

# Naturaleza y régimen jurídico básico de la prenda de créditos

Fernando Carbajo Cascón

Profesor de Derecho Mercantil en la Universidad de Salamanca, España.

## I. Naturaleza jurídica de la prenda de créditos. Un estudio a partir del ordenamiento jurídico español

El ordenamiento jurídico español no contempla directamente la prenda de derechos en general ni, en particular, la prenda de derechos de crédito. Los arts. 1863-1873 del Código Civil de 1889 se ocupan de regular la prenda tradicional o manual, en cuanto garantía que se hace recaer sobre cualesquiera bienes muebles susceptibles de posesión.

Este régimen resulta aplicable, así, a los derechos incorporados a títulos-valores, concebidos estos como valores mobiliarios independientes de la relación contractual subyacente que constituye la causa de su circulación y transmisión. Se contempla entonces el endoso en garantía del título o documento como modalidad de prenda de títulos-valores en el art. 22 de la Ley Cambiaria y del Cheque de 1985. Asimismo, para los valores representados en anotaciones en cuenta, partiendo del principio de equivalencia funcional que rige las relaciones entre derecho y tecnología, el art. 10 de la Ley del Mercado de Valores de 1988 establece que la constitución de derechos reales limitados sobre valores representados en anotaciones en cuenta deberá inscribirse en la cuenta (registro contable) correspondiente, de manera que la inscripción de la prenda equivale al desplazamiento del posesorio del título.

La pignoración de la cosa (papel, documento) facilita así la pignoración del derecho. Y por equivalencia, la inscripción de la prenda en el registro contable de un valor anotado en cuenta, significa también su pignoración.

Pero el ordenamiento español (como tantos otros) no contempla de manera específica la pignoración directa de derechos.

Sin embargo, la práctica bancaria se ha encargado de superar las limitaciones jurídico-formales, siendo cada vez más común la pignoración de derechos (depósitos bancarios, seguros, subvenciones...) en garantía de la

devolución de préstamos bancarios. Y esa práctica bancaria ha ido generando problemas puntuales en la práctica que han motivado el planteamiento del problema ante los Tribunales de Justicia, surgiendo en los últimos años una rica doctrina jurisprudencial que, a su vez, ha servido para avivar el tratamiento del problema entre la doctrina científica.

Una primera línea jurisprudencial mantenida por el Tribunal Supremo español en sus sentencias de 27 de diciembre de 1985<sup>1</sup>, de 18 de julio de 1989<sup>2</sup> y 28 de noviembre de 1989<sup>3</sup>, rechazaba categóricamente la prenda sobre derechos de crédito, fundándose para ello en que los arts. 1863 y ss. CC. únicamente admiten la prenda de cosas muebles (prenda manual) o de derechos incorporados a títulos-valores en virtud de la ficción que representa la cosificación del derecho en el documento<sup>4</sup>.

Y ello porque los derechos de crédito, a pesar de su consideración como bienes inmateriales (arts. 335 y 336 CC), no son susceptibles de posesión, infringiendo así la premisa básica del derecho real y contrato de prenda configurado por nuestro codificador civil (arts. 1863 y 1864 CC), así como la exigencia prevista en el art. 1922, 2º CC para reconocer un derecho de preferencia al acreedor pignoraticio frente a otros acreedores del deudor pignorante.

Se tiene en cuenta, además, la originaria intención del legislador civil de excluir expresamente la prenda de créditos ordinarios del articulado del Código civil, a diferencia de lo que sucedió en otros ordenamientos de nuestro entorno, donde se reconoce expresamente aunque eso no haya impedido la existencia de un intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre la naturaleza de la institución, los requisitos para su constitución y sus consecuencias o efectos en relación con la ejecución de la prenda<sup>5</sup>.

En definitiva, según el primer criterio del Tribunal Supremo la prenda de créditos tendría únicamente el valor de un contrato de garantía *inter partes*, que no otorgaría un derecho de

1 Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi, 1985/6654. (En adelante RAJ).

2 RJA 1989/5713, con comentario de JORDANO FRAGA en Anuario de Derecho Civil (ADC) 1990, pgs. 305 y ss.

3 RJA 1989/7915, con comentario de GIL RODRÍGUEZ en Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil (CCJC), 22, 1990, paragraf. 570.

4 Como se ha dicho ya, extensible posteriormente *ex lege* a la inscripción registral en los valores mobiliarios representados mediante anotaciones en cuenta por medio del art. 10.1 LMV 1988, según la cual la inscripción de la prenda en la cuenta correspondiente equivale funcionalmente al desplazamiento posesorio del título.

5 Vid. una síntesis en ARANDA RODRÍGUEZ R., *La prenda de créditos*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pgs. 50 y ss. y 63 y ss.

preferencia frente a terceros acreedores; sin duda el soporte principal de la prenda como derecho de garantía<sup>6</sup>.

Sin embargo, tiempo después se produjo un cambio radical en la doctrina del mismo Tribunal Supremo, motivado claramente por las exigencias de la práctica diaria del tráfico financiero, donde la pignoración de créditos se convertía poco a poco en uno de los instrumentos preferidos por las entidades de crédito para garantizar los préstamos concedidos a sus clientes.

Así, a partir de las importantes sentencias de 19 de abril de 1997<sup>7</sup> y 7 de octubre de 1997<sup>8</sup>, el Tribunal Supremo admitió la validez de la prenda de créditos, resolviendo puntualmente cuestiones de régimen jurídico asociadas a la práctica bancaria. En concreto, el Alto Tribunal considera que la prenda de créditos constituye una subespecie de la prenda de derechos por la que al acreedor pignoraticio se le transmite el poder de realización del derecho mediante la facultad de percibir directamente el crédito o derecho pignorado, equiparándolo así a los efectos típicos de la posesión<sup>9</sup>.

Esta doctrina Jurisprudencial no establece una equiparación plena entre la prenda manual tradicional y la prenda de créditos, aunque en ocasiones traza algunos ambiguos paralelismos entre ambas. Paralelismos que sirven para crear la sensación de que esta doctrina Jurisprudencial se construye sobre una interpretación extensiva del régimen de la prenda manual tradicional a los derechos de crédito ordinarios, sobre todo por la equiparación o relación que se establece, conciente o inconscientemente<sup>10</sup>, entre el traspaso posesorio típico de la prenda manual o tradicional y la notificación al deudor para la prenda de créditos, a los efectos -fundamentalmente- de justificar plenamente el carácter real de esta última y la preferencia sobre terceros acreedores<sup>11</sup>.

En las distintas resoluciones del Alto Tribunal no se especifica claramente el régimen jurídico de la prenda de créditos. Ni siquiera se puntualizan

los requisitos necesarios para su constitución y oponibilidad *erga omnes*. El único requisito mencionado en la primera sentencia de 19 de abril de 1997 es la necesidad de notificación al deudor del crédito pignorado (que se equipara, como se ha dicho, al requisito de desposesión del bien al titular pignorante en la prenda tradicional, *ex arts.* 1863 y 1864 CC), si bien, como en su día apuntara PANTALEÓN<sup>12</sup>, la mencionada sentencia «no permite albergar duda alguna sobre que esa notificación no es requisito constitutivo de la prenda, mediante la oportuna cita del art. 1527 del Código Civil»; es decir, de ser ésta la intención del Tribunal, la notificación serviría únicamente para vincular al deudor con el cesionario del crédito dado (cedido) en garantía<sup>13</sup>. Finalmente, en todos los supuestos analizados por el TS se constituye la prenda de créditos mediante instrumento público, pero en ningún momento dispone el Alto Tribunal de forma específica que la forma pública sea indispensable para que la pignoración resulte oponible a terceros y en particular a los restantes acreedores del pignorante<sup>14</sup>.

La doctrina más especializada considera imposible la aplicación extensiva a los derechos de crédito de la construcción normativa de la prenda sobre cosas muebles, toda vez que -en rigor- los derechos no pueden ser objeto de posesión ni tampoco de un derecho real de garantía<sup>15</sup>. Y se critica también la exigencia de notificación al deudor del crédito pignorado como requisito constitutivo de la prenda de créditos y de su oponibilidad a terceros<sup>16</sup>.

Actualmente se considera mayoritariamente que la prenda de créditos ha de configurarse como una cesión limitada de créditos con fines de garantía<sup>17</sup>. La construcción de la figura se basa en la comprensión de la cesión de créditos, no como contrato autónomo con causa propia, sino como efecto jurídico común de una serie de contratos que comparten el mismo objeto: un derecho de crédito<sup>18</sup>. Y es que, en realidad, la cesión de créditos es el efecto de un negocio jurídico anterior por el

6 De acuerdo, GIL RODRÍGUEZ, *La prenda de derechos de crédito*, en NIETO CAROL U. Y MUÑOZ CERVERA M., *Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*, II, Civitas, Madrid, 1996, pgs. 343 y ss.

7 RJA, 1997/3429, comentada por FINEZ RATÓN J. M. en CCJC, 45, 1997.

8 RJA, 1997/710; vid. el comentario a ambas sentencias de PANTALEÓN PRIETO F., *Prenda de créditos: nueva jurisprudencia y tarea para el legislador concursal*, La Ley, 1997, D-316, pgs. 1460 y ss.; y de SALINAS ADELANTADO C., *La nueva doctrina del Tribunal Supremo sobre la prenda de saldos: historia de una rectificación*, La Ley, 1998, D-100, pgs. 1941 y ss.

9 Vid. también STS de 26 de septiembre de 2002.

10 Cfr. SSTS de 19 de abril de 1997 y la de 26 de septiembre de 2002.

11 De acuerdo, SÁNCHEZ GUILARTE J., *Pignoración de saldos de depósitos bancarios e inmovilización de saldos de anotaciones en cuenta*, en AA.VV., *Nuevas entidades, figuras contractuales y garantías en el mercado financiero*, Consejo General de los Colegios Oficiales de Corredores de Comercio, Madrid, 1990, pgs. 647 y ss.; también, DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, *Notas para un estudio sobre la pignoración de cuentas corrientes y depósitos bancarios (Sobre tres sentencias del Tribunal Supremo)*, en AA.VV. *Estudios en homenaje al Profesor Aurelio Menéndez*, III, Madrid, 1996, pgs. 3210 y ss..

12 *Prenda de créditos*, cit., pgs. 1461-1462.

13 La STS de 26 de septiembre de 2002 equipara también al desplazamiento posesorio de la prenda manual la notificación al deudor en la prenda de créditos, aunque no hace ninguna precisión normativa al respecto.

14 PANTALEÓN, *Prenda de créditos*, cit., pág. 1463.

15 Vid. por todos ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda...*, cit., pgs. 71 y ss.

16 Vid. las críticas de ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda...*, cit., pgs. 71 y ss.

17 PANTALEÓN PRIETO F., *Cesión de créditos*, ADC, 1988, pgs. 1037 y ss.; FINEZ RATÓN J.M., *Garantías sobre cuentas y depósitos bancarios. La prenda de créditos*, Bosch, Barcelona, 1994.

18 Así, ARANDA RODRÍGUEZ, *La prenda...*, cit., pgs. 121 y ss.



que las partes pretenden mutar la titularidad crediticia<sup>19</sup>.

La llamada prenda de créditos se entiende, entonces, como una cesión de créditos en garantía que genera una especial situación de cotitularidad o titularidad concurrente sobre el derecho de crédito<sup>20</sup>. Pero es una cesión de créditos limitada, donde el negocio jurídico de prenda actúa como referencia inexcusable de la garantía querida por las partes. La cesión limitada es el efecto pero la prenda actúa como título, causa o tipo contractual de referencia (la razón de ser de la cesión). La prenda se muestra así como causa y efecto último o trascendente del contrato de cesión de créditos con fines de garantía. La pignoración del derecho de crédito es causa y fin de la cesión: es el resultado querido por las partes. Como se ha dicho últimamente: «*La cesión de la titularidad de créditos con fines de garantía se recalifica internamente como prenda del crédito*»<sup>21</sup>.

La polémica sobre la validez y licitud de la prenda de créditos se ha solventado definitivamente con la tipificación expresa de la misma en la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal, cuyo art. 90.1, 6º considera los créditos prendarios o pignoraticios como créditos con privilegio especial (esto es, aquellos créditos dotados de una garantía que se hace recaer sobre bienes o derechos concretos del patrimonio deudor y que, por ello, confieren o pueden conferir un derecho de preferencia en el cobro sobre el resto de los acreedores concursales, incluidos aquellos que estuvieran en posesión de un crédito con privilegio general, *ex art.* 91 LC<sup>22</sup>, reconociendo así por primera vez en el ordenamiento jurídico español la prenda de créditos como un derecho preferente de garantía sobre un derecho de crédito. Reconocimiento legal que tiene una eficacia que trasciende el ámbito y la normativa concursal.

Dice textualmente el art. 90.1, 6º LC que son créditos con privilegio especial: «*Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre créditos pignorados*».

Esta tipificación parcial (en sede concursal) no contribuirá como tal a despejar la discusión sobre la naturaleza jurídica de la prenda de créditos, aunque sin duda suavizará el debate para centrar el análisis doctrinal y jurisprudencial en el complejo régimen jurídico de la institución.

Régimen jurídico que se esclarece sustancialmente por cuanto a los requisitos de constitución y oponibilidad de la prenda sobre derechos ordinarios de crédito se refiere y también sobre la existencia de un derecho de preferencia, quedando pendiente la resolución definitiva (como tarea futura de la Jurisprudencia) de los problemas derivados de la concurrencia o cotitularidad sobre el crédito pignorado. A la vista de la importancia de este y otros problemas (*v.gr.*, la licitud de la compensación en la pignoración de saldos bancarios), no hubiera estado de más aprovechar la promulgación de la Ley Concursal para definir el régimen jurídico de la prenda de créditos más allá de los requisitos de constitución y de la específica declaración de su carácter privilegiado.

## II. Aspectos principales de régimen jurídico de la prenda de créditos

Reconocida así legalmente la prenda de créditos en nuestro ordenamiento, la calificación compleja de la prenda de créditos (cesión de créditos en garantía con causa típica de la prenda) reconduce el problema a la determinación del régimen jurídico aplicable a la institución, situado en la encrucijada creada entre la normativa de la prenda de créditos (arts. 1863 y ss. CC) y la cesión de créditos (arts. 1526 y ss. CC y arts. 347 y 348 Ccom).

Algunos de los problemas de régimen jurídico ya han sido resueltos en sede concursal por medio del art. 90.1, 6º LC 2003. No obstante, resulta conveniente introducir en este estudio una breve aproximación al debate suscitado entre la doctrina durante los años anteriores, a fin de comprender mejor las soluciones finalmente acogidas y las lagunas que siguen existiendo.

Como problemas esenciales de régimen jurídico de la prenda de créditos, objeto de agrias polémicas doctrinales, destacan: *a)* los requisitos de constitución de la prenda; *b)* la existencia o no de un derecho de preferencia sobre otros acreedores del deudor pignorante; *c)* la ejecución del crédito pignorado y las complejas relaciones entre el acreedor pignoraticio y el deudor pignorante entre sí y con el deudor del crédito cedido en garantía.

Vamos a tratar resumidamente estos aspectos fundamentales del régimen jurídico de la prenda de créditos, remitiendo un estudio más amplio y detallado a obras de referencia ya citadas anteriormente<sup>23</sup>.

19 GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ J.A., *La cesión de créditos*, en BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO A. (Dir.), *Contratos Mercantiles*, Aranzadi, Pamplona, 2001, pg. 432.

20 ARANDA, *La prenda...*, cit., pgs. 121 y ss.; PANTALEÓN, *Prenda de créditos...*, cit., pg. 1461.

21 CARRASCO PERERA A., *La prenda de créditos*, cit. pg. 866.

22 Vid. sobre los créditos con privilegio especial y la distinción conceptual entre privilegios *stricto sensu* y garantías reales, GARRIDO J.Mº, *La Graduación de Créditos*, en ROJO A., (Dir.), *La Reforma de la Legislación Concursal*, Marcial Pons, Madrid, 2003, pgs. 228-229; también, ALONSO LEDESMA C., *Delimitación de la masa pasiva: las clases de créditos y su graduación*, en GARCÍA VILLAVARDE R., ALONSO UREBA A., PULGAR EZQUERRA J., *Derecho Concursal (Estudio Sistemático de la Ley 22/2003 y de la Ley 8/2003, para la Reforma Concursal)*, Diles, 2003, pg. 369.

23 ARANDA, *La prenda de créditos...*, cit.; PANTALEÓN, *Prenda de créditos...*, cit.; y CARRASCO, *La prenda de créditos*, cit. Vid. también, últimamente, GARCÍA VICENTE J.R., *La prenda de créditos*, Civitas, Madrid, 2006.

Frente al criterio de equiparar el traslado posesorio de la prenda manual (arts. 1863 y 1864 CC) a la notificación al deudor del crédito pignorado a efectos constitutivos de la prenda<sup>24</sup>, la más moderna doctrina coincide en señalar la irrelevancia de la notificación al deudor del crédito pignorado como requisito constitutivo de la prenda, pues, partiendo de la consideración de ésta como cesión de créditos en garantía, se conviene en que la notificación al deudor no es requisito de eficacia de la cesión, ni entre las partes ni frente a terceros, restringiéndose el alcance del art. 1527 CC a los efectos del pago liberatorio, en el sentido de que si no se produce la notificación «*el deudor cedido queda liberado, no porque pague a quien sigue siendo su acreedor, sino a pesar de que paga a quien ya no es su acreedor, porque paga de buena fe a quien es sólo su acreedor aparente*»<sup>25</sup>.

La notificación no es constitutiva de la cesión, aunque sin duda es útil para clarificar el régimen jurídico de la cesión plena o en garantía: el deudor cedido que tenga conocimiento de la cesión por cualquier medio se libera si paga al cesionario aun en el caso en que no haya sido notificado<sup>26</sup>; si el deudor es notificado queda vinculado para con el nuevo acreedor y sólo se libera si paga al cesionario (cfr. art. 347 Ccom).

Otra discrepancia importante surge en torno a la exigencia de fecha cierta y, en particular, sobre la necesidad o no de escritura pública como requisito de oponibilidad de la prenda de créditos a terceros, optando parte de la doctrina por la aplicación analógica o remisión al art. 1865 CC y otra parte por la aplicación de lo dispuesto en el art. 1526 CC (que remite a su vez a los arts. 1218 y 1227 CC).

Mientras el art. 1526 condiciona la eficacia de la cesión frente a tercero desde que haya constancia de la fecha, sea en documento público (art. 1218 CC) o privado (art. 1227 CC), el art. 1865 CC exige para la constancia de la fecha su acreditación mediante documento público. Al margen de consideraciones en torno a la función publicitaria de la escritura pública (claramente ineficaz e irrelevante en el funcionamiento práctico de la prenda y la cesión de créditos), podría considerarse más adecuada la exigencia de instrumento público teniendo en cuenta no sólo la identidad de causa que se produce entre la prenda de créditos y la prenda ordinaria, sino también la mayor eficacia probatoria asociada al documento público sobre el privado y, sobre todo, la relación tradicional entre créditos escriturarios

y preferencias y privilegios legales, ex art. 1922.2º CC y arts. 320 y 918 Ccom.

Sin embargo, no es esta la concepción finalmente acogida por nuestro ordenamiento una vez reconocida por primera vez la prenda de créditos, pues el art. 90.1, 6º LC 2003 ha recogido la postura que -aunque sin demasiada claridad- parece desprenderse de la doctrina sentada por el TS desde sus primeras resoluciones de abril y octubre de 1997 y que ha sido «aclarada» e intensamente defendida por el profesor PANTALEÓN<sup>27</sup>, en el sentido de considerar suficiente la constancia de la fecha cierta en documento privado (cfr. art. 1527 CC), invocando el principio general de libre valoración de las pruebas y argumentos de corte histórico-legislativo extraídos del tenor literal del art. 1774 I del Proyecto de Código Civil de 1851.

En concreto, el inciso final del art. 90.1, 6º LC dice, efectivamente (a los efectos de su inclusión como crédito con privilegio especial) que en casos de prenda de créditos, «...*bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados*», entendiéndose por tal, entonces, tanto documento público como documento privado.

Esta opción normativa ha sido fuertemente criticada por GARRIDO<sup>28</sup>, para quien: «*Resulta difícil justificar la existencia de garantías reales sin publicidad en la situación actual del Derecho comparado: se entiende, con buen criterio, que la preferencia que gana el titular de una garantía real tiene su contrapeso en la necesaria publicidad con la que se advierte a los demás acreedores de la existencia de la garantía (...)* La opción acogida por el Proyecto de Ley Concursal (mantenida finalmente en la Ley), y que responde a la desafortunada intervención en esta materia por parte del Tribunal Supremo, *instaura una garantía sobre uno de los activos más importantes en la actualidad, como los créditos, sin ninguna medida de publicidad*»; opción u orientación positiva que acaba calificando de «*trasnochada*».

Lo cierto es que nuestro legislador ha preferido ajustarse a la doctrina jurisprudencial, quizás pensando en facilitar y agilizar la constitución de garantías sobre créditos presentes y futuros, a la vista de su indudable relevancia actual en el mercado financiero. Sin embargo, lo habitual en el tráfico es constituir la prenda de créditos mediante instrumento público y, de hecho, así es recomendado desde la misma doctrina que defiende la suficiencia para ello del simple documento privado «*en atención a las dificultades que pudiera plantear la prueba de la fecha del contrato en eventuales litigios con terceros*»<sup>29</sup>.

24 Criterio introducido por la ambigua doctrina del TS con el que se muestran de acuerdo sustancialmente, GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, XXIII, EDERSA, Madrid, 1980, pgs. 413 y ss.; CRUZ MORENO, *La prenda de créditos*, RCDI, 1993, pg. 1298.

25 PANTALEÓN, *Cesión de créditos*, ADC, cit., pgs. 1059 y ss.

26 CARRASCO, *La prenda de créditos*, cit., pg. 875.

27 *Cesión de créditos*, ADC, cit., pgs. 1042 y ss.; también, *Prenda de créditos...*, cit., pg. 1463; en la misma línea se pronuncia, FINEZ RATÓN, *Garantías...*, cit., pgs. 195 y ss.

28 *La graduación de créditos*, cit., pg. 229.

29 Así lo reconoce el propio PANTALEÓN, *Prenda de créditos*, cit., pg. 1461.

Otra cuestión polémica anterior a la promulgación de la nueva Ley Concursal giraba en torno al carácter preferente de la prenda de créditos en situaciones de concurso de acreedores, negado rotundamente por algún sector doctrinal minoritario<sup>30</sup> amparándose en el principio de legalidad o tipicidad que preside todo el Derecho de las preferencias en nuestro ordenamiento como excepción al principio de la *par condicio creditorum* (cfr. arts. 4.2 y 1925 CC). Polémica que fue superada primero por el propio criterio jurisprudencial (SSTS de 19 de abril, 7 de octubre de 1997 y 13 de noviembre de 1999); después, también, por importantes argumentos de peso esgrimidos por la doctrina especializada, como la identidad causal entre la prenda de créditos y la prenda ordinaria (que habilitaría para una interpretación extensiva o analógica para incluir la primera en la preferencia reconocida en los arts. 1922.2º CC y 918 Ccom.)<sup>31</sup> o la especial situación de cotitularidad entre el acreedor pignoraticio y el constituyente de la prenda sobre el crédito pignorado (que habilitaría al cedente para privilegiar al cesionario limitado del crédito en garantía respecto a sus demás acreedores)<sup>32</sup>; y finalmente por el expreso reconocimiento o tipificación legal de la prenda de créditos como un crédito con privilegio especial (y por tanto con preferencia absoluta en el orden de prelación del concurso sobre los bienes del deudor común) en el ordinal 6º del art. 90.1 de la nueva Ley Concursal, que zanja definitivamente la cuestión.

Quedaría por dilucidar en sede concursal las consecuencias de una eventual cesión anticipada de créditos futuros en garantía cuando el cedente es declarado en concurso. Cuestión inexplicablemente ignorada por el legislador, pero resuelta por la doctrina en el sentido de que si antes de la fecha de apertura del concurso se hubiera celebrado ya el contrato origen del crédito en su día pignorado, dicho crédito ya habría nacido pignorado incluso aunque se generase como tal (cfr., determinación del riesgo que determina el derecho a la indemnización) tras la apertura formal del concurso («con base en la expectativa de pignoración ya transmitida cuando el cedente en garantía gozaba aún de la libre disposición de su patrimonio»), mientras que si, declarado el concurso, no se hubiese perfeccionado aún el contrato contemplado o previsto por las partes como el germen del crédito objeto de la cesión en garantía, no podría alegarse el derecho de prenda (y

consiguiendo la preferencia o privilegio especial) sobre el crédito frente al resto de los deudores comunes del cedente o pignorante en el concurso<sup>33</sup>. No obstante, la misma doctrina citada apunta la dificultad de admitir esta -aparentemente- eficaz solución sin una expresa previsión legislativa, partiendo del hecho de que la admisibilidad de la prenda de créditos futuros en tales términos perjudica al resto de los acreedores desconocedores de su existencia.

Por último, no conviene finalizar estas consideraciones sobre la prenda de créditos sin hacer una breve y extractada referencia a las complejas relaciones que, con motivo de la situación de concurrencia o cotitularidad nacida del contrato de prenda de créditos o cesión de créditos en garantía, surgen entre las partes involucradas en la prenda y entre éstas y el tercero deudor del crédito pignorado. Importan fundamentalmente la legitimación para cobrar el crédito pignorado y la apropiación definitiva de lo cobrado a efectos de la ejecución de la prenda. En ambos casos las soluciones barajadas por la doctrina se hacen depender del momento exacto del vencimiento del crédito garantizado y del crédito objeto de la garantía pignoraticia<sup>34</sup>.

Parece que el acreedor pignoraticio estaría legitimado para el ejercicio del *ius exigendi* sobre el crédito y para la apropiación definitiva para sí mismo de las cantidades correspondientes con obligación, en su caso, de devolución del excedente al constituyente de la prenda<sup>35</sup>. En estos casos parece evidente que la facultad de cobro del crédito se confunde plenamente con la ejecución de la prenda por parte del acreedor pignoraticio, sin que ello suponga una vulneración del pacto comisorio. De hecho esta solución es más real, coherente y racional para el caso concreto de la prenda de créditos (y para las exigencias del propio mercado financiero) que el procedimiento de venta pública previsto para la prenda ordinaria en el art. 1872 CC.; y además no puede decirse que viole la prohibición de pacto comisorio prevista en el art. 1859 CC ya que, por un lado, esa forma de ejecución de la prenda de créditos queda fuera de la finalidad propia de la norma (pensada para corregir el ejercicio del *ius distrahendi* del acreedor pignoraticio de cosas muebles en beneficio de los intereses del deudor constituyente de la prenda), y por otro lado, la prohibición del pacto comisorio no incluye la del llamado *pacto marciano*, por el cual se acuerda que en caso de incumplimiento del

30 Vid. por todos, GIL RODRÍGUEZ, *La prenda de derechos de crédito*, en NIETO CAROL y MUÑOZ CERVERA, *Tratado de las garantías en la contratación mercantil*, II, cit., pgs. 371 y ss.; también, GARRIDO J.Mª, *Tratado de las preferencias del crédito*, Civitas, Madrid, 2000, pgs. 315 y ss. y 351.

31 Vid. ARANDA, *La prenda de créditos...*, cit., pgs. 215 y ss.

32 Así, PANTALEÓN, *Prenda de créditos...*, cit., pg. 1461.

33 PANTALEÓN, *Prenda de créditos...*, cit., pg. 1462; también ALONSO LEDESMA, *Delimitación de la masa pasiva...*, cit., pgs. 372-373.

34 Vid. ampliamente, en PANTALEÓN, *Cesión de créditos*, ADC, cit., pgs. 201 y ss.; ARANDA, *La prenda de créditos*, cit., pgs. 126 y ss.; y CARRASCO, *La prenda de créditos*, cit., pgs. 885 y ss.

35 Cfr., STS de 26 de septiembre de 2002.



deudor la propiedad de la cosa (crédito) pasará al acreedor previa estimación justa a partir del incumplimiento y con el compromiso de devolución del excedente<sup>36</sup>.

La posibilidad de compensación cuando en el crédito pignorado o cedido en garantía es parte deudora el propio acreedor pignoraticio<sup>37</sup>, admitida con carácter general por doctrina y jurisprudencia, podría encontrar ahora un obstáculo notable con la prohibición de compensación de los créditos y deudas del concursado introducida en el art. 58 de la nueva Ley Concursal de 2003, aunque parece que este obstáculo podría salvarse atendiendo a la tesis

del TS de que esta operación antes que una compensación en sentido estricto responde más bien a la ejecución de una garantía (así, expresamente, STS de 19 de abril de 1997), independientemente de que las partes aparezcan relacionadas entre sí en operaciones distintas en las que intercambian los papeles de acreedor y deudor (depósito bancario y concesión de crédito por el banco depositario al cliente depositante) a las que se suma el convenio de cesión en garantía o pignoración de un crédito (el crédito del cliente a la restitución por el banco del *tantundem* de su depósito)<sup>38</sup>. 

36 PANTALEÓN, *Cesión de créditos*, ADC, cit., pg. 1046; FÍNEZ RATÓN, *Garantías...*, cit., pg. 51; ARANDA, *La prenda de créditos*, cit., pgs. 133-135.

37 *Cfr.* prendas sobre deuda propia, habituales en los casos de pignoración de saldos bancarios en los que figura como deudor obligado a la restitución del *tantundem* el mismo banco concedente de crédito y por tanto acreedor del pignorante, objeto de las SSTs de 19 de abril y 7 de octubre de 1997)

38 Vid. ALONSO LEDESMA, *Delimitación de la masa activa...*, cit., pg. 373.