

Prenda "de o sobre" créditos futuros y prenda "en garantía de" créditos futuros en la reforma de la Ley concursal

1.- El nuevo párrafo del art. 90.1.6

La Ley de Reforma de la Ley Concursal 22/2003 de 9 de Julio (la "Ley de Reforma") aprobada el 21 de Septiembre 2011 y que entrará en vigor el 1 de enero de 2012, ha introducido el siguiente párrafo en el art. 90.1.6.:

" Son créditos con privilegio especial:

6.- 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 de fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados. La prenda en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración de concurso, así como a los créditos nacidos después de la misma, cuando en virtud del art.68 se proceda a la rehabilitación o cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso."

La introducción de este nuevo párrafo, que ya está generando una considerable atención de la doctrina especializada pese a su juventud, con una redacción que por los antecedentes de su proceso legislativo parece claro que no estaba pensado para el supuesto que finalmente recoge y que no quería decir lo que finalmente dice, de mantenerse en el tenor literal actual es susceptible de generar unas consecuencias que pueden tener especial relevancia para las entidades financiadoras en cuanto a la consideración de ciertos créditos como privilegiados en caso de concurso de su deudor.

2.- ¿Cuáles son las consecuencias inmediatas de la Ley de Reforma, si la misma se mantiene en sus términos actuales?

Hasta hoy, la norma no establecía distinciones entre acreedores en virtud de créditos nacidos antes o después de la declaración de concurso. En ambos casos si cualquiera de ellos podía acreditar la existencia de un derecho de prenda ordinario debidamente constituido, con fecha fehaciente anterior al concurso, el acreedor no se veía afectado por las vicisitudes del concurso, tenía un crédito con privilegio especial y, por tanto, un derecho de ejecución separada sobre el activo pignorado.

De mantenerse el tenor literal de la norma comentada, este escenario cambiaría radicalmente para los acreedores de créditos futuros nacidos con posterioridad a la declaración de concurso. Estos sólo serían considerados acreedores con privilegio especial si (i) la prenda de la pretendieren beneficiarse estuviera inscrita en un registro público o (ii) su crédito hubiera sido rehabilitado en virtud del artículo 68 de la Ley Concursal.

Contenido

El nuevo párrafo del art. 90.1.6.

¿Cuáles son las consecuencias inmediatas de la Ley de Reforma, si la misma se mantiene en sus términos actuales

¿Quiénes serían los acreedores afectados?

Efectos colaterales de la polémica suscitada en torno a la nueva redacción del art. 90.1.6.

Conclusiones y recomendaciones prácticas

Para cualquier consulta sobre esta publicación, por favor, contacte con:

[Alberto Manzanares](#)

[José Guardo](#)

[Carlos Hernández-Canut](#)

[Pablo Bieger](#)

[José Manuel Cuenca](#)

Para contactar por email, por favor, utilice nombre.apellido@cliffordchance.com

Clifford Chance,
Paseo de la Castellana 110,
28046 Madrid, Spain
www.cliffordchance.com

Téngase en cuenta, que a los efectos del citado artículo 90.1.6 no se distingue respecto de los bienes o derechos sobre los que se constituye la prenda. Esto es, si soy un acreedor de un crédito nacido con posterioridad a la declaración de concurso, (y, por tanto, crédito "futuro", en la terminología de la norma) independientemente de sobre qué tipo de bien o derecho recaiga mi garantía, sólo tendré la consideración de acreedor privilegiado si mi garantía está inscrita en un registro público.

3.- ¿Quiénes serían los acreedores afectados?

No existe unanimidad en la doctrina respecto a cuándo se debe entender nacido un crédito, pero debemos advertir sobre el riesgo de que se consideren créditos nacidos con posterioridad a la declaración de concurso, entre otros:

- las obligaciones de pago resultantes de disposiciones de créditos realizadas con posterioridad a la declaración de concurso.
- las obligaciones de pago dimanantes de derivados financieros que se devengaran con posterioridad a la declaración de concurso aún cuando el contrato del que trajeran causa se hubiera suscrito con anterioridad a la declaración de concurso.

4.- Efectos colaterales de la polémica suscitada en torno a la nueva redacción del art.90.1.6.

Además de advertir de las potenciales consecuencias de la aplicación del artículo 90.1.6 en su tenor literal tras la reforma, no queremos dejar de comentar algún potencial escenario alternativo que podría implementarse de encontrar eco en el legislador las críticas que está mereciendo el artículo 90.1.6 en su tenor literal.

Una parte relevante de la doctrina especializada, y asimismo alguna agencia de "rating", está criticando el tenor literal de la modificación del artículo 90.1.6 por cuanto a su juicio el legislador ha confundido de forma lamentable la prenda "en garantía" de créditos futuros por la "prenda sobre créditos futuros".

La posición expresada por esta doctrina consistiría en que lo que la regla del artículo 90.1.6. habría querido decir es que cuando se garantizan obligaciones (presentes o futuras) mediante prenda sobre derechos de crédito futuros, la prenda sólo otorgaría privilegio especial sobre ese derecho de crédito al acreedor pignoraticio si el derecho de crédito hubiera nacido en fecha anterior al concurso, o si, habiendo nacido después del concurso, el crédito del acreedor pignoraticio hubiera sido rehabilitado ex art. 68 Ley Concursal o si la prenda sobre créditos futuros estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la fecha de declaración del concurso.

Sin entrar a comentar los pros y contras de esta interpretación (o casi mejor llamarla tendencia, puesto que lo que propugna es la modificación del tenor literal de la norma, ya que la interpretación en su tenor literal ofrece poca duda), los efectos de esta modificación, de prosperar, serían los siguientes:

En cualquier financiación bancaria estructurada, en el ámbito de los bienes muebles o derechos sobre los que habitualmente constituimos garantías podemos distinguir:

- activos existentes: acciones, participaciones sociales, derechos de crédito presentes (por ejemplo pagos aplazados por prestaciones ya realizadas), etc.
- activos futuros ¹(típicamente derechos de crédito) : derechos de crédito derivados de un Share Purchase Agreement, derechos de crédito derivados de pólizas de seguro, derechos de crédito derivados de contratos materiales, derechos de crédito derivados de cuentas corrientes, derechos de crédito derivados de la responsabilidad patrimonial de la Administración, a título de ejemplo.

Caso de que las tesis comentadas hallasen eco en el legislador, las consecuencias de la "aclaración" a la reforma del artículo 90.1.6 serían que para poder asegurar la constitución de una garantía pignoraticia sobre cualquiera de los derechos de crédito que pudieran considerarse como futuros y que fuera resistente al concurso del deudor, la citada garantía debería inscribirse en un registro público (esto es, en el Registro de Bienes Muebles, como permite el art. 54-3 de la Ley sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento según la reforma de de la Ley del Mercado Hipotecario de 7 Diciembre 2007).

¹ Recuérdese que, como hemos comentado, no existe unanimidad en la doctrina respecto de la consideración del crédito como futuro o existente, por lo que esta lista ejemplificativa no debe considerarse sujeta a revisión en función de las circunstancias de la obligación en particular.

5.- Conclusiones y recomendaciones prácticas

En tanto en cuanto se mantenga el tenor literal del artículo 90.1.6, tal y como el mismo ha sido objeto de publicación en el BOE, los créditos considerados futuros sólo se considerarán privilegiados en relación con una garantía pignoratícia ordinaria cuando la misma conste inscrita en un registro público con fecha anterior a la declaración de concurso.

En este sentido recomendamos analizar las operaciones suscritas que incluyan derivados financieros o líneas de liquidez y que se considere la posibilidad de revisar el paquete de garantías a fin de evitar que en caso de concurso del deudor dichos créditos pierdan la consideración de créditos privilegiados.

Asimismo y aún cuando se trate de un escenario hipotético a fecha de hoy, teniendo en cuenta lo comentado en el punto 4 anterior, cabría igualmente analizar el portfolio de operaciones para identificar en cuáles de ellas el "grueso" del paquete de garantías recae sobre derechos de crédito que pudieran considerarse como futuros, a fin de considerar la conveniencia y/o oportunidad de inscribir las prendas constituidas sobre los mismos.

Una última nota: los derechos de prenda constituidos al amparo de lo previsto en el art. 15-4 del RD 5/2005 no deberían verse afectados por la nueva regulación de la Ley de Reforma, en la medida en que el art. 15-4 les ofrece una especial protección frente al concurso.

This Client briefing does not necessarily deal with every important topic or cover every aspect of the topics with which it deals. It is not designed to provide legal or other advice.

www.cliffordchance.com
