraticio goza de *reipersecutoriedad* siempre que la garantía se haya constituido de forma válida y eficaz a través de la forma documental adecuada, y de la *prelación* de los arts. 1922, 1º y 1926, 1ª CC. En el caso de trabarse embargo sobre el crédito pignorado el acreedor pignoraticio dispone de la *tercería de mejor derecho*.

B) Los modos de ejecución dependerán en gran medida de lo pactado por las partes al constituir la prenda y de las circunstancias del caso:

a) Si el crédito pignorado vence antes que el garantizado, el

objeto de la prestación deberá quedar a su vez afecto al cumplimiento del crédito garantizado; en el caso más habitual de que se trate de dinero, el acreedor garantizado puede pedir su entrega, en cuyo caso deberá devolver otro tanto en caso de cumplimiento de la obligación principal, aunque es posible el pacto de que se entienda depositado en poder de un tercero o en una cuenta bancaria indisponible.

b) Si el crédito garantizado vence y se incumple antes que el pignorado, cabe la posibilidad de acudir a los procedimientos de ejecución, sea el extrajudicial del art. 1872 CC y arts. 72 y ss. de la Ley del Notariado (introducidos por la Disposición adicional undécima de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) o el judicial de los arts. 681 y ss. LEC; pero lo habitual será esperar al vencimiento del crédito pignorado y acudir, bien a la compensación, bien a la adjudicación directa al acreedor, siendo estos los procedimientos normales de realización de la prenda de créditos. No rige la prohibición del *pacto comisorio* y se admite la posibilidad del *pacto marciano*.

c) La adjudicación al acreedor será por regla general *pro solvendo* pudiendo en caso de no satisfacerse íntegramente ejercitar la acción derivada del crédito garantizado, si bien debe considerarse válido el pacto de limitación de responsabilidad que determine una adjudicación *pro soluto*.

*DECIMOTERCERA.*- En caso de concurso de acreedores, la prenda de créditos, no puede ser de peor condición que otras garantías prendarias, debiendo mantenerse los derechos de

separación o ejecución separada, no sólo en el caso de que no haya vencido el crédito pignorado, sino también en el caso de vencimiento antes que el garantizado, supuesto en el que el numerario obtenido, siempre y cuando no se confunda con el patrimonio del pignorante, debe quedar igualmente afecto a la garantía. De igual forma, deben mantenerse los peculiares procedimientos de ejecución de la prenda de créditos y entre ellos la compensación, no aplicándose el art. 58, I LC cuando de prenda de créditos se tratara.

## **II. DE LEGE FERENDA.**

La conclusión final a la que conduce el estudio de la figura jurídica que nos ocupa no puede ser otro que la necesidad de una *regulación normativa de la prenda de créditos*. Se podrá discrepar del *objetivo concreto* de tal regulación, y de si la misma debe hacerse por una modificación legal específica o dentro de una regulación más amplia de las garantías mobiliarias; pero lo que es indudable es que la situación actual genera incertidumbres indeseadas (baste pensar en los efectos de la prenda *de o en garantía de créditos* futuros). En mi opinión tal regulación debe ser completa y no debe basarse en normas dictadas para supuestos concretos o leyes especiales (como ha venido ocurriendo hasta ahora con la normativa concursal o la regulación de la LHMPD), sino que debe contemplarse desde una perspectiva general. Que tal regulación general se recoja en el Código civil o en una ley genérica de garantías mobiliarias, será una decisión de oportunidad legislativa, lo fundamental es que la regulación legal se construya aprovechando la elaborada doctrina jurisprudencial, nuestra

tradición jurídica y las fórmulas habitualmente utilizadas en la práctica, pero sin perder de vista las nuevas necesidades del tráfico jurídico y económico que exigen unas garantías ágiles y eficaces. En particular, una posible regulación de la *pignoración de créditos* debe descansar en las siguientes bases:

*PRIMERA.*- Deben coexistir las regulaciones específicas de garantías pignoraticias sobre determinados derechos y/o derechos de crédito, que han ido quedando expuestas, con una regulación general aplicable a las prendas de crédito no reguladas de forma específica, que a su vez sirvan de regulación supletoria e integradora de las típicas. Dentro de estas regulaciones especiales destaca la de las *garantías financieras* por su vocación de generalidad. Suponen un abanico más amplio que el de la prenda de créditos en sí, pero incluyen también determinadas modalidades de ésta, así como la posibilidad de los acuerdos compensatorios como forma de garantía. La regulación de estas garantías financieras debe tener unos contornos precisos y no extenderse más allá de su ámbito objetivo y subjetivo, toda vez que supone un régimen extremadamente flexible en beneficio de las entidades financieras con efectos concursales propios. Y, si bien es cierto que proporciona unas garantías flexibles, rápidas y eficaces, lo que puede en definitiva facilitar la financiación de las empresas, no es menos cierto que esa flexibilidad se aviene mal con la protección del consumidor en la contratación bancaria en masa o en la financiación de las pequeñas y medianas empresas, donde no hay una posición de igualdad contractual entre las partes. Y si a ello unimos que tales garantías pudieran ser de mejor condición, por ejemplo, en caso de concurso del deudor pignorante, respecto de

otros acreedores del concursado, se justifica su aplicación dentro de sus estrictos ámbitos subjetivo y objetivo.

*SEGUNDA.*- La normativa general a la que nos venimos refiriendo debe partir del reconocimiento de la prenda de créditos como propia garantía real con efectos frente a terceros. Considero en este punto artificiosa su construcción como una *cesión limitada con causa de garantía*. En propiedad la cesión de crédito, como sustitución de la persona del acreedor por otra respecto al mismo crédito, supone un cambio de acreedor quedando el nuevo con el mismo derecho que el anterior, permaneciendo incólume la relación obligatoria, mientras que la prenda de créditos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un crédito, transmitiéndose al acreedor pignoraticio el poder en que el derecho de crédito consiste, que le permite realizarlo. La discusión terminológica entre *cesión en garantía/prenda* tiene más consecuencias teóricas que reales, y en este punto se ha de superar la visión rígida del objeto sobre el que puede recaer una garantía real, habida cuenta de la importancia que en el tráfico jurídico económico actual tienen los bienes inmateriales y, entre ellos, los derechos de crédito.

*TERCERA.*- Supuesto lo anterior, debería desaparecer la distinción regulatoria entre la prenda *posesoria u ordinaria* de crédito y la prenda *sin desplazamiento* de créditos, debiendo derogarse las menciones que a la prenda de créditos se realizan en la LHMPD. La discusión no debe centrarse en esta ambivalencia, sino en los requisitos formales de la garantía, y en concreto, en este punto, sobre la necesidad o no de inscripción con carácter general,

o sólo en determinados casos, y en qué tipo de registro.

*CUARTA.*- Por lo que se refiere a los requisitos formales, la constitución de este tipo de garantías debe ser lo suficientemente flexible para posibilitar que éstas sean rápidas y sencillas, pero manteniendo unos requisitos mínimos que aseguren la certeza de las relaciones jurídicas, evitando el *consilium fraudis*, y permitiendo defender su eficacia *erga omnes* sin menoscabo de la seguridad del tráfico. No considero conveniente adoptar un sistema aformalista típico del *common law*. De hecho, incluso en los países de su ámbito, las garantías sobre créditos procuran adoptar determinadas formalidades que justifiquen su oponibilidad a terceros, en concreto la formalización por escrito y/o constancia en registros *noticia*; y no preconizan el documento público ni los registros jurídicos, porque son instituciones *inexistentes* en el ámbito del *common law*, que en éste, y en otros ámbitos del tráfico jurídico económico, lleva implícito un factor de riesgo/incertidumbre asumido por las partes y que supone, no una reducción de coste económico, sino su aplazamiento a momentos posteriores mediante mecanismos indemnizatorios o su sustitución por mecanismos asegurativos. Se hace necesario llegar a un cierto punto de entendimiento o confluencia, de modo que se cree un sistema de garantías mobiliarias en general y sobre créditos o derechos en particular que, sin menoscabo de nuestro sistema de seguridad jurídica, permita a nuestro ordenamiento ser competitivo en la economía globalizada en la que vivimos.



En consecuencia:

1ª.- Si bien *inter partes* puede ser eficaz por el simple acuerdo entre acreedor y pignorante formalizado en mero documento privado a modo de prenda oculta, para que afecte a terceros, no puede desconocerse la función que cumple y puede seguir cumpliendo el documento público español en el sistema de garantías mobiliarias en general y en el tráfico jurídico sobre créditos en particular. El contrato que da origen a la pignoración, dado que va a alterar el principio general de responsabilidad patrimonial universal del art. 1911 CC, al conceder un privilegio especial, debe someterse a determinadas formalidades. En este punto, la pretendida alternativa entre el documento privado con fecha fehaciente y el documento público parte de unas premisas equivocadas, porque el documento privado con fecha fehaciente ni es más ágil, ni ofrece la misma consistencia, ni supone un significativo ahorro de costes. No es más ágil, por cuanto la fehaciencia se la atribuye al documento privado un hecho externo y posterior al documento que no es simultáneo a su elaboración y firma y, en general, depende de actuaciones posteriores, mientras que en el documento público la fehaciencia es simultánea al otorgamiento del documento. No ofrece la misma consistencia por cuanto sólo garantiza la fecha y no la legitimidad de la firma de los que lo suscriben, ni su identidad, capacidad y legitimación para otorgarlo, ni la asunción de su contenido por los que aparecen como firmantes, ni la no alteración e integridad de tal contenido, lo que lo hace especialmente inadecuado para determinados casos, por ejemplo, la intervención de consumidores. Y, por último, no supone un significativo ahorro de costes, por cuanto las actuaciones posteriores que precisa el documento privado para obtener la

fehaciencia de la fecha conllevarán un desembolso económico.

Por lo que se refiere a la posible exigencia de constancia de la pignoración de créditos en un registro público, podemos partir de dos consideraciones: de una parte, el documento público no sólo garantiza la fehaciencia de la fecha, sino su eficacia frente a terceros (art. 1218 CC y concordantes de la legislación notarial y procesal), pero dicha oponibilidad va a exigir un comportamiento necesariamente *activo*, por cuanto el documento público no publica su contenido con carácter general, de modo que su oponibilidad debe hacerse valer en tiempo y forma. Por el contrario, los mecanismos de publicidad registral no exigen tal comportamiento *activo*, dada la publicidad general que dan del acto inscrito, pero de otra parte, y sentado lo anterior, el objeto sobre el que recae la pignoración, esto es, el crédito, hace dudar de la efectividad e incluso utilidad de la publicación de sus cargas. En efecto, aunque los créditos sean objeto de negocios jurídicos, no existe un mercado de créditos en general como existe un mercado inmobiliario en el que los sucesivos adquirentes o titulares de gravámenes necesiten conocer la titularidad y estado de cargas en el momento de adquirir su derecho. Además, la naturaleza de los derechos de crédito impone que sean necesariamente temporales, al extinguirse con su ejercicio, por lo que no tendría sentido un registro de *titularidades* de créditos, y no es predicable respecto de los mismos un determinado *status loci* que facilite la determinación de la competencia registral. Caso de exigirse la inscripción debería tratarse de un registro de base personal, equivalente a un registro de solvencia, pues en realidad, la publicidad que proporcionase tal registro no interesa tanto a los posibles adquirentes de los créditos,

sino a los concedentes de financiación del pignorante que quisieran conocer el grado en que su patrimonio está comprometido con obligaciones que les vayan a ser preferentes. Lo que cabe preguntarse es si es necesario tal registro con carácter general o sólo en determinados casos que comprometan el patrimonio del pignorante de forma mantenida en el tiempo. Nuestro sistema de seguridad jurídica preventiva es perfectamente adaptable y compatible con un mecanismo rápido y ágil de constitución de garantías mobiliarias; de una parte en derecho español dentro del concepto documento público, existen variantes formales especialmente adaptadas a la celeridad y reducción de costes exigidas en el tráfico mercantil (la póliza intervenida) y de otra, si se llegase a considerar la inscripción en un registro público, la utilización de las nuevas tecnologías y en concreto de la firma electrónica puede permitir la conexión casi simultánea entre el otorgamiento del documento y su asiento registral.

2ª.- Por lo demás, el requisito del traspaso posesorio exigido para la prenda sobre cosas corporales, debe entenderse sustituido por el acuerdo atributivo, entre acreedor garantizado y pignorante, de las facultades necesarias para la conservación de la garantía y el ejercicio del derecho de crédito caso de incumplimiento, mediante el oportuno acuerdo en el documento constitutivo de la garantía. Se trataría de volver al punto de origen, a la *conventio pignoris* del derecho romano, entendiéndose constituido el gravamen por acuerdo de atribución del haz de facultades esenciales para el ejercicio del derecho de crédito, sin traspaso material (entre otras cosas porque en éstos no cabe). La notificación al deudor quedaría en un segundo plano o nivel, no como requisito constitutivo, sino como requisito

de eficacia de la garantía del acreedor.

*QUINTA.*- A diferencia de los requisitos formales, que deben ser imperativos, pues son el instrumento o medio que permite producir efectos a terceros sin merma de la seguridad del tráfico jurídico, a la hora de determinar el contenido de derechos/obligaciones de la garantía pignoratícia, debe reconocerse con amplitud el juego de la autonomía de la voluntad.

*SEXTA.*- Finalmente, cumplidos los requisitos formales imprescindibles para que afecte a terceros, tal régimen debe tener una *vis atractiva* para los contratos formalizados entre acreedor o deudor cualquiera que sea el *nomen iuris* que le hayan dado. Se trata de reconducir las garantías sobre créditos con trascendencia a terceros a un régimen *común*, ya se constituyan nominalmente con *prenda*, como acuerdo *compensatorio*, o como *cesiones condicionales pro solvendo*, de forma que cumplido un núcleo fundamental y reducido de normas imperativas, especialmente relativas a la forma, puedan gozar de preferencia frente a terceros, tanto en el ámbito concursal como en el extraconcursal.

## BIBLIOGRAFIA

ALBALADEJO GARCÍA, M.: .-“El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente”, *Act. Civ.*, número 36, 1993.

ALEMANY EGUIDAZU, J.: .-“La prenda de créditos financieros diferenciales”, *RDBB*, núm. 91/Julio-Septiembre, 2003.

ALFARO, J.: .- *Comentario de la reforma del régimen de las sociedades de capital en materia de gobierno corporativo* (Coord. Juste Mencía, J.), VVAA, 2015.

ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY, V.: .-“Sobre la preferencia concursal de la prenda de créditos futuros”, *RDCyP*, nº 19, segundo semestre, 2013.

ARANA DE LA FUENTE, I.: .-“La reforma francesa de las garantías mobiliarias”, *INDRET*, Barcelona, Abril 2/2012.

ARANDA RODRÍGUEZ, R.: .-*La prenda de créditos*, Madrid, 1996.

.-*La representación legal de los hijos menores*, Madrid, 1999.

.- “La prenda de créditos en el Derecho español. Algunos problemas tradicionales y su regulación actual”, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, (Miquel González, J.M., director), Las Rozas, 2013.

ARANGUREN URRIZA, F.J.: .-“Los órganos de la Sociedad de Capital”, en *Instituciones de Derecho Privado*, (VVAA, Coord. Delgado de Miguel, J.F.), t. VI, Vol. 2º, Derecho de sociedades. Parte Especial, Consejo General del Notariado, Madrid, 2004.

ARIJA SOUTULLO, C.: .-“Notas sobre la eficacia de la cláusula de globalización en los contratos de fianza”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid, 2003.

AVILÉS GARCÍA, J.: .-“Contratos de garantía y ampliación del ámbito de aplicación de las prendas de créditos”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. II, Madrid, 2003.

.-“Concurrencia, oponibilidad y compensación en la prenda de créditos”, *RDBB*, núm. 96/Octubre-Diciembre 2004.

BADOSA COLL, F.: .-“Examen de tres esquemas fiduciarios en el Derecho Español (La venta en garantía, la legitimación dispositiva sobre bienes con titular y la gestión de patrimonios sin titular)”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Madrid, 2003.

BARBA DE LA VEGA, J.D.: .-“Garantías reales en operaciones de apertura de crédito bancario” (Comentario a la STS de 27 de diciembre de 1985), *CCJC*, nº 10, 1986 .

BARRIOS ÁLVAREZ, J. y FUGARDO ESTEVILL, J.M.: .-“Los derechos de crédito derivados de contratos administrativos como objeto de negocios de financiación y garantía. Especial referencia a las certificaciones de obra”, en *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, (Coord. Ubaldo Nieto y Muñoz Cervera), Madrid, 1996.

BELTRÁN DE HEREDIA Y CASTAÑO, J.: .-“El usufructo sobre usufructo en la legislación española (Teoría negativa)”, *RDP*, XXI, 1941.

BOLDÓ RODA, C.: .-“CAPÍTULO 6. Deber de evitar situaciones de conflicto de interés y personas vinculadas a los administradores: artículos 229 y 231”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las Sociedades de Capital VVAA* (Coord. Hernando Cebriá, L.), Hospitalet de Llobregat, 2015.

BUSTILLOS TEJEDOR, L.: .-“Los grupos de sociedades” en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, nº 62, diciembre 2014.

CACHÓN BLANCO, J.E.: .-“Capacidad de obrar y derechos reales de garantía”, en *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, (Coord. Ubaldo Nieto y Muñoz Cervera), Madrid, 1996.

CACHÓN CADENAS, M.J.: .-*El embargo*, Barcelona, 1991.

CAMACHO DE LOS RÍOS, F.: .-“Pignus nominis. Aproximación a un proceso de recepción”, en *Estudios de Derecho Romano en memoria de Benito María Reimundo Yanes*, Burgos, 2000.

CAMPO VILLEGAS, E.: .-*Las modernas técnicas*

## BIBLIOGRAFÍA

---

*jurídicas en materia de garantías y la práctica notarial. Leasing, trust, hipoteca mobiliaria, reserva de dominio*, XXI Congreso Internacional del Notariado Latino, Berlín, 1995.

CAPO BONNAFOUS, E.: .-“Algunas consideraciones sobre la prenda de créditos”, *RCDI*, 1931.

CARRASCO PERERA, A.: .-*Comentarios a la Ley Concursal* (Coord. Bercovitz Rodríguez-Cano), Madrid, 2004.

.-“Nuevos dilemas en el mercado de las garantías reales: prendas registradas y prendas no registradas sobre derechos de crédito (A propósito de la reforma operada por la dips. Final 3ª de la Ley 41/2007)”, en *Diario La Ley*, nº 6867, 23 enero 2008, Ref-D-17.

.-“Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal”, en *Diario la Ley*, nº 7727, 2 de noviembre 2011.

.-“Pignoraciones de la devolución del IVA y derecho de Hacienda a compensar”, en *Diario La Ley*, nº 7818, 14 marzo 2012, Ref-119.

.-“Credit claims, control y eficacia de las garantías financieras sobre créditos”, págs. 241 y ss., en *Garantías Reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012.

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E. y MARÍN LÓPEZ, M. J.: .-*Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, 2ª Edición, 2008, 3ª Edición, 2015. Las referencias deben entenderse referidas a la 2ª edición, salvo que se indique expresamente 3ª edición.

CASTÁN TOBEÑAS, J: .- *Derecho civil español, común y foral, t. I vol. 2 Introducción y parte general*, reimpresión de la decimocuarta edición, revisada y puesta al día por José Luis de los Mozos, Madrid, 1987.

.- *Derecho civil español, común y foral, t. Segundo vol. 2 Derecho de cosas*, reimpresión de la decimocuarta edición, revisada y puesta al día por Pascual Marín Pérez, Madrid, 1988.

CHICO Y ORTIZ, J.Mª.: .-*Estudios sobre Derecho Hipotecario*, Madrid, 1994.

COING, H.: .-*Derecho Privado Europeo*, München, 1985, (traducción y apostillas PÉREZ MARTÍN, A., Fundación Cultural del Notariado, 1996).

CORDERO LOBATO, E.: .-*Comentarios al Código Civil*, t. IX, (director Bercovitz Rodríguez Cano), Valencia, 2013.

CORTIÑAS RODRÍGUEZ ARANGO, C.: .-“La prenda y otras formas de garantía“, en VVAA, DELGADO DE MIGUEL, J. F. (Coord.), *Instituciones de Derecho Privado*, t. II, Volumen 3º

Reales, tema 9, Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

CRUZ MORENO, M.: .-“La prenda de créditos”, *RCDI*, 618, 1993.

CUENCA GARCÍA, A.: .-“La venta en garantía en el ámbito bancario”, en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Cizur Menor, 2002.

CUEVILLAS MATOZZI, I.: .-“La pignoración de saldos de depósitos bancarios (nueva modalidad de derecho real de prenda)”, *RGD*, nº 597, julio, 1994.

CUÑAT EDO, V. y GONZÁLEZ CASTILLA, F.: .-“La aplicación de la cláusula de compensación en el ámbito de las cuentas con cotitularidad solidaria”, en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Cizur Menor, 2002.

DE CASTRO Y BRAVO, F.: .- *Derecho civil de España*, reimpresión de la obra original, Madrid, 2008.

.- *El negocio jurídico*, reimpresión, Madrid, 1991.

DE CORES, C. y GRABIELLI, E.: .-*El nuevo derecho de las garantías reales*, Madrid, 2008.

DE EIZAGUIRRE, J.M.: .-“Las imposiciones a plazo como objeto de garantía pignoraticia. Una contribución a la dogmática de los títulos valores”, *RDBB*, número 25, 1987.

DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ-RADIO, A.: .- “Notas para un estudio sobre la pignoración de cuentas corrientes y depósitos bancarios”, en *Estudios de Derecho Mercantil en homenaje a Aurelio Menéndez*, primera edición, Paracuellos del Jarama (Madrid), 1996.

DEL POZO CARRASCOSA, P.: .-“Derechos reales de garantía en el Código Civil de Cataluña”, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias* (dir. Miquel González), Madrid, 2013.

DELGADO TRUYOLS, A.: .-“De nuevo sobre el autocontrato: dos problemas muy actuales”, en *RJN*, CGN, Julio-Septiembre 2002.

DÍAZ BRITO, F.J.: .-“Prenda irregular con intervención de tercero: ¿garantía real?”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, 2003.

DÍAZ MÉNDEZ, N.: .-“Pignoración de la póliza de seguros de vida”, en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998.

DÍAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S.: .-“Reformas urgentes para el impulso de la productividad: importantes reformas y algunas lagunas”, *La Ley*, núm. 6240/2005.

DÍAZ RUIZ, E.: .-“Las garantías financieras: efectos en el



## BIBLIOGRAFÍA

---

mercado de la transposición a España de la Directiva 47/2002”, págs. 205 y ss., en *Garantías Reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012.

DÍEZ PASTOR, J.L.: .-“Notas acerca de la naturaleza y contenido de la subhipoteca”, *RCDI*, 1930

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L.: .- *Fundamentos de Derecho civil patrimonial T I, II Las relaciones obligatorias y III*, sexta edición, Cizur Menor, 2008.

DÍEZ PICAZO Y PONCE DE LEÓN, L. y GULLÓN BALLESTEROS, A.: .- *Sistema de derecho civil I, II y III*, Madrid, 1987.

DÍEZ GARCÍA, H.: .-*Comentarios al Código Civil T. II* (Coord. BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO R.), Valencia, 2013.

EMBED IRUJO, J.M.: .-“CAPÍTULO 3. La protección de la discrecionalidad empresarial: artículo 226”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las Sociedades de Capital*, VVAA, (Coord. Hernando Cebriá, L.), Hospitalet de Llobregat, 2015.

ESPEJO LERDO DE TEJADA, M.: .-“Autonomía privada y garantías reales”, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo III, Madrid, 2003.

ESTEBAN VELASCO, G.: .-*Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Coords. Rojo, A., y Beltrán, E.), Cizur Menor, 2011.

ESTRUCH ESTRUCH, J.: .-“Eficacia e ineficacia del autocontrato”, en *Anuario de Derecho Civil*, t. LXVI, Fas. III, Julio-Septiembre 2013.

FARRÉS, J., y AGÜERA, S.: “Estrategias para la ejecución de prendas sobre derechos de crédito en financiaciones de proyectos”, *Diario La Ley*, nº 8378, 16 de septiembre de 2014, Año XXXV, (LA LEY 5277/2014).

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, M.A.: .- *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, (Coords. FERNÁNDEZ BALLESTEROS/RIFA SOLER/VALLS GOMBAU), Barcelona, 2001.

FERNÁNDEZ DEL POZO, L.: .-“La prenda registral sobre créditos futuros en la Ley de Hipoteca mobiliaria y en la Ley Concursal”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012.

.- “Otra vez sobre la prenda de créditos futuros a propósito de una futura Ley de garantías mobiliarias”, en *Diario La Ley*, Nº 8291, 11 de abril de 2014.

FERNÁNDEZ-MARTOS, E.: .-*La contratación mercantil*

y *el Corredor de Comercio*, Saetabis, 1987.

FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: *.-Ius mercatorum. Autorregulación y unificación del Derecho de los negocios transnacionales*, CGC, Madrid, 2003,

FERRANDO NICOLAU, E.: *.- “Las garantías financieras sobre los derechos de emisión de gases de efecto invernadero”*, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012.

FERRANDO VILLALBA, M.L.: *.-“Las cláusulas de compensación y la tutela del cliente bancario”*, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, nº 26, Septiembre 1998.

*.- “Problemas derivados de la cotitularidad indistinta de cuentas bancarias”*, en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, Cizur Menor, 2002.

FINEZ RATÓN, J.M.: *.-Garantía sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, Barcelona, 1994.

*.-“Garantías reales: imperatividad de las normas de ejecución versus pacto comisorio”*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, t. III, Madrid, 2003.

FUENTESECA DEGENEFFE, C.: *.-El negocio fiduciario en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1997.

FUENTESECA DEGENEFFE, M.: *.-“Pygnus e hypotheca en su evolución histórica”*, Santiago de Compostela, 2013

GABRIELLI, E.: *.-“Forma y realidad en el Derecho italiano de las garantías reales”*, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, (dir. Miquel González), Madrid, 2013.

GALLEGO SÁNCHEZ, E.: *.-Derecho Mercantil Parte Segunda*, Valencia, 2012.

GARCÍA-BERNARDO LANDETA, A.: *.-La subrogación real en el derecho común español*, CGN, Madrid, 2000.

GARCÍA MEDINA, J.: *.- “Prenda consensual de créditos”*, en *Nuevas y especiales formas de garantía en el comercio (Estudio sistemático y crítico)*, Madrid, 2009. (Ref. LA LEY 8960/2010).

GARCÍA PARRA, S.E.: *.-“La prueba de los contratos”* en *Instituciones de Derecho Privado*, (VVAA, Coord. Delgado de Miguel, J.F.), t. III, Vol. 1º, Obligaciones y contratos tema 3, Consejo General del Notariado, Madrid, 2002.

GARCÍA VICENTE, J. R.: *.- La prenda de créditos*, Pamplona, 2006.

*.- “La publicidad registral de la prenda de créditos: el nuevo párrafo tercero del artículo 54 de la Ley de Hipoteca*

## BIBLIOGRAFÍA

---

Mobiliaria y Prenda sin Deslazamiento”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, 49, CGN, Junio 2008.

.- “La inconsistencia de la prenda y de la cesión de créditos futuros en el concurso del pignorante o cedente (Comentario SJM 2 Barcelona 30.9.2008)”, *BIB*, 749, 2009.

.- “Garantías reales y concurso. Últimas reformas y reformas pendientes”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012.

GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: - “La ley aplicable a las prendas o cesiones de créditos; novedades legislativas”, *Diario La Ley*, Nº 7629, 13 de mayo de 2011, Año XXXII, (LA LEY 6769/2011).

.- “El nuevo artículo 90.1.6º in fine de la Ley Concursal”, en *El Notario del siglo XXI*, número 40, Noviembre-Diciembre 2011.

.- “Las garantías financieras: más baratas, más fáciles, más seguras”, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias* (dir. Miquel González), Madrid, 2013.

GARRIDO, J.M.: -*Estudio introductorio, Código Uniforme de Comercio de los Estados Unidos. Texto oficial*, Madrid, 2002.

GARRIDO DE PALMA, V.M. y ARANGUREN URRIZA, F.J.: - “CAPÍTULO 10. Protocolos y pautas de actuación de los administradores: perspectiva notarial”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las Sociedades de Capital*, VVAA, (Coord. Hernando Cebriá, L.), Hospitalet de Llobregat, 2015.

GARRIGUES DÍAZ-CAÑABATE, J.: -*Contratos bancarios*, Madrid, 1972.

GIL RODRÍGUEZ, J.: - “La prenda de derechos de crédito”, en *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Madrid, 1996.

.- “Pignoración por la madre y en interés de la sociedad anónima participada, de imposiciones a plazo fijo de titularidad de menores. Alcance de la representación materna. Actuaciones necesitadas de autorización judicial. Atipicidad del negocio e interpretación restrictiva de normas prohibitivas. Comentario a la STS 28 de noviembre de 1989 (RJ 1989, 7915)”, *CCJC* 22/1990.

GOMÁ SALCEDO, J.E.: - “Fiducia cum creditore. Autocontratación (en torno a la sentencia del tribunal Supremo de 14 de marzo de 2002)”, *RJN*, Abril-Junio 2004.

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, R.: - “La Hipoteca”, en *Instituciones de Derecho Privado*, t. II, volumen 3º, tema 10,

VVAA., Consejo General del Notariado, Madrid, 2003.

GÓMEZ GÁLLIGO, J.: “Prenda de créditos y concurso”, en *RCDI*, núm. 743/2014.

GREGORACI FERNÁNDEZ, B.: .-“El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de crédito futuros”, en *RDCyP*, número 20, primer semestre de 2014.

GUILARTE ZAPATERO, V.: .-*Comentarios al Código Civil y Compilaciones forales*, (Dir. Albaladejo), t. XXIII, Madrid, 1990.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: .-*El derecho real de subhipoteca (las hipotecas sobre hipotecas)*, Barcelona, 1957.

.- *Comentarios del Código Civil*, Ministerio de Justicia, t. II, 1991.

GUTIÉRREZ GILSANZ, A.: .- “Virtualidad de la prenda constituida sobre la responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) a favor de las entidades financieras en el concurso de las sociedades concesionarias de autopistas”, en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, Diario La Ley, nº 8074, Sección Documento on-line, 2 de mayo de 2013. LA LEY 2005/2013.

HERNANDEZ CEBRIÁ, L.: .-“CAPÍTULO 2. El deber general de diligencia: artículo 225”, en *Régimen de deberes y responsabilidad de los administradores en las Sociedades de Capital*, VVAA, (Coord. Hernando Cebriá, L.), Hospitalet de Llobregat, 2015.

HORMAECHEA ALONSO, J.: .- “Sobre la conveniencia de la inscripción en un registro público de las prendas en garantía de créditos futuros: el artículo 90.1.6º de la Ley Concursal”, *Diario La Ley*, nº 7811, 5 marzo 2012.

.- “Ejecución de garantías financieras y compensación en el concurso. Comentario a las sentencias de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo nº 373/2012 de 20 junio 2012 y nº 388/2012 de 26 de junio de 2012”.

JORDANO FRAGA, F.: .- “Prenda regular, prenda irregular y prenda de crédito. Sobre la pignorabilidad de una imposición a plazo fijo (Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, 18 julio 1989”, *ADC*, 1990.

KOZOLCHYK, B.: .-“Estado actual de la implementación de la Ley Modelo de garantías mobiliarias en la OEA en América Latina”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012.

LACRUZ BERDEJO, J.L., LUNA SERRANO, A. y RIVERO HERNANDEZ, F.: .-*Elementos de Derecho Civil I*,

## BIBLIOGRAFÍA

---

Barcelona, 1984.

LINACERO DE LA FUENTE, M.A.: .- *Régimen patrimonial de la patria potestad*, Madrid, 1990.

LYCKOWSKA, K.: .- *Garantías Financieras*, Madrid, 2013.

.- “El caso Spanair o cómo blindar la prenda del saldo de una cuenta en el concurso”, *Diario La Ley*, Nº 8336, 19 de junio de 2014, año XXXV (LA LEY 3930/2014).

MADRAZO MELÉNDEZ, B.: .-“Registro de bienes muebles y garantías mobiliarias”, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias* (dir. Miquel González), Madrid, 2013.

MALO CONCEPCION, J.V.: .-“Prenda de participaciones en fondos de inversión mobiliaria”, en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998.

MANZANARES SECADES, A.: .- “Prenda de créditos como prenda especial”, *ADC*, 1988.

.- “Prenda de dinero y prenda de créditos (comentario a la sentencia del tribunal supremo de 19 de septiembre de 1987)”, *ADC*, 1988.

MARÍN GARCÍA DE LEONARDO, M.T.: .- “Actos de disposición de bienes de los menores sometidos a patria potestad”, *RDP*, abril y marzo, 1986.

MARTÍNEZ SANCHIZ, J.A.: .-“Lapidaria inscripción” en *Notario del siglo XXI*, Enero-Febrero 2008, nº 17.

MAS ALCARAZ: .- “El pacto comisorio”, en *Estudios de Derecho privado II*, (Dir. De La Esperanza Martínez-Radio), Madrid, 1965.

MIQUEL GONZÁLEZ, J.M.: “El nuevo artículo 90.1.6º in fine de la Ley Concursal”, en *El Notario del siglo XXI*, número 40, Noviembre-Diciembre 2011.

MENESES VADILLO, A.: .- “Los derechos de crédito como garantía tras la reforma del Real Decreto-Ley 5/2005 de 11 de Marzo”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, núm. 56/Diciembre 2011.

MONTÉS RODRÍGUEZ, M.P.: .-“Las condiciones generales de los contratos bancarios y la protección de los consumidores y usuarios”, en *Estudios sobre Jurisprudencia Bancaria*, VVAA, Cizur Menor, 2002.

MORALEJOS IMBERNÓN, N.: .-“Los contratos constitutivos de derechos reales de garantía“, en VVAA, BERCOVITS RODRÍGUEZ-CANO, R. (Dir.), *Tratado de Contratos*, t. IV cap. IV, Valencia, 2009.

MORENO GIL, O.: .-*Código Civil y Jurisprudencia*

*concordada*, Madrid, 2000.

MOYA, J.: *.-Comentario de la Ley de Sociedades de Capital*, (Coords. Rojo, A., y Beltrán, E.), Cizur Menor, 2011.

MUÑOZ DE BENAVIDES, C.: *.- “La ejecución de las garantías financieras en el ámbito del concurso de acreedores”*, *La Ley*, núm. 1794/2013.

NAVARRO CHINCHILLA, J.J.: *.- “La pignoración de la letra de cambio”* en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998.

*.- “Condiciones generales y cláusulas abusivas en la contratación bancaria”*, en *Condiciones Generales de la Contratación y Cláusulas Abusivas*, (VVAA Director NIETO CAROL, U.), Valladolid, 2000.

NIETO CAROL, U. y MUÑOZ CERVERA, M. (Coord.): *.-Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, Madrid, 1996.

NIETO SÁNCHEZ, J.: *.-“Valor jurídico del instrumento público”*, en *Derecho Notarial*, (VVAA Coord. Borrell García J.), Valencia, 2011.

NÚÑEZ LAGOS, R.: *.-El enriquecimiento sin causa*, Madrid-Reus, 1934.

*.- Estudios sobre el valor jurídico del documento notarial*, Alcalá de Henares, 1945.

*.- Documento auténtico en la casación civil*, Madrid, 1960.

PANTALEÓN PRIETO, F.: *.- “Cesión de créditos”*, *ADC*, 1988.

*.- “Cesión de créditos”*, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, (VVAA), Madrid, 1990.

*.- “Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal”* en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998.

*.- “El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de crédito futuros”*, en *RDCyP*, número 20, primer semestre de 2014.

PARA MARTÍN, A.: *“En torno a la fiducia cum creditore”*, en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Madrid, 2003.

PAZ-ARES RODRÍGUEZ, I.: *.- “Pignoración de cuotas sociales”*, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, (dir. Miquel González), Madrid, 2013.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *.- Derecho de Familia*, Madrid, 1989.

*.- El anteproyecto del Código Civil español (1882-1888)*,

## BIBLIOGRAFÍA

---

2ª Edición, Madrid, 2006.

PÉREZ DE MADRID CARRERAS, V.: .-“Notas críticas sobre la prenda de imposiciones a plazo fijo”, *RJN*, Abril-Junio 2004.

.- “Prenda sin desplazamiento de créditos (A propósito de la Resolución DGRN de 18 de marzo de 2008)”, en *Diario La Ley*, nº 6939, 6 de mayo 2008, Ref. D-143.

PÉREZ RAMOS, C.: .- “La autocontratación en materia societaria y en la formalización de los negocios bancarios”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, nº 55, Junio 2011.

POU AMPUERO, F.: .-“Autocontrato”, en *RJN*, CGN, Julio-Septiembre 2005.

PRADES LÓPEZ, J.: .-“Pólizas mercantiles y autocontrato”, en *Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, Diciembre 2009.

.- “La protección del cliente en las pólizas bancarias”, en *La protección de consumidores y usuarios en la contratación bancaria*, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, CGN, nº extraordinario, 2014.

REGLERO CAMPOS, L.F.: .- “Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio”, en *Tratados de garantías en la contratación mercantil*, (Coords. Ubaldo Nieto y Muñoz Cervera), Madrid, 1996.

ROCA SASTRE, R.M., y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: .- *Derecho Hipotecario*, Barcelona, 1998, 8ª edición.

RODRÍGUEZ ADRADOS, A.: .-*La prueba documental en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, CGN, Madrid, 2003.

RODRÍGUEZ GARCÍA, J.M.: .-“Prenda sin desplazamiento sobre créditos futuros a favor de la Administración”, *RDC*, nº 3, julio-septiembre 2014.

ROJO AJURIA, L.: .-“Derecho de prenda sobre imposiciones a plazo fijo; depósito irregular; compensación”, en *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, número 15, septiembre-diciembre 1987.

ROMERO MATUTE, B.: .-*El concurso de acreedores y las cesiones de créditos*, Madrid, 2005.

ROSENDE HONRUBIA, M.: .- “La prenda de créditos”, *RCDI*, número 32, 1927.

SÁNCHEZ ÁLVAREZ, M.: .-“Prenda de créditos futuros y prenda en garantía de créditos futuros en el concurso de acreedores”, en *RDCyP*, número 17, segundo semestre de 2012.

SÁNCHEZ GUILARTE, J.: .- “Naturaleza jurídica de las

imposiciones a plazo; compensación, derecho de prenda”, *RDBB*, 1988.

.-“Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuentas”, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, (VVAA), Madrid, 1990.

SÁNCHEZ VENTURA, J., y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, F.: .- “Los actos de disposición de bienes de menores sometidos a la patria potestad en el Código Civil”, *RDP*, 1981.

SANJUÁN Y MUÑOZ, E.: .-“Proyecto Castor: el régimen particularizado de créditos concursales a través de leyes singulares”, *Diario La Ley*, nº 8410, 30 de octubre de 2014, Año XXXV, (LA LEY 7886/2014).

SERRANO ALONSO: .-*Comentario del Código Civil*, t. II, Ministerio de Justicia, 1993.

SERICK: .-*Garantías mobiliarias en Derecho alemán* (traducción CARRASCO A., Madrid, 1990).

TAPIA HERMIDA, A.J.: .- “La pignoración de saldos de depósitos bancarios”, en *Garantías reales mobiliarias*, VVAA, EDJ, Madrid, 1998.

TARABAL BOSCH, J.: .-“El art. 9 UCC. Cautelas conceptuales para una lectura europea”, en *Garantías reales en escenarios de crisis: presente y prospectiva*, Madrid, 2012.

TIRADO SUÁREZ, F.J.: .- “La pignoración de pólizas de seguro como garantía de operaciones bancarias”, en *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, (VVAA), Madrid, 1990.

TORRALBA MENDIOLA, E.: .-“Intangibilidad de la masa frente a las prendas de créditos futuros en la nueva Ley Concursal”, en *Diario la Ley*, nº 7727, 2 de noviembre 2011.

URÍA, R., MENÉNDEZ, A., y GARCÍA DE ENTERRÍA, J.: .-*Curso de Derecho Mercantil*, Madrid, 1999.

VICENT CHULIÁ, F.: .-*Introducción al Derecho Mercantil*, Vol. I, Valencia, 2012.

VIDAL MARTÍNEZ, J.: .-*La venta en garantía en el derecho civil común español*, Madrid, 1990.

VIÑAS MEY, J.: .- “La prenda irregular”, *RDP*, 1925.

VEIGA COPO, A.: .- “Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, en *RDBB*, núm. 82/2001.

.- “Prenda de créditos y negocio fiduciario –venta en garantía”, en *RDBB*, núm. 89/ Enero-Marzo 2003

.- “Prendas y fiducias financieras o como sustraerse a la vis concursal”, *La Ley*, núm. 3098/2008.



## BIBLIOGRAFÍA

---

.-*Tratado de la Prenda*, Pamplona, 2011.

WESTERMANN H, WESTERMAN H.P., GURSKY K., y EICKMAN, D.: .-*Derechos reales*, VII, 7º edición, 1998 (traducción Cañizares Laso, A., Miquel González, J.M., Rodríguez Tapia, J.M. y Rodríguez Rosado, B., 2005, Fundación cultural del Notariado, 2007)

WOOD, P.: .- *World Financial Law*, Londres, 2002.

PICOD, Y.: .- “La reciente reforma de las garantías mobiliarias en Derecho Francés”, en *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, (dir. Miquel González), Madrid, 2013.

ZEJALBO MARTIN, J.: .-“¿Ineficacia frente a la Hacienda Pública de la prenda constituida sobre el importe de la devolución del IVA?”, en *www.notariosyregistradores.com*.



## JURISPRUDENCIA Y DOCTRINA DE LA DGRN

### SENTENCIAS DEL TRIBUNAL SUPREMO.-

- .- STS de 25 de noviembre de 1886 (ROJ STS 74/1886. CENDOJ).
- .- STS de 28 de diciembre de 1935 (ROJ STS 924/1935. CENDOJ).
- .- STS de 24 de junio de 1941 (MORENO GIL *Código civil y jurisprudencia concordada* S. 6298 págs. 1981-1982).
- .- STS de 7 de marzo de 1974 (ROJ STS 33/1974; ID CENDOJ 2807911001197410033).
- .- STS de 4 de diciembre de 1975 (ROJ STS 1698/1975; ID CENDOJ 28079110011975100331).
- .- STS de 19 de mayo de 1982 (LA LEY 23507-NS/0000).
- .- STS de 19 de mayo de 1982 (ROJ STS 82/1982 ID CENDOJ 28079110011982100082).
- .- STS de 27 de diciembre de 1985 (LA LEY 10641-JF/0000).
- .- STS de 19 de septiembre de 1987 (LA LEY 12566-JF/0000).
- .- STS de 8 de marzo de 1988 (LA LEY 57876-JF/0000).
- .- STS de 8 de marzo de 1988 (ROJ STS 1622/1988 ID CENDOJ 28079110011988100129).
- .- STS de 28 de octubre de 1988 (ROJ STS 7536/1988 ID CENDOJ 28079110011988100630).
- .- STS de 18 de julio de 1989 (LA LEY 124714-NS/0000).
- .- STS de 14 de noviembre de 1989 (LA LEY 128711-NS/0000).
- .- STS de 28 de noviembre de 1989 (LA LEY 1508-JF/0000).
- .- STS de 22 de septiembre de 1992 (LA LEY 95-5/1993).
- .- STS de 2 de abril de 1993 (LA LEY 6906-5/1993).

- STS de 31 de mayo de 1993 (LA LEY 2611/1993).
- STS de 15 de diciembre de 1993 (ROJ STS 1698/1975; ID CENDOJ 28079110011993103743).
- STS de 14 de noviembre de 1995 (LA LEY 17/1996).
- STS de 21 de febrero de 1997 (LA LEY 1990/1993).
- STS de 19 de abril de 1997 (LA LEY 8280/1997).
- STS de 7 de octubre de 1997 (LA LEY 10309/1997).
- STS de 11 de mayo de 1999 (LA LEY 6108/1999).
- STS de 24 de septiembre de 1999 (LA LEY 227/2000).
- STS de 13 de noviembre de 1999 (LA LEY 3092/2000).
- STS de 23 de febrero de 2000 (LA LEY 3483/2000).
- STS de 3 de octubre de 2000 (LA LEY 698/1995).
- STS de 25 de junio de 2001 (LA LEY 5746/2001).
- STS de 26 de septiembre de 2002 (LA LEY 7810/2002).
- STS de 11 de diciembre de 2002 (ROJ STS 8303/2002; ID CENDOJ 28079110012002101418).
- STS de 12 de diciembre de 2002 (ROJ STS 8374/2002 ID CENDOJ 28079110012002101415).
- STS de 14 de diciembre de 2002 (ROJ STS 8409/2002; ID CENDOJ 28079110012002101370).
- STS de 3 de febrero de 2003 (ROJ STS 62/2003; ID CENDOJ 28079110012003101976).
- STS de 27 de junio de 2003 (LA LEY 2656/2003).
- STS de 10 de marzo de 2004 (LA LEY 12458/2004).
- STS de 17 de mayo de 2004 (LA LEY 115897/2004).
- STS de 2 de diciembre de 2005 (LA LEY 235010/2005).
- STS de 30 de noviembre de 2006 (LA LEY 145029/2006).
- STS de 22 de diciembre de 2006 (ROJ STS 7960/2006; ID CENDOJ 28079110012006101342).
- STS de 20 de junio de 2007 (LA LEY 51919/2007).
- STS de 22 de febrero de 2008 (LA LEY 86325/2008).
- STS de 11 de marzo de 2008 (LA LEY 96466/2008).
- STS de 5 de diciembre de 2008 (ROJ STS 7101/2008; ID CENDOJ 28079110012008101177).
- STS de 3 de febrero de 2009 (LA LEY 1901/2009).
- STS de 21 de julio de 2009 (LA LEY 125221/2009).
- STS de 11 de julio de 2011 (LA LEY 111684/2011).
- STS de 21 de septiembre de 2011 (LA LEY 183912/2011).
- STS de 20 de junio de 2012 (LA LEY 104806/2012).
- STS de 26 de junio de 2012 (LA LEY 110530/2012).
- STS de 6 de noviembre de 2013 (LA LEY

199095/2013).

.- STS de 5 de febrero de 2014 (ROJ STS 497/2014 ID CENDOJ 28079110012014100056).

.- STS de 31 de marzo de 2014 (LA LEY 40092/2014).

.- STS de 2 de junio de 2014 (ROJ STS 2174/2014 ID CENDOJ 28079130022014100275).

.- STS de 18 de junio de 2014 (LA LEY 89591/2014).

.- STS de 4 de septiembre de 2014 (ROJ STS 3748/2014 ID CENDOJ 28079110012014100444).

.- STS de 12 de septiembre de 2014 (LA LEY 141926/2014).

.- STS de 12 de diciembre de 2014 (ROJ STS 5213/2014 ID CENDOJ 28079110012014100663).

.- STS de 17 de febrero de 2015 (LA LEY 14134/2015).

.- STS de 24 de junio de 2015 (LA LEY 89130/2015).

### **SENTENCIAS DE ÓRGANOS JURISDICCIONALES INFERIORES.-**

.- STSJ Cataluña de 4 de febrero de 2000 (ROJ STSJ CAT 1506/2000 ID CENDOJ 08019330052000101302).

.- SAP de Tarragona de 26 de febrero de 2001 (la ley 44872/2001).

.- SAN 25 de abril de 2001 (ROJ 2546/2001 ID CENDOJ 28079230082001100589).

.- SAP de Madrid de 19 de febrero de 2002 (LA LEY 38270/2002).

.- SAP de Barcelona de 29 de julio de 2002 (la ley 141871/2002).

.- SAP de Madrid de 29 de abril de 2003 (LA LEY 77445/2003).

.- STSJ Murcia de 28 de mayo de 2003 (ROJ: STST MUR 1237/2003 ID CENDOJ 30030330022003100350).

.- SAP de Tarragona de 7 de noviembre de 2003 (LA LEY 180434/2003).

.- STSJ Andalucía de 28 de noviembre de 2003 (ROJ: STSJ AND 15461/2003 ID CENDOJ 29067330012003101416).

.- SAP de Barcelona de 28 de julio de 2004 (LA LEY 177574/2004).

.- SAP de Gerona de 18 de octubre de 2004 (LA LEY

215410/2004).

.- SAP de Madrid de 20 de diciembre de 2004 (LA LEY 268069/2004).

.- STSJ Aragón de 5 de diciembre de 2005 (ROJ: STSJ AR 2420/2005 ID CENDOJ 50297330022005100454).

.- SJM nº 6 Madrid de 10 de enero de 2011 (LA LEY 696/2011).

.- SAP de Burgos de 18 de enero 2012 (LA LEY 2344/2012).

.- SAP de Barcelona de 29 de marzo de 2012 (LA LEY 56587/2012).

.- SAP de Barcelona de 17 de mayo 2012 (LA LEY 138835/2012).

.- SAP Castellón de 24 de mayo de 2012 (ROJ SAP CS 681/2012; ID CENDOJ 12040370032012100269).

.- SJM nº 1 de Alicante de 2 de julio de 2012 (LA LEY 90665/2012).

.- SJM nº 1 de Alicante de 20 de julio de 2012 (LA LEY 109011/2012).

.- SAP de Barcelona de 12 de diciembre de 2012 (LA LEY 239132/2012).

.- SAP de Valladolid de 4 de julio de 2013 (LA LEY 108809/2013).

.- SAP Girona de 24 febrero de 2014 (ROJ SAP GI 99/2014; ID CENDOJ 17079370012014100046).

.- SAP de Barcelona de 3 de abril de 2014 (LA LEY 54013/2014).

.- SAP de Alicante de 22 julio de 2014 (LA LEY 138201/2014).

.- SJM nº 1 de Alicante de 12 de febrero de 2014 (LA LEY 18978/2014).

.- SAP de Barcelona de 16 de diciembre de 2014 (ROJ SAP B 12940/2014; ID CENDOJ 08019370012014100558).

.- SAP de Alicante de 17 de febrero de 2015 (ROJ SAP A 316/2015; ID CENDOJ 03014370042015100052).

.- SAP de Barcelona de 25 de febrero de 2015 (ROJ SAP B 3344/2015; ID CENDOJ 08019370192015100013).

.- SAP de A Coruña de 29 de mayo de 2015 (LA LEY 78944/2015).

**RESOLUCIONES DE LA DIRECCIÓN GENERAL  
DE LOS REGISTROS Y DEL NOTARIADO.-**

- .- Resolución de la DGRN de 26 de septiembre de 1951.
- .- Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1976.
- .- Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1987 (LA LEY 3574/1987).
- .- Resolución de la DGRN de 12 de mayo de 1989.
- .- Resolución de la DGRN de 16 de mayo de 1989.
- .- Resolución de la DGRN de 18 de octubre de 1989.
- .- Resolución de la DGRN de 30 de noviembre de 1992 (LA LEY 11947/1992).
- .- Resolución de la DGRN de 14 de marzo 1996.
- .- Resolución de la DGRN de 11 de diciembre de 1997.
- .- Resolución de la DGRN de 7 de julio de 1998 (LA LEY 8119/1998).
- .- Resolución de la DGRN de 17 de noviembre de 1998.
- .- Resolución de la DGRN de 2 de diciembre de 1998.
- .- Resolución de la DGRN de 1 de junio de 1999.
- .- Resolución de la DGRN de 21 de junio de 2001.
- .- Resolución de la DGRN de 3 de diciembre de 2004.
- .- Resolución de la DGRN de 20 de febrero de 2007 (LA LEY 2023/2007).
- .- Resolución de la DGRN de 28 de febrero de 2007 (LA LEY 3234/2007).
- .- Resolución de la DGRN de 18 de marzo de 2008 (LA LEY 6393/2008).
- .- Instrucción de la DGRN de 12 de mayo de 2012.
- .- Resolución de la DGRN de 2 de enero de 2013.
- .- Resolución de la DGRN de 28 de abril de 2015.