

Roj: **SJM M 4/2011 - ECLI: ES:JMM:2011:4**Id Cendoj: **28079470062011100001**Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**Sede: **Madrid**Sección: **6**Fecha: **10/01/2011**Nº de Recurso: **1070/2009**

Nº de Resolución:

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**Ponente: **FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTIN**Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL

NÚMERO SEIS

MADRID

SENTENCIA Nº .

En la villa de Madrid, a DIEZ DE ENERO DE DOS MIL ONCE.

Vistos por el SR. DON FRANCISCO JAVIER VAQUER MARTÍN, Magistrado-Juez Titular del Juzgado de lo Mercantil nº 6 de esta localidad y su partido judicial, los presentes autos de INCIDENTE CONCURSAL seguido en este Juzgado con el Nº 1070/09; seguidos a instancia de la mercantil concursada FERCABER CONSTRUCCIONES, S.A.U., representada por el Procurador Sr. Bordallo Huidobro y asistida del Letrado D. Letrado D. Valentín Rodríguez Gómez; contra la mercantil CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID (CAJA MADRID), representada por el Procurador Sr. Abajo Abril y asistida del Letrado D. León Barriola; así como contra la ADMINISTRACION CONCURSAL de la citada deudora, declarada en concurso en proceso concursal nº 253/09 de este Juzgado, representada por el Letrado Administrador concursal D. Felicísimo ; sobre impugnación de informe de administración; y,

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El expresado demandante formuló demanda de fecha 3.11.2009 que fue turnada a este Juzgado contra los ya citados demandados, por los cauces del incidente concursal, interesando en el suplico se tuviera por impugnado el informe de la administración concursal en lo relativo a la calificación reconocido a la entidad bancaria demandada, solicitando: 1.- que el privilegio especial reconocido por la Administración concursal a favor de la entidad "Caja Madrid" derivados de la cesión de los derechos de arrendamiento de FERCABER frente al IVIMA no existe, manteniéndose su privilegio especial respecto a la garantía hipotecaria del préstamo objeto del presente procedimiento; y 2.- para el supuesto de que sea estimada la declaración solicitada en el apartado anterior, y se haya procedido por parte de la entidad bancaria demandada a la retención de las rentas derivadas de los contratos de arrendamiento suscritos con el IVIMA, se requiera a la misma para que proceda a devolver a la concursada todas las cantidades así percibidas desde la fecha de la declaración concursal; alegando los hechos y fundamentos de derecho que constan en las actuaciones, así como los documentos unidos a la demanda.

SEGUNDO.- Por Providencia de fecha 10.2.2010 fue admitida a trámite la demanda formulada, acordándose de conformidad con el art. 184.4 de la Ley Concursal el traslado de la demanda a las partes demandadas y ya personadas como parte en la pieza 1ª; haciendo las advertencias legales.

TERCERO.- Por escrito de fecha 12.3.2010 del Procurador Sr. Abajo Abril en representación de "Caja Madrid" se contestó a la demanda en el sentido de oponerse a la misma e interesar su íntegra desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.



Del mismo modo por escrito de 9.3.2010 del Procurador Sr. De Grado Viejo en representación de la Administración concursal se contestó a la demanda formulada en el sentido de oponerse a la misma e interesar su desestimación en base a los hechos y alegaciones que constan en su escrito, acompañando la documental unida.

CUARTO.- Admitidas a trámite las contestaciones, por Providencia de fecha 2.12.2010, de conformidad con el Art. 194 de la Ley Concursal, en redacción recibida por Real Decreto-Ley 3/2009, se acordó la resolución del presente procedimiento sin necesidad de vista, quedando los autos para resolver, que devino firme.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Jurisdicción, competencia y procedimiento.

La competencia objetiva y territorial para conocer de la presente causa corresponde a este Juzgado, según lo dispuesto en el Art. 8 de la Ley Concursal; debiendo tramitarse por los cauces del incidente concursal, de conformidad con lo dispuesto en el Art. 192 y 194 de la Ley Concursal.

SEGUNDO.- Alcance de la impugnación del art. 96 L.Co.

A.- Regulación legal.

Para la fijación del alcance y extensión del cauce de impugnación regulado en el Art. 96 L.Co., al que responde la demanda incidental de la concursada/demandante, debe partirse de la lectura concordada de los arts. 96 y 75 de la L.Co., de cuya simple relectura resulta que el informe de la Administración concursal tiene un ámbito mucho más amplio y de diversa naturaleza que la escueta vía de la impugnación de inventario y relación de acreedores diseñada por la Ley Concursal.

En efecto, los antecedentes legislativos del art. 96 L.Co. se encuentran en los arts. 1274 y 1275 de la L.E.Civil de 1881 - para quiebras y concurso de acreedores- y en el Art.11 de la Ley de Suspensión de Pagos -para tal proceso universal-, en virtud de los cuales se autorizaba a los sujetos afectados por la falta de reconocimiento o por un reconocimiento inferior al reclamado, así como por una graduación incorrecta, a impugnar dichos acuerdos de Junta o judiciales. Resulta de ello que, tanto por vía de antecedentes legislativos, como por la propia dicción del Art. 96 L.Co., del extenso contenido necesario y contingente del informe de la Administración concursal, sólo será impugnabile la conformación del inventario y la lista de acreedores, con el contenido y alcance señalado legalmente.

Del mismo modo debe significarse que no todo el contenido del informe de la Administración concursal a que se refiere el Art. 75 L.Co. tiene el mismo alcance y naturaleza; de tal modo que mientras las determinaciones de las masas activa y pasiva (dicho precepto está ubicado en el Título IV de la Ley, dedicada a "...la determinación de las masas activas y pasivas del concurso...") tiene un contenido sustantivo, en cuanto fija de modo definitivo -sin perjuicio de su impugnación- tales masas, lo que permitirá la continuación del proceso concursal por cualquiera de sus cauces -convenio o liquidación-, resulta que el resto del informe y sus anexos tiene un carácter informativo para el Juez del concurso, partes procesales y demás interesados, al contener opiniones, valoraciones, juicios, apreciaciones o estimaciones subjetivas de los Administradores concursales, con las que se podrá estar o no de acuerdo e incluso impugnar en otros incidentes, pero ajenas al ámbito de impugnación diseñado en el Art. 96 L.Co. para las masas activa y pasiva.

Por todo ello, debe concluirse, que el incidente concursal a que se refiere el citado Art. 96 L.Co. debe limitarse en sus motivos -como es general a todos los medios de impugnación y de restrictiva interpretación- a los siguientes: 1.- la impugnación del inventario elaborado por la Administración concursal de conformidad con los Art. 82 y 83 de la L.Co, tanto por la inclusión o exclusión indebida de alguno de sus elementos, como por la incorrecta valoración de alguno de aquellos, en cuanto por algún interesado se pretensione su modificación; y 2.- la impugnación de la lista de acreedores en la triple vertiente de (i) la inclusión o exclusión de acreedores de los Art. 85 a 87 L.Co., de (ii) la cuantía de los mismos de conformidad con los Art. 84 y 88 L.Co., así como de (iii) la clasificación de los créditos de los Art. 89 y ss de la L.Co.; quedando excluido de tal incidente cuestiones ajenas a las indicadas.

B.- Extralimitación de la demanda concursal.

Siendo ello así, resulta de la lectura de la demanda incidental formulada por la concursada/demandante, que la misma viene a extralimitarse en el ámbito de impugnación antes definido, de tal modo que mientras el primero de sus pedimentos (alteración de la calificación atribuida en informe provisional a uno de los derechos crediticios de la codemandada) encuentra encaje en el art. 96 L.Co., la condena a la restitución derivada de la ineficacia negocial aparece ajena a dicho cauce impugnatorio; siendo que si la concursada pretendía la restitución de aquellas cantidades indebidamente recibidas por la codemandada, debió solicitar e instar por



éste cauce procesal su inclusión en el inventario como deuda de "Caja Madrid" a favor de la concursada; cosa que no hace, limitándose a pedir su restitución.

TERCERO.- Planteamiento de la cuestión litigiosa.

A.- Hechos incontrovertidos.

Son hechos admitidos por las partes y así resultan de los documentos acompañados a la demanda y contestaciones:

1.- que por escritura pública de 7.4.2005 el IVIMA constituyó sobre la parcelas resultantes 5.13.A y 5.13.D de la unidad de ejecución nº 5 del plan parcial UZP 1.03 del Ensanche de Vallecas (Madrid), un derecho de superficie con una duración de 20 años desde su inscripción en el Registro de la Propiedad, que cedió a cambio de precio a FCC; estableciéndose como estipulaciones esenciales la obligación del superficiario de construir sobre dichos terrenos y a su costa 78 viviendas, locales y 80 garajes, para su cesión en arrendamiento a favor del concedente del derecho de superficie hasta la expiración de éste, momento en el cual la propiedad de todo lo edificado sobre dichos terrenos revertiría a favor del titular del suelo, sin contraprestación alguna; fijando mediante anexos las condiciones externas e internas de la edificación, viviendas y garajes; señalando la estipulación 3ª, a los efectos que nos ocupan, que "...el derecho de superficie es un derecho real transmisible y susceptible de gravamen con las limitaciones establecidas en el pliego de condiciones y en el título constitutivo. La enajenación, cesión o transmisión por cualquier título del derecho de superficie objeto de este contrato requerirá la previa autorización expresa del IVIMA..."; señalando el Pliego de condiciones (unido como anexo a la escritura) en su condición 26ª, apartado 6, al regular las condiciones del citado contrato de arrendamiento, que "...la transmisión de los créditos derivados del contrato requerirá la previa autorización del IVIMA...";

2.- que realizada la edificación, por escritura de 30.10.2007 la mercantil FCC cedió y vendió el derecho superficiario a la concursada, con todos los derechos y obligaciones inherentes al mismo, constando el consentimiento del "Ivima" a dicha cesión mediante Resolución 916/SG/2007 de 9.8.2007;

3.- por escritura de igual fecha y para la financiación por la concursada de la edificación adquirida y obligaciones asumidas por el contrato ya referido, formalizó con "Caja Madrid" contrato de préstamo con garantía hipotecaria, en los términos y condiciones que constan en autos; estableciéndose en dicha escritura de préstamo, junto a otras garantías, la constitución de un derecho real de prenda, señalando que "...el prestatario atenderá los pagos del préstamo con cualquiera de sus recursos, pero de manera especial con el importe de las rentas así como con cualesquiera cantidades o derechos de crédito que a su favor existan como consecuencia del contrato de arrendamiento que tiene que suscribir con el "Ivima" en los términos de los documentos referidos en el expositivo de esta escritura...", y añade que con tal fin "...cede y constituye derecho real de prenda a favor de La Caja, que acepta, en garantía de la presente operación y con el fin de atender el cumplimiento de todas las obligaciones que para los mismos se deriven de la misma y, muy especialmente el pago incluso anticipado de las cuotas de amortización del préstamo...", dotando a dicha cesión en prenda de un carácter irrevocable; para señalar, además, que "...en este mismo acto se me entrega a mí, el notario, carta que uno a la presente, en la que el "Ivima" ha autorizado la cesión de las rentas que en la presente se pacta la prenda a su favor de la cuenta de "La Caja" que en este momento se constituye y la cuenta de domiciliación de los derechos de crédito...", articulando un sistema de compensación entre las rentas ingresadas en dicha cuenta y las amortizaciones parciales y periódicas del préstamo hipotecario, facultando para ello a la entidad crediticia.

y 4.- por contrato de 1.2.2008 el "Ivima" y la concursada formalizaron contrato de arrendamiento sobre las viviendas, locales y plazas de garaje edificados, fijando una renta anual a abonar por el "Ivima" a favor de la concursada, revisable anualmente.

B.- Hechos controvertidos y posición de las partes.

Si tales son los hechos incontrovertidos, la cuestión a resolver, estrictamente jurídica, es doble.

Una primera, es si las partes ostentaban capacidad para la cesión de los derechos de crédito futuros como garantía del préstamo al promotor formalizado en escritura de 30.11.2007 (doc. nº 2 de la demanda), sosteniendo la concursada que precisando tal cesión el consentimiento expreso y previo del deudor cedido (Ivima) éste consentimiento resulta inexistente, lo que vicia de ineficacia por inexistencia [así lo pide en el suplico de su demanda] a dicha cesión; a lo que se oponen los demandados, sosteniendo la inexigibilidad de tal consentimiento expreso, así como el conocimiento y conformidad del deudor cedido, entre otros motivos.

Una segunda es si tal cesión de crédito infringe norma imperativa prohibitiva, que concreta en la D.A. 13ª de la Ley 1/1999, de 5 de enero, reguladora de las entidades de capital-riesgo y de sus sociedades gestoras; lo que sostiene la demandante y niegan las demandadas.



CUARTO.- Nulidad de pleno derecho de la cesión impugnada.

A.- Con invocación de la Ley 1/1999, por la que se regula las instituciones de capital-riesgo y sus sociedades gestoras, alega la demandante que excluida la cesión de créditos de las entidades públicas en virtud de la Disposición Adicional 3ª de la citada Ley, no resultan de aplicación las restricciones a las acciones de nulidad (art. 878 C.Co .) y de reintegración (art. 71 L.Co.), lo que hace rescindible aquella.

A ello se oponen las demandadas.

B.- Tal alegación pretensión debe ser desestimada. De la lectura de la Exposición de Motivos de la citada Ley 1/1999 resulta que la misma tiene por finalidad la regulación de aquella actividad financiera tendente a la aportación de capital a sociedades en dificultades para la obtención de dicha financiación por los cauces ordinarios, tanto a medio o largo plazo, pero sin vocación de permanencia en su capital, adicionando la ley una Disposición adicional "...que, sin estar estrictamente relacionada con el capital-riesgo, persigue potenciar y favorecer la actividad financiera conocida como «factoring». Con la presente disposición se refuerza especialmente la protección de determinadas cesiones de crédito frente a la insolvencia del cedente...".

De tal redacción, así como del propio texto de la Disposición Adicional 3ª, resulta que lo pretendido por la misma no es prohibir o excluir del comercio de la cesión de créditos aquellos cuyo deudor sea una Administración pública, sino señalar las circunstancias que deben rodear la cesión con causa credendi (excluyendo de su ámbito de aplicación la solvendi causa y la solutio causa) para que resulte indemne a las antiguas acciones de nulidad (art. 878 C.Com ; ya derogado), como lo acredita la referencia del precepto a la asunción o no por el cesionario de la insolvencia del deudor cedido, lo que remite a factoring con recurso y al factoring propio o sin recurso.

Si ello es así, resulta en la presente causa que la pignoración de créditos pactada en escritura de 30.10.2007 va dirigida a garantizar los pagos y amortizaciones nacidas de la escritura de constitución del préstamo hipotecario de igual fecha, mediante la pignoración y cesión de unos derechos de crédito a entidad financiera titular del crédito hipotecario; lo que excluye toda actividad de financiación o descuento con gestión de cobros en la finalidad negocial perseguida y remite necesariamente a la cesión crediticia en prenda o en garantía de pagos futuros, con la consiguiente inaplicación de la Disposición Adicional 3ª [sea en su anterior y actual redacción dada por Ley 30/2007] a dicha cesión.

C.- Pero es más, el demandante en su argumentación pretende unir causalmente la cesión crediticia impugnada con la pactada cesión crediticia dispuesta en la escritura de constitución del derecho de superficie de 7.4.2005, obviando el dato esencial de que dicha cesión no llegó a materializarse hasta pasados varios años y mediante escritura de 30.10.2007 proceder a constituir préstamo hipotecario por importe de 4.400.800.-€ (luego novado modificativamente mediante escritura de 12.3.2008), siendo éstos préstamos los fijados como objeto de garantía en la cesión en prenda crediticia, de lo que resulta la falta de vínculo causal entre la adquisición del derecho de superficie y el préstamo hipotecario al promotor de 30.10.2007;

D.- Aún más, la Ley concursal -cuya entrada en vigor se produjo el 1.9.2004 [Disposición final 35ª]- derogó el art. 878.2 L .Co., de lo que resulta que la referencia de la Disposición adicional 3ª de la Ley 1/1999 a dicho precepto al tiempo de la cesión en prenda crediticia de 30.10.2007 no puede entenderse como dirigida a una ineficacia negocial por causa de nulidad [en cuanto mecanismo dirigido a proteger la masa activa mediante las oportunas acciones de retroacción] ya derogado, sino que debe reconducirse a los cauces de la reintegración [institución que difiere de la retroacción en su finalidad, fundamentos y efectos] de los arts. 71 y ss L.Co; de tal modo que no acreditado por la demandante perjuicio alguno para la masa o lesión a la "pars conditio", debe desestimarse la ineficacia negocial invocada.

QUINTO.- Falta de capacidad de la cesión de créditos impugnada.

A.- Alega la demandante [-quien se aquieta al reconocimiento e inclusión, así como calificación del crédito con garantía hipotecaria de la escritura de 30.10.2007 y novado mediante escritura de 12.3.2008-], que siendo necesario el consentimiento expreso y previo del deudor cedido (IVIMA) para la cesión por el superficiario/ arrendador de los derechos de crédito derivados del derecho de superficie y del contrato de arrendamiento, tal consentimiento, exigido por la escritura de 7.4.2005 [constitución del derecho de superficie] no existe, lo que determina la nulidad de la cesión de tales créditos mediante escritura de 30.10.2007; debiendo reintegrarse a la masa todo lo percibido.

B.- Tal alegación debe ser desestimada. Tal como se expuso en el relato de hechos indiscutidos, la escritura de 7.4.2005 y el pliego de condiciones administrativas anexo al mismo requieren "...previa autorización...", pero no imponen -como sostiene el demandante- ni el carácter previo de la misma ni su carácter expreso.



C.- Pero aún más, si los contratos y declaraciones de voluntad de las partes contratantes, deben interpretarse atendiendo tanto a los actos anteriores como a los coetáneos y posteriores, resulta que desde la cesión impugnada tanto el cedente, como el cesionario y el deudor cedido consintieron, toleraron y ejecutaron tal cesión crediticia en garantía de un pago; por lo que mal puede la parte actora alzarse contra una cesión en garantía por ella consentida, tolerada y conocida; debiendo recordarse que es doctrina reiterada, recogida -entre otras muchas- por Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 13ª, de 31.3.2009 [JUR 2009/384125] que "...En esta línea, es doctrina reiterada (Sentencias del Tribunal Supremo de 18 de Enero de 1990 (RJ 1990\34) , 5 de Marzo de 1991 (RJ 1991\1718) , 4 de Junio de 1992 (RJ 1992\4999) , 12 de Abril de 1993 (RJ 1993\2995) , y 30 de Mayo de 1995 (RJ 1995\4205)) que son actos propios los caracterizados por una clara, expresa, y concluyente manifestación de voluntad encaminada a crear, modificar o extinguir algún derecho, siendo el propio acto revelador de la voluntad expresa del autor o de la voluntad tácita deducible de los actos inequívocos realizados. Y los actos propios para vincular a su autor, han de ser inequívocos y definitivos, en el sentido de crear, establecer y fijar una determinada situación jurídica, causando estado (Sentencias del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1995 (RJ 1995\291) , 30 de septiembre de 1996 (RJ 1996\6821) , y 20 de junio de 2002 (RJ 2002\5828))..."; y tal alcance presenta su expresa solicitud del demandante al deudor cedido para que ingresara las rentas de modo irrevocable en una cuenta de su titularidad en la entidad codemandada, para la garantizar así la existencia de numerario bastante para el cobro de las amortizaciones parciales del crédito hipotecario de 30.10.2007.

SEXTO.- Falta de constancia registral del derecho real de prenda -art. 54 LHM y PSD-.

A.- Intimamente unido a lo anterior, alega el demandante la nulidad de la prenda de créditos invocando la falta de inscripción registral, sosteniendo -con invocación del art. 54 LHM y PSD- que siendo derecho real de constitución registral, ésta no ha existido.

B.- Para resolver tal cuestión debe señalarse, primeramente, la contradicción en que incurre el demandante, pues sosteniendo de un lado la existencia de cesión crediticia en garantía del pago del préstamo hipotecario, alega e invoca por otro la falta de desplazamiento posesorio para hacer aplicable el art. 54 LHM y PSD. Ello exige determinar si nos encontramos ante una prenda ordinaria o ante una prenda sin desplazamiento posesorio.

C.- De la lectura de las cláusulas de las escrituras de préstamo hipotecario resulta que como adición a las restantes garantías pactadas (reales y personales), las partes acuerdan la constitución de un derecho real de prenda sobre los derechos de crédito derivados de las rentas derivadas de los contratos de arrendamiento a abonar por el "Ivima" a favor de la concursada/demandante; de tal modo que estipulan que dichas rentas de abonen en cuenta de la demandante de la entidad bancaria demandada, de modo irrevocable y hasta la extinción del préstamo garantizado; autorizándose igualmente a realizar las operaciones de cargo y de abono precisas para el pago de las amortizaciones del préstamo, quedando a disposición de la demandante/concursada los saldos no compensados con las deudas derivadas del préstamo hipotecario; comunicando tal derecho de prenda al deudor arrendatario, su carácter irrevocable y la identidad del acreedor prendario y el origen de la deuda garantizada.

D.- Si ello es así, debe concluirse que nos encontramos ante una verdadera prenda con desplazamiento posesorio, útil y frecuente en el ámbito de la contratación bancaria. En efecto, la comunicación al deudor arrendatario de la cesión crediticia y la indisponibilidad del acreedor sobre tal derecho, todo ello con el carácter de irrevocabilidad, hace que el valor económico que es objeto de la titularidad crediticia pignorada se desplace del patrimonio del cedente al acreedor prendario; de tal modo que dicha transmisión irrevocable e indisponibilidad funciona de modo semejante a la transmisión posesoria en supuestos de prenda sobre bienes muebles materiales susceptibles de posesión.

Por ello, con independencia de la fecha de la constitución de la prenda [-en todo caso, anteriores a la Ley 41/2007, modificativa del art. 54 LMH y PSD-] resulta en el presente supuesto que nos encontramos ante una prenda regular sobre bien inmaterial, con desplazamiento posesorio, entendiéndose por tal la plena cesión irrevocable del contenido patrimonial de los créditos pignorados [-pues ello otorga al acreedor pignoratario el derecho de retención propio de tal figura, así como las facultades de realización de valor y conservación de los bienes cedidos hasta la extinción de la obligación garantizada-]; y ello comunicado, consentido y autorizado por el deudor cedido en garantía de una deuda del acreedor cedente.

Ello hace inaplicable al presente caso la normativa de la prenda sin desplazamiento, aplicable a aquellos supuestos en que la prenda crediticia no comporta la transmisión o cesión crediticia, ésta es revocable o no consta el consentimiento del deudor crediticio; ausencia de desplazamiento posesorio que hace exigible -para su eficacia frente a terceros- la publicidad constitutiva registral; publicidad constitutiva inexigible en supuestos



de desplazamiento posesorio, bastando, tal como exige el art. 1865 C.Civil y art. 90.1.6ª L.Co., junto a tal desplazamiento la constancia fehaciente de la fecha de su constitución .

E.- Por todo ello, constando en escritura pública la cesión crediticia en los términos señalados, de modo previo a la declaración concursal, resulta válida y eficaz la garantía prendaria; sin que impida tal conclusión la existencia de un pacto adicional de compensación entre el crédito cedido y la deuda garantizada; señalando en tal sentido la Sentencia del Tribunal Supremo, Sala 1ª, de 25.6.2001 [RJ 2001/5080] que "... esta Sala en Sentencias de 19 de abril (RJ 1997\3429) y de 7 de octubre de 1997 (RJ 1997\7101) ha tenido ocasión de reconsiderar el tema, estableciendo una doctrina que puede resumirse así: A) Ciertamente no es posible proceder a la pignoración del dinero cuya propiedad se entrega a los Bancos a través de operaciones de depósito irregular, pues las cantidades objeto de las mismas se confunden en el patrimonio de dichas entidades, las cuales quedan únicamente obligadas a restituir el «tantundem». B) Sin embargo, las imposiciones bancarias a plazo originan un crédito a favor del imponente que posee un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda, pues éste no puede circunscribirse a las cosas materiales, a través de una interpretación rigurosamente literal del artículo 1864 del Código Civil , que estaría en contradicción con el artículo 1868 que admite la prenda que produce intereses. C) Cabe, pues, que el depositante pignore su derecho de crédito a la restitución, en garantía de una obligación que mantiene o que contrae con la entidad bancaria. D) El que exista, como contenido de dicha pignoración un pacto de compensabilidad es algo añadido que viene a evitar el sistema de ejecución de la prenda previsto en el artículo 1872 del Código Civil . Esta compensación entre el derecho de crédito del deudor pignorante y lo que éste adeuda al Banco, no infringe la prohibición que respecto al pacto comisorio contiene el artículo 1859, ya que no puede producirse perjuicio alguno ni para el deudor ni para terceros, pues la entidad financiera no va a obtener ni nada más ni nada menos que la cantidad objeto de la imposición..." .

SEPTIMO.- Calificación del préstamo con garantía hipotecaria de 30.10.2007 y novado por escritura de 12.3.2008.

A.- Finalmente, aunque sin cita expresa del carácter ordinario de los créditos reconocidos a la entidad codemandada como derivados de escritura de préstamo con garantía hipotecaria, viene a sostener la demandante que no existiendo cesión crediticia válida, los pagos realizados con posterioridad a la declaración concursal deben ser restituidos a la masa activa.

B.- Tal pretensión debe ser desestimada, pues siendo válida la cesión crediticia de 30.10.2007, los pagos realizados por la misma no resultan ineficaces; pero sí deben aceptarse algunas de las consecuencias jurídicas implícitamente invocadas por la demandante.

En efecto, de la lectura de las citadas escrituras resulta que la cesión crediticia articulada por las partes debe calificarse como prenda de créditos. En tal sentido señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Barcelona de 30.9.2008 [JUR 2009/184954] que "...Debe recordarse, a estos efectos, que la prenda de créditos no ha obtenido reconocimiento legal hasta la vigente Ley Concursal (RCL 2003\1748) (artículo 90. 1º, apartado sexto) . El Tribunal Supremo, por su parte, en una primera línea doctrinal (sentencias de 27 de diciembre de 1985 [RJ 1985\6654] y 18 de julio de 1989 [RJ 1989\5713]) únicamente admitía las prenda sobre cosas muebles o derechos incorporados a títulos valores, rechazando la prenda sobre derechos de crédito por no ser susceptibles de posesión, infringiendo así la premisa básica del derecho real y de los contratos de prenda configurado en el Código Civil (LEG 1889\27) (artículos 1863 y 1864) . La doctrina jurisprudencial, sin embargo, cambia a partir de las sentencias de 19 de abril (RJ 1997\3429) y 7 de octubre de 1997 (RJ 1997\7101) , que reconoce la prenda de créditos como una subespecie de la prenda de derechos, por la que al acreedor pignoraticio se le transmite el poder de realización del derecho. Dicha doctrina ha sido corroborada por las sentencias de 25 de junio de 2001 (RJ 2001\5080) , 10 de marzo de 2004 (RJ 2004\1821) y 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002\7873) . Esta última expresamente señala que «sólo manteniendo que no hay posibilidad jurídica de afectar créditos en garantía del pago de deudas puede sostenerse esta ratio decidendi de la sentencia, pero esta tesis no es aceptable porque el crédito a la restitución es un valor del patrimonio del imponente, que le debe servir para garantizar las deudas que contraiga. La imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el Banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda. Dicho derecho no puede circunscribirse a las cosas materiales por una interpretación literal del art. 1864 CC (LEG 1889\27) , que estaría en contradicción con el art. 1868 CC , el cual admite la prenda que "produce intereses", lo que obviamente sucede con el crédito. La pignoración del mismo obliga a cumplir el requisito de la desposesión del titular que lo pignora mediante la notificación al deudor del cambio en la titularidad efectuado (art. 1527) para que quede vinculado con el nuevo acreedor, que ostentará aquella titularidad en garantía de la deuda que el pignorante tiene contraída con él o pueda contraer en el futuro. Una vez cobrado por el acreedor pignoraticio 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».

Del mismo modo señala la Sentencia del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Murcia, de 2.2.2009 [AC 20092052] que "...Ha sido la doctrina la que ha ido efectuando la construcción jurídica de la prenda de créditos, habiendo defendido distintas posiciones que pueden resumirse de la siguiente manera: a) Prenda de créditos como garantía atípica, sin privilegio del artículo 1922.2º del Código Civil . b) Prenda de créditos sometida al régimen de la prenda ordinaria, sustituyendo el desplazamiento posesorio por la notificación al deudor cedido como requisito constitutivo de la prenda, a la que sí sería aplicable el artículo 1922.2 del Código Civil . c) Prenda de créditos como cesión en garantía, de manera que se entregan al acreedor pignoraticio las facultades de crédito específicas para cumplir dicha finalidad de garantía (aplicándose por analogía los artículos 1526 y 1527 del Código Civil), no siendo necesaria la notificación al deudor para constituir la prenda. Por su parte, el Tribunal Supremo, inicialmente había mantenido la posible pignoración de saldos de depósitos bancarios, sin reconocer ningún privilegio al acreedor pignoraticio frente a los demás acreedores del constituyente de la prenda. Sin embargo, con posterioridad se ha venido consolidando una jurisprudencia en la que el Tribunal Supremo, por un lado, rechaza la equiparación entre la prenda ordinaria de cosas y la prenda de créditos, y por otro lado, entiende que a efectos de su oponibilidad a terceros, de modo especial los acreedores del pignorante, no es necesario que la prenda conste en documento público, ni que se notifique al deudor..."

C.- Atendiendo a tal doctrina resulta que en la presente causa no nos encontramos ante una cesión crediticia pura -sea "pro solvendo" o "pro soluto"-, sino ante una cesión de créditos con finalidad de garantía, que se acumula y adiciona a la real derivada de la hipoteca, tendente a asegurar el cumplimiento de las obligaciones nacidas del contrato de préstamo mediante la atribución al acreedor prendario del poder jurídico o facultad de cobrarse del importe del crédito cedido en garantía. Y si ello es así, tal cobro supone la ejecución y plasmación de una garantía que permite el pago y extinción de crédito concursal del art. 61.1 L.Co titularidad del cesionario, con vulneración de las normas del pago dispuestas en los arts. 57 y 155 L.Co., así como a las fases procedimentales señaladas en los arts. 148 y ss L.Co. .

En efecto, si lo que nos ocupa es el préstamo con garantía hipotecaria de 30.10.2007, al que se acumuló una prenda de créditos de la concursada frente al IVIMA a favor de la entidad codemandada, articulando la misma mediante un ingreso irrevocable en una cuenta titularidad de la concursada en la entidad codemandada [en la cual se hacían los cargos oportunos de modo periódico], resulta que los créditos titularidad de la entidad codemandada por el impago de aquel préstamo debe calificarse de crédito concursal por imperativo del art. 61.1 L.Co, con la calificación de crédito con dos privilegios especiales, uno real hipotecario del art. 90.1.1ª L.Co. y otro real prendario del art. 90.1.6ª L.Co., de tal modo que el pago de los mismos mediante la ejecución de alguna de tales garantías [-a lo que tiene pleno derecho, hasta donde alcance la garantía, pero en el momento procesal oportuno] supone pago de crédito concursal con activo concursal anterior a la fase de convenio o a la fase de liquidación.

Dicho de otro modo, 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/acreedor 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 [-debiendo recordarse que los mismos ascienden actualmente a la cantidad de 7.000.000.-€, aproximadamente-]; 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.

D.- En efecto, si como se ha razonado anteriormente (letra E del F.Dcho 5º) es válida la existencia de pacto de compensación - en todo o en parte- entre el crédito cedido en garantía prendaria y la deuda del cedente con el acreedor prendario, unido causalmente a la constitución de aquella garantía, ello no desdibuja tal naturaleza jurídica como medio extintivo de obligaciones recíprocas hasta la concurrencia de las prestaciones (art. 1196 C.Civil).

Y, si tal es su naturaleza, resulta evidente que la compensación posterior a la declaración concursal de las amortizaciones periódicas del préstamo hipotecario con cargo a las rentas que constituyen la prestación del crédito arrendaticio cedido en garantía de aquel, devengadas unas y otras con posterioridad a la declaración concursal, suponen una infracción no solo del art. 59 L.Co., sino además, del art. 55 y 56 L.Co., en cuanto tal compensación viene a constituir un mecanismo de ejecución convencional sustitutivo de las acciones



extrajudiciales o judiciales, propias de la prenda a favor de entidades de crédito, titulares de sistemas de pago y de cobro que permiten aquella compensación automática, haciendo suyas -en posible perjuicio de otros acreedores- las rentas devengadas con posterioridad a la declaración concursal para el pago de créditos concursales, en momento procesal inhábil para ello.

Por todo ello, procede la desestimación íntegra de la demanda, pues siendo correcta su calificación concursal privilegiada, puede resultar inválido su pago mediante la ejecución de aquella garantía real prendaria constante concurso de acreedores.

OCTAVO.- Costas.

Dispone el Art. 196.2 L.Concursal que la sentencia que recaiga en este tipo de incidentes se rige en materia de costas por lo dispuesto en art. 394 L.E.Civil en cuanto a su imposición, es decir, el principio del vencimiento objetivo.

Ahora bien, estimando éste Tribunal que los temas planteados resultan seriamente dudosos en Derecho, al no haber jurisprudencia sobre una Ley novedosa, que sólo se asentará tras el paso del tiempo y una prolongada labor de la doctrina científica y jurisprudencial, procede no hacer imposición de las costas, de tal modo que cada una abonará las causadas a su instancia y las comunes por mitades.

Vistos los preceptos citados, sus concordantes y demás de general y pertinente aplicación,

FALLO

Que desestimando íntegramente la demanda formulada a instancia de la mercantil concursada FERCABER CONSTRUCCIONES, S.A.U., representada por el Procurador Sr. Bordallo Huidobro y asistida del Letrado D. Letrado D. Valentín Rodríguez Gómez; contra la mercantil CAJA DE AHORROS Y MONTE DE PIEDAD DE MADRID (CAJA MADRID), representada por el Procurador Sr. Abajo Abril y asistida del Letrado D. León Barriola; así como contra la ADMINISTRACION CONCURSAL de la citada deudora, declarada en concurso en proceso concursal nº 253/09 de este Juzgado, representada por el Letrado Administrador concursal D. Felicísimo ; debo absolver y absuelvo a las demandadas de las pretensiones formuladas; sin hacer imposición de las costas.

Así por esta Mi sentencia, que se notificará a las partes en legal forma, es definitiva, NO siendo susceptible de recurso alguno, pero las partes podrá reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieren formulado protesta en el plazo de CINCO DIAS a contar desde el siguiente a la notificación de la presente resolución; y definitivamente juzgando en primera instancia, lo pronuncio, mando y firmo.

E\

PUBLICACIÓN

Leída y publicada fue la anterior sentencia por el Sr. Magistrado-Juez que la suscribe, estando celebrando audiencia pública en el mismo día de su fecha, con mi asistencia y en el local del Juzgado, de lo que doy fe.