

Algunas reglas operativas sobre la prenda de créditos futuros en el concurso

Ángel Carrasco Perera

Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Castilla-La Mancha

Consejero académico de Gómez-Acebo & Pombo

Con la reforma del artículo 90.1.6.º de la Ley Concursal (LCon) dispuesta por la Ley 40/2015 se generalizó un casi entusiasta clamor entre los operadores del sector. Se consideraba que quedaba definitivamente resuelto el perverso historial concursal de las prendas sobre créditos futuros. Yo no lo veo tan claro y puedo imaginarme más de un modo por el que un juez concursal averso a este tipo de garantías puede arruinar aquel entusiasmo por vía de una interpretación no totalmente absurda del precepto nuevo. Con todo, no es ése el objeto de esta nota, ni se pretende siquiera interpretar el alcance del texto novelado por la Ley 40/2015. Las siguientes consideraciones son de tipo operativo y pretenden ser independientes de cualquier presupuesto interpretativo sobre el mencionado artículo 90.1.6.º.

1. Con independencia de si una prenda sobre créditos futuros es o no eficaz frente al concurso, es cierto que puede ser objeto de una acción rescisoria del artículo 71 de la Ley Concursal en la medida en que su constitución o alcance comporten un acto «perjudicial» al concurso. Lo ha recordado la Sentencia del Tribunal Supremo de 24 de junio del 2015, la cual hace esta declaración en términos tales que parece que *toda prenda sobre créditos futuros es típicamente un acto perjudicial*. Esta situación haría plenamente estéril cualquier debate sobre la interpretación y alcance del artículo 90.1.6.º de la citada ley, al menos para las prendas sobre créditos futuros constituidas en los dos años previos a la insolvencia. En el fondo es tentadora la comparación con el

supuesto del artículo 71.3.2.º de la Ley Concursal: es como si se estuviese constituyendo una garantía para seguridad de un crédito preexistente. Sin ir ahora más lejos en este desarrollo, sólo sería segura la prenda sobre créditos futuros cuando en el contrato constitutivo de la garantía el acreedor se hubiera obligado a aportar *sucesivamente* alguna clase de valor nuevo como correspectivo de la prenda continuada. La amenaza es mucho más intensa para los créditos «futuros puros», es decir, aquellos que, según una plausible interpretación, sólo podrían gravarse mediante una prenda sin desplazamiento registrada en el RBM.

2. Una prenda sobre créditos futuros que hipotéticamente recayese sobre créditos futuros «puros», e incluso sobre créditos futuros provenientes (pero aún no nacidos) de una «relación jurídica preexistente» o de un contrato sujeto a condición suspensiva, etcétera, sería un derecho real de garantía que carecería de «valor de garantía» a los efectos de los artículos 90.3, 94.5, 149.2a y concordantes de la Ley Concursal porque no existiría un activo subyacente de referencia. Entre otras consecuencias de esta condición, el titular de esta prenda no recibiría más precio en la liquidación que el que correspondiera a cualquier acreedor ordinario no privilegiado. En la medida en que afectara a créditos aún no nacidos al tiempo de la liquidación, ésta «destruiría» la garantía real en lugar de servir para pagar el crédito para cuya seguridad estaba constituida dicha garantía. En otros términos, una garantía eventual o

N. de la C.: En las citas literales se ha rectificado en lo posible —sin afectar al sentido— la grafía de ciertos elementos (acentos, mayúsculas, símbolos, abreviaturas, cursivas...) para adecuarlos a las normas tipográficas utilizadas en el resto del texto.

contingente carece de «valor de garantía» a los efectos concursales oportunos, y especialmente al tiempo de la liquidación.

3. Con todo, si el adquirente de la unidad productiva se subrogara en la garantía (art. 149.2b LCon), también se subrogaría en la afección por los créditos futuros nacidos de la explotación ulterior del negocio en cuestión y se subrogaría necesariamente en la obligación de generar estos recursos futuros, a pesar de la dicción del artículo 146 *bis*, apartado 4 de la Ley Concursal.
4. Una prenda sobre créditos futuros puede constituirse en un contrato de prenda que a su vez reúna la condición de contrato generador de créditos *recíprocos* de garante-deudor y de acreedor titular de la garantía, créditos que puedan seguir estando mutuamente no cumplidos al tiempo de la declaración del concurso, en el sentido del artículo 61.2 de la Ley Concursal. Ello comporta para la prenda sobre créditos futuros una fortaleza adicional, ya que los incumplimientos subsiguientes del garante deudor pueden cursar como deudas contra la masa. Pero también una debilidad adicional, porque la administración concursal puede resolver el contrato por interés del concurso, eliminando de esta forma la garantía real.
5. Habiendo entrado el deudor en fase de liquidación, deja de tener sustancia y valor la eventual obligación que hubiera contraído el pignorante concursado de seguir generando créditos contra terceros que estuvieran cubiertos por la prenda sobre créditos futuros. Este «incumplimiento» no generaría ningún tipo de deuda, ni contra la masa ni concursal ordinaria.
6. Siempre hay que pignorar la cuenta del proyecto en la que se ingresan los fondos. Es muy probable que esta garantía merezca la condición de «garantía financiera», con lo que ello comporta a los efectos del Real Decreto Ley 5/2005. Y, para evitar el reproche de que los saldos futuros no existían al tiempo del concurso, puede constituirse la prenda sobre créditos futuros como prenda sin desplazamiento recayente sobre la cuenta como *universalidad*.
7. La prenda sobre créditos futuros no es un contrato *marco*, sino un contrato que constituye una garantía sobre bienes que son futuros (garantía real retrotraída al tiempo de la constitución de la prenda). Por esa razón, no es preciso que los créditos futuros que nacieran después de la constitución de la prenda fueran objeto de *especial inscripción ni mención registral*. A estos efectos, debe regir por analogía la doctrina establecida por la Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 5 de junio del 2012 a propósito de las reservas de dominio sobre la universalidad de vehículos en *stock* y destinados por el deudor a la reventa.
8. Toda prenda sobre créditos futuros ha de hacer constar un máximo de cobertura de los créditos que hayan de nacer en el futuro y una cláusula de liberación de los sucesivos créditos futuros que excedan la cifra de cobertura. Aunque no está claro que esta consecuencia sea impuesta por nuestro Derecho extraconcursal, con una prenda sobre créditos futuros que haya de ser eficaz durante el concurso es preferible precaverse frente a la acusación de «sobregarantía» (*cfr.* STS de 17 de febrero del 2015).
9. La prenda sobre créditos futuros puede ser una garantía real derivada de una garantía real previa respecto de la cual el crédito (futuro) resulte ser un derivado (un *proceed*), por ejemplo, la extensión de la garantía hipotecaria a los frutos de la cosa (los créditos pueden ser frutos civiles) o a los créditos indemnizatorios por daños a la finca hipotecada. Rige al respecto la prioridad temporal en la constitución de la garantía (hipoteca o prenda sobre créditos futuros). Una prenda sobre créditos futuros *no registrada* no sería oponible a una prenda sobre créditos futuros embebida en una cláusula de extensión de la garantía hipotecaria registrada, anterior o posterior a la prenda sobre créditos futuros no registrada.
10. Para que se produzca una eficaz cobertura pignoratícia no basta que «los créditos nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a la declaración» de concurso (art. 90.1.6.ºa LCon). Conforme a la tradición del *Ius Commune*, un bien no puede ser sacado retroactivamente de la masa del concurso si se trata de un activo cuya producción necesitaría de un acto del deudor-garante que haya de ser caracterizado

como acto de naturaleza *potestativa*, por mucho que preexistiera una «relación jurídica».

11. La remisión que efectúa el artículo 90.1.6.ºc de la Ley Concursal al artículo 261.3 de la Ley de Contratos del Sector Público prueba que un crédito (futuro) puede considerarse «anclado» en una «relación jurídica preexistente» aunque su nacimiento o pignoralidad dependan todavía de la decisión, incluso potestativa, de *un tercero*.
12. La «relación jurídica constituida con anterioridad» es la relación jurídica con el tercer deudor, el deudor del crédito que se pignora anticipadamente. No basta que exista una relación jurídica entre garante y acreedor o entre garante y otro tercero. Así, por ejemplo, las tarifas a cargo de futuros usuarios no son un crédito que «nazca» de la relación jurídica (ya constituida, acaso) consistente en la concesión administrativa de servicios o de obra pública eventualmente financiada por los acreedores que se hacen constituir en su favor prendas sobre créditos futuros.
13. La «relación jurídica constituida con anterioridad» ha de *seguir existiendo* al tiempo del concurso.

Si estaba extinguida en este momento, pero se renueva después del concurso, el crédito futuro no reúne la condición exigida en el artículo 90.1.6.ºa. Un *contrato* con tercero que ya estuviese consumado al tiempo de la declaración no genera, a modo de halo, una «relación jurídica» que pudiera por ello mismo considerarse subsistente al tiempo de la declaración de concurso.

14. Si la prenda sobre créditos futuros hubiera sido constituida antes del periodo sospechoso de los dos años a los que alcanza la acción rescisoria concursal, *toda* la prenda estaría a salvo de la rescisión concursal, incluso *las sucesivas afecciones en garantía de cada uno de los créditos pignoralados* a medida que éstos fueran naciendo, aunque nacieran ya dentro del periodo sospechoso previo a la declaración de concurso. Con todo, ciertas decisiones judiciales relativas a supuestos parecidos (contrato principal que genera sucesivos actos de ejecución de las obligaciones o derechos contraídos en el contrato) permiten sospechar que, si la hipótesis considerada se presentara, la solución dada por los tribunales muy bien podría ser otra que la que aquí se propone.