



Roj: **SJM A 54/2012 - ECLI: ES:JMA:2012:54**

Id Cendoj: **03014470012012100009**

Órgano: **Juzgado de lo Mercantil**

Sede: **Alicante/Alacant**

Sección: **1**

Fecha: **20/07/2012**

Nº de Recurso: **1016/2011**

Nº de Resolución: **210/2012**

Procedimiento: **Apelación, Concurso de acreedores**

Ponente: **RAFAEL FUENTES DEVESA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

JUZGADO DE LO MERCANTIL NUM UNO DE ALICANTE

Procedimiento: Incidente de impugnación de créditos num 1016/2011

Concurso Voluntario num 332/2011

Parte demandante : AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA

Abogado del Estado

Parte demandada : HERCULES CLUB DE FUTBOL SAD

Procurador; FERNANDO FERNÁNDEZ ARROYO

Abogado: PABLO DE LA VEGA CAVERO

Administración concursal

SENTENCIA NÚM. 210/12

En Alicante, a 20 de julio dos mil doce

Rafael Fuentes Devesa, Magistrado Juez del Juzgado de lo Mercantil num Uno de Alicante , ha visto los presentes autos de incidente concursal , dimanantes del **concurso** num 332/2011, promovidos por AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA representada y asistida por el Abogado del Estado contra la concursada HERCULES CLUB DE FUTBOL SAD , representadaB por el Procurador FERNANDO FERNÁNDEZ ARROYO y asistida por el Letrado PABLO DE LA VEGA CAVERO y la ADMINISTRACION CONCURSAL, en materia de impugnación de la lista de acreedores, y a la vista de los siguientes

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Que la meritada representación de la parte actora formuló demanda arreglada a las prescripciones legales en la cual, previa alegación de los hechos y fundamentos de derecho que estimo pertinentes, solicitaba que se dictara sentencia por la que se reconociera y calificara el crédito en los términos que figuran en el suplico y que se condene en costas a la demandada.

Segundo - Que admitida a trámite, se dispuso el emplazamiento de la/s parte/s demandada/s para que en el término legal, compareciere/n en autos y contestara/n aquélla,y se notifico la incoación del incidente a todas las partes personadas a los efectos previstos en el art 193.2 LC , verificándolo en tiempo y forma la admón. concursal y la concursada mediante la presentación de escrito de oposición.

Tercero -No interesadas por las partes la práctica de pruebas y tratándose de un cuestión jurídica, se acordó que los autos quedasen vistos para sentencia.

Cuarto.-. En la sustanciación del presente juicio se han observado las prescripciones legales y demás de pertinente aplicación al supuesto de autos, excepto los plazos judiciales por la acumulación de señalamientos

y asuntos concursales de preferente tramitación, ascendiendo a más de 205 el número de sentencias dictadas en 2012 a fecha del dictado de la presente resolución.

FUNDAMENTOS JURÍDICOS

Primero.- Planteamiento

Con arreglo al artículo 96 de la Ley Concursal cualquier interesado podrá impugnar el inventario y la lista de acreedores, y en este último caso, la impugnación podrá referirse a la inclusión o a la exclusión de créditos, así como a la cuantía o la clasificación de los reconocidos.

Incluido en la lista de acreedores la suma de 8.723.582,03 € como privilegiado general, ordinario y subordinado solicita la AGENCIA ESTATAL DE LA ADMINISTRACION TRIBUTARIA (en adelante AEAT) su clasificación como privilegiado especial del art 91.1.6 LC .

La concursada HERCULES CLUB DE FUTBOL SAD - en lo sucesivo HCF - y la Admon Concursal - en adelante AC- se oponen a dicha rectificación de la clasificación.

Aclarar que las peticiones formuladas por otrosí no son procedentes en este incidente y por ende no merecen respuesta en esta sentencia, debiéndose reproducirse en la sección y a través del cauce correspondiente.

Segundo. El marco fáctico

Son hechos no controvertidos que resultan de la documental aportada en soporte informático por AEAT:

i) AEAT concedió el 21/01/2011 al HCF dos fraccionamientos de pago de deudas tributarias cuyo importe total ascendía a 8.889.041,46 €.

ii) HCF otorgó a AEAT como garantía **prenda** sin desplazamiento en escritura pública de 8/2/2011 sobre los siguientes derechos económicos de la entidad.

- derecho de crédito que corresponda percibir a HCF derivados del contrato celebrado el 30/07/2007 con MEDIAPRODUCCION SL por el que el club cede los derechos de audiovisuales y televisivos de los partidos del primer equipo hasta la temporada 2013/2014, con previsión de que en caso de subrogación , novación o nuevo contrato durante las temporadas en las que se extienda el fraccionamiento de pago deberá ser incluido en el mismo una cláusula en la que se haga constar la pervivencia de la garantía prendaria.

- 50% de los créditos que corresponda percibir HCF como contrapartida por los traspasos, cesión temporal y derechos económicos que deriven de cláusulas de rescisión de contratos de jugadores o del cuerpo técnico de la entidad cuando dichas circunstancias se produzcan durante la vigencia de los fraccionamientos de pago que se garantizan.

- importe total de los créditos que pudieran corresponder a HCF como ayuda al descenso de categoría deportiva.

- 50% del importe del crédito resultante de la venta de abonos emitidos por HCF.

iii) el 1/03/2001 es aceptada la **prenda** por la Delegada Especial de AEAT.

iv) está inscrita la **prenda** sin desplazamiento en el Registro de bienes muebles de Alican.t.e.

v) el **concurso** de HCF S.A.D se declara por auto de 5/07/2011

Tercero.- La **prenda** de créditos futuros

En nuestro ordenamiento jurídico se pueden garantizar créditos futuros (**prenda** «en» garantía de créditos futuros, art. 1.861 CC , art. 142 Ley Hipotecaria y art 1825 , fianza por deudas futuras y STS 20 de junio de 2007) y pueden también darse en garantía créditos futuros (**prenda** «de» o «sobre» créditos futuros), siendo esto último una práctica no infrecuente en los negocios, admitiéndose de manera expresa en el art 90.1.6 LC y en el art. 54.3 LHMPSD tras la reforma operada por la Ley 41/2007 que consagra la **prenda** registral sobre créditos futuros.

Esta cuestión - si los créditos pueden ser objeto de **prenda**- ya había sido resuelta por la jurisprudencia de la Sala Primera en un sentido positivo, como recoge la STS de 20 de junio de 2007 , con remisión a las previas sentencias de 19 de abril y 7 de octubre de 1977 , 27 de octubre de 1999 , 25 de junio de 2001 , 26 de septiembre de 2002 y 10 de marzo de 2004 , y que resalta que esta jurisprudencia ha encontrado su respaldo en la Ley Concursal de 9 de julio de 2003 en el art. 91.1.6 °.



Según este precepto 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 los créditos pignorados" añadiéndose tras la reforma de la ley 38/2011 a continuación tras un punto y seguido " 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** "

Según la STS de 26 de septiembre de 2002 mientras "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, como han destacado las sentencias de esta Sala de 15 de noviembre de 1990 y 22 de febrero de 1994 (RJ 1994, 1252) . Cuya cesión es admitida, con carácter general, por el artículo 1112 del Código Civil y está regulada, con carácter particular, en los artículos 1526 y siguientes del mismo cuerpo legal , como negocio jurídico, sea o no contrato de compraventa" la **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. 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** " , si bien la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de diciembre de 2002 viene a reconocer la posibilidad de que la **prenda** de créditos actúe a través de la figura de la cesión de créditos en garantía, habiendo dicho la doctrina científica - Pantaleón, entre otros- que las **prendas** de crédito no son sino el efecto propio de los contratos de cesión de créditos en garantía, lo que explica la necesidad de acudir su régimen jurídico y a la jurisprudencia que lo interpreta para resolver las problemáticas que plantea aquélla.

Esta ligazón la pone de relieve la SAP de Burgos de 18 de enero de 2012 al decir " aunque cualitativamente distintas, la cesión de créditos y la **prenda** de créditos tienen los mismos efectos, sobre todo si frente al deudor cedido el acreedor pignoraticio tiene una titularidad fiduciaria que le hace aparecer como un verdadero cesionario. En tal caso se comunica la cesión al deudor cedido para que este pague al cesionario, aunque este último, merced al convenio con su deudor, reciba el pago del crédito como una garantía para el pago del suyo. La jurisprudencia ha admitido esta figura de la cesión de crédito en garantía y a ella se refiere la sentencia de 12 de diciembre de 2002 " si bien la SAP de Madrid de 12/11/2010 apunta que no cabe sin más equiparación, pues siendo "... cierto que la cesión de créditos constituye un tipo de operación capaz de albergar, entre otros negocios posibles, tanto una auténtica transmisión de su titularidad como la mera constitución de una garantía pignoraticia. Ahora bien, en un sistema obligacional eminentemente causalista como el español es menester atender a la finalidad a la que en cada caso responde la operación de cesión para poder determinar si la misma está cumpliendo una función traslativa, una función de garantía o, en definitiva, una función distinta de cualquiera de esas dos".

Tras la LC, y atendido el tenor de sus artículos 90.1.6 y 90.2 (por exclusión del art 90.1.6) basta para gozar del privilegio sobre los créditos pignorados su constancia en documento con fecha fehaciente, sin que precise la notificación de la pignoración al deudor del crédito pignorado como elemento constitutivo, sin perjuicio de que quedará liberado este último si de buena fe paga a quien considera su exclusivo acreedor (art 1526 y 1527 CC). Planteamiento diverso se suscita en Derecho catalán en el que la notificación al deudor parece elevarse a requisito de constitución de la **prenda** (art. 569-13.3 Codi).

A lo anterior debemos añadir desde la reforma de 2007 el reconocimiento de la **prenda** sin desplazamiento de créditos futuros, inscribible en el Registro de Bienes Muebles expresamente regulada en el art. 54.3 LHM y PSD que reza lo siguiente : «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 de 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» y que ha sido declarada compatible con la **prenda** "común" no inscrita por la Resolución de la DGRN de 18 de marzo de 2008 , y SAP de Las Palmas de Gran Canaria, de 26 de enero de 2012 , por lo que coexisten **prendas** "inscritas" con "común u ordinarias" carentes de publicidad registral.

Cuarto. El alcance de la **prenda** de créditos futuros

En el caso presente no es controvertida la validez de la **prenda** de créditos constituida en escritura pública, y por tanto con fecha fehaciente, sino su alcance, pues AC y concursada mantienen, en esencia, que los créditos futuros nacidos con posterioridad a la declaración de **concurso** no son oponibles al **concurso** y por ende no



tienen la clasificación privilegiada especial que se pretende, con apoyo la AC en la SJM num 2 de Barcelona de 30/9/2008, frente a la tesis de la demanda, que no contempla limitación alguna.

La fijación de la afección concursal de los créditos futuros pignorados en el **concurso** del pignorante es una cuestión altamente controvertida

Admitido que un deudor puede dar en **prenda** uno o varios créditos futuros, es decir, créditos a su favor no nacidos en el momento de constituir la garantía, no hay discusión que la **prenda** alcanza a todos los créditos que vayan naciendo hasta la declaración de **concurso**.

En cambio, la respuesta no es pacífica respecto de los créditos que nacen después de la declaración de **concurso**, pues se plantea si nacen en la cabeza del deudor-concursado, como activo que se integra libre en la masa, y en consecuencia el acreedor pignoraticio no tiene privilegio sobre ellos, o bien nacen afectos a la **prenda**, y en consecuencia, el destinatario de esos activos es el acreedor pignoraticio (art 154 y 155 LC).

Si se produce el **concurso** del pignorante el conflicto de intereses contrapuestos es evidente respecto de esos créditos pignorados postconcursoales: de una parte, están las expectativas del acreedor garantizado sobre ese flujo de ingresos estimado, y de otra parte, están los intereses de los demás acreedores del concursado que pueden ver mermada la masa activa del **concurso** en beneficio de un solo acreedor garantizado, que sin aportar financiación adicional postconcursoal ve beneficiada su posición crediticia con esos activos postconcursoales.

La doctrina apunta que por su constitución sencilla y poco costosa hay riesgo de **prendas** de créditos futuros que impliquen, por su extensión, la absorción por el acreedor pignoraticio de prácticamente todo el activo del concursado. Riesgo que es evidente en las **prendas** o cesiones globales, pero también en otras en las que, por la amplitud de los derechos futuros pignorados (o cedidos en garantía), pueden implicar un monopolio del acreedor garantizado sobre los activos futuros del pignorante, en clara merma de los restantes acreedores, además de que pueden implicar unas sobregarantías que mermen gravemente la propia capacidad del deudor de obtener nueva financiación.

En el caso que nos ocupa debe aclararse que la modificación introducida in fine por la Ley 38/2011 no es de aplicación directa conforme a la DT 4º de la Ley 38/2011 , ya que al tiempo de la fecha de su entrada en vigor ya se había presentado el informe por la administración concursal. Así lo admite la AC y la concursada, no obstante la mención que la primera realiza en la lista de acreedores a la norma modificada, y que se reconoce debida a una errata, por lo que debe acudir a la redacción inicial aplicable *ratione temporis* que se limitaba a decir que " *Si se tratare de **prenda** de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados*".

Desde el punto de vista doctrinal son variadas las tesis mantenidas:

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 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 última redacción ha sido dada por la DF 3^a 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 naceridos 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 respuesta judicial tampoco es uniforme.

La SJM num 1 de Oviedo en sentencia de 13 de Mayo de 2010 se inclina por esta última opción "pues es preferible, para llenar un vacío normativo, recurrir a la aplicación analógica de una norma especial" cuya vigencia se declara expresamente en la D.A.2^a.2.f) LC.

Por su parte la SJM num 1 de Murcia de 2 de febrero de 2009 en el caso cesión en garantía de los derechos de crédito que se ostentaban en razón de un previo contrato concesional sobre una subvención de un Ayuntamiento configurado como una «superposición de garantías» afirma que se "trata de una **prenda** sobre el crédito(subvención) cedido, que como tal derecho real otorga al acreedor pignoraticio, a la Caja de Ahorros, la posición privilegiada frente a los demás acreedores sobre el bien pignorado que deriva de su calificar como crédito con privilegio especial del artículo 90.1.6 in fine de la LC" sin que conste discriminación alguna.

También la SJM nº 6, Madrid de 10-1-2011 en el que se cede en garantía de la devolución de un préstamo 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 a suscribir, no duda en calificar el crédito concursal como privilegiado especial real prendario del art. 90.1.6^a L.C si bien añade que tal "garantía real prendaria constituida mediante cesión crediticia.... 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".

Distinta, y más restrictiva es la respuesta de la citada SJM nº2 de Barcelona de 30/09/2008 al analizar una cesión en garantía de rentas de los contratos de arrendamiento que se suscribieran sobre los inmuebles financiados al concluir " Pero es más, aun cuando admitiéramos, como hipótesis, que las partes llegaron a constituir un derecho de **prenda**, entiendo que el crédito supuestamente pignorado no está suficientemente determinado y, por tanto, que la garantía no puede oponerse a terceros. Aun cuando la cuestión es, ciertamente, discutible, para que el crédito pueda ser pignorado ha de existir en el momento de constitución de la **prenda**, aunque no sea exigible; o, cuando menos, ha de existir el contrato del que nacen las prestaciones futuras.... . Ciertamente, el artículo 90.1^o-6^o de la Ley Concursal parece eliminar el requisito de la notificación, enervando un mecanismo que permite dar a conocer a terceros la afectación del crédito a una obligación previa. No parece, sin embargo, que llegue a reconocer eficacia erga omnes a pactos entre partes sobre créditos futuros que pueden no llegar a nacer. En el presente caso, los contratos de arrendamiento, en el momento de firmarse el préstamo hipotecario, no se había suscrito, por lo que no puede aceptarse que el privilegio especial se extienda también, en perjuicio del conjunto de los acreedores, a las rentas futuras de cualquier arrendamiento que pueda concertarse":

Por último, la SJM num 1 de Las Palmas de 15/09/2005 en un caso en el pignoraba la indemnización que la FIFA fije por el caso Oktay y todas aquellas cantidades que la UNION DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D. debiese percibir por cualquier traspaso de jugadores, concluye que la calificación de privilegiado especial "únicamente se extiende a la indemnización que la FIFA fije por el caso Oktay DereliogluFenerbache, pero no así con relación



a las cantidades que la UNION DEPORTIVA LAS PALMAS, S.A.D. llegue a percibir con posterioridad al auto de declaración de **concurso** por cualquier traspaso de jugadores".

En cuanto a la llamada "jurisprudencia menor" la SAP de Burgos de 18 de enero de 2012 con ocasión de una cesión en garantía de un derecho a la subvención por los incentivos regionales a percibir por la cedente - después declarada en **concurso**- califica el crédito del cesionario como ordinario diciendo que " *En relación con la **prenda** ordinaria o común el problema tradicional para reconocerle su preferencia en sede concursal ha sido el que se deriva de la redacción del artículo 76 LC según el cual "constituyen la masa activa del **concurso** los bienes y derechos integrados en el patrimonio del deudor a la fecha de la declaración del **concurso** y los que se reintegren al mismo o adquiera hasta la concusión del procedimiento". Por eso un crédito futuro, que nace con posterioridad a la declaración del **concurso**, no nace en la persona del cesionario, sino que se integra en la masa activa del **concurso**, y privado el concursado de la facultad de disposición sobre sus bienes o derechos, carece este de la facultad de transmitirlo a la persona del cesionario. Este último tiene el derecho a la cesión del crédito derivado de la constitución de la garantía, que es anterior a la declaración del **concurso**, pero es un derecho que no es eficaz porque no puede oponerlo al resto de los acreedores del **concurso**.*

A esta falta de eficacia de la **prenda** sobre créditos futuros en sede concursal se han referido las sentencias del TS de 27 de junio de 2003 y de 22 de febrero de 2008 " y tras indicar que la nueva redacción del artículo 92.1.6º no obstante decir "la **prenda** en garantía de créditos futuros " se refiere a **prenda** sobre crédito futuros y que prevé como regla general la atribución de privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración del **concurso** " por lo que " *si los créditos dados en **prenda** nacen después de la declaración de **concurso**, no hay preferencia* " , concluye que según la redacción original del artículo 92.1.6º (la que aplica) no puede calificarse como crédito privilegiado el crédito del banco " *por no haber nacido el derecho real de **prenda** en la fecha de declaración del **concurso*** ".

Finalmente, y en aplicación del derecho de insolvencias derogado por LC, el TS en sentencia de 22 de febrero de 2008 en un supuesto de cesión de un crédito futuro consistente en las certificaciones de obras en el que la cedente había sido después declarada en suspensión de pagos afirma que " *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* " , por lo que parece inclinarse por la tesis de raíz germánica indicada, no obstante lo cual después concluye que las certificaciones postconcursoales se integran en la masa activa sin gravamen al decir " *Promovido expediente de suspensión de pagos de la entidad cedente ... las certificaciones que se vayan emitiendo habrán de ser libradas a nombre de la suspenso, 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, según se ha visto anteriormente, 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, además de no haberse convenido *expressis verbis* en un negocio que requiere tipicidad por razones de seguridad, no podría haberse constituido antes del nacimiento del crédito a la vida jurídica* "

En esta tesitura, este juzgador en el caso concreto que nos ocupa se inclina por la tesis estricta, y en consecuencia, la **prenda** constituida por el HCF a favor de AEAT antes descrita alcanza a todos los créditos nacidos hasta la declaración de **concurso**, pero no a los nacidos después.

Aún reconociendo la importancia de estos activos para lograr financiación (tan necesitada en la actualidad, y que en ocasiones se concede no en razón de la solvencia del beneficiario sino en atención a la bondad o mérito del proyecto empresarial financiado), la ausencia de regulación impone que en sede de privilegios las dudas deban resolverse optando por la exégesis menos amplia al ser la excepción a la regla general (art 4.2CC).

La admisión sin restricciones de la **prenda** de créditos futuros implicaría afectar una parte importantísima de los activos de la SAD (derechos audiovisuales, 50% de derechos de traspasos, 50% de abonos y la ayuda al descenso de categoría deportiva) y supondría no solo la frustración en un alto grado de las expectativas de cobro de los acreedores ordinarios en general (o no garantizados), que dependen de estos ingresos futuros del deudor, sino inclusive de los créditos derivados del mantenimiento de la actividad, y por ende de esta misma (art 44LC), al abarcar a las principales fuentes de ingresos futuros de la SAD en una superposición de garantías no reintegrable al contar con el escudo del art 71.5 3º LC .

Ante la necesidad de limitar su eficacia es discutible acudir a la aplicación analógica de la Disposición Adicional 3.ª de la Ley 1/1999 , ya que : i) es un norma especial; ii) la norma lo que regula son unas especialidades en materia de reintegración, no de calificación crediticia y iii) en el caso que nos ocupa hay un obstáculo



específico, pues se estaría aplicando una norma sobre reintegración a garantías a favor de créditos públicos en acuerdos de recuperación, excluidos de reintegración tras la reforma de 2009.

La regla de integración en la masa activa de los activos adquiridos tras la fecha de **concurso** (art 76LC) no prevé más excepciones que las del art 76.2 y 3 LC ; integración que no parece que pueda ser a favor de un acreedor específico al no gozar el deudor de la plena y libre disponibilidad patrimonial en ese momento, sin que haya norma legal aplicable *ratione temporis* que permita lo contrario, como se desprende de los precedentes reseñados resueltos por los órganos colegiados (AP y TS).

Como argumento de refuerzo podemos apuntar que la intención de la reforma del art 90.1.6 era efectuar la aclaración del alcance de la **prenda** de créditos futuros en este sentido, si bien se reconoce que la redacción final del art 90.1.6 LC dificulta enormemente extraer su sentido como pauta exegética.

Aclarado que la modificación legal del art 90.1.6 LC no es de aplicación directa, sí podría aportar criterios interpretativos para la exégesis del derecho vigente hasta el 1 de enero de 2012, pero su redacción final dificulta esta labor, habiendo merecido importantes críticas porque se aparta de la intención inicial y el resultado tiene difícil explicación.

La intención de la reforma del art 90.1.6 LC , según ha expuesto uno de los miembros de la Comisión especial encargada de redactar el Anteproyecto de Reforma de la Ley Concursal (Alonso Ledesma) era aclarar el régimen concursal de la **prenda** de créditos futuros, tomando como referencia la fecha de nacimiento del crédito, no la fecha de celebración de la relación jurídica de la cual derive dicho crédito, como ocurre en otros ordenamientos.

Ahora bien la redacción propuesta en el Anteproyecto ("*La **prenda** en garantía de créditos futuros sólo atribuirá privilegio especial a los créditos nacidos antes de la declaración **concurso***") era desacertada porque la naturaleza de futuro no se predicaba del derecho dado en garantía (crédito pignorado) sino de la obligación garantizada (crédito garantizado). No se refiere la norma a la **prenda** "de" o "sobre" crédito futuro (como sí lo hace el art 90.1.6 en su parte inicial) , sino a la **prenda** "en " garantía de créditos futuros.

Propuesta que aprueba el Ministerio y se remite al Congreso con la única modificación de su ubicación, pues se añade como norma final al artículo 90.1.6º , y no formando parte del art 90.1.1º como apunta el CGPJ en su informe; cambio sistemático que viene a confirmar esa intención de regular el alcance de las **prendas** de créditos futuros.

En el trámite parlamentario, salvo una enmienda del Grupo Parlamentario Catalán que entiende el supuesto de hecho en su sentido literal (la **prenda** en garantía de créditos futuros) no hay discusión sobre el precepto, cuyo resultado final es fruto de una transacción presentada por la ponencia.

Desde el punto de vista literal lo que dice la norma es que los acreedores que tengan un contrato que genera créditos futuros garantizados con **prenda** (sin distinción alguna) conservarán el privilegio pignoraticio en relación a los créditos anteriores a la declaración de **concurso**, pero no en relación a los posteriores. Por excepción, abarca también estos últimos sólo (a) si se ha dado un supuesto de rehabilitación ex artículo 68 LC o (b) o si la **prenda** estuviese inscrita en un registro público.

La crítica a su interpretación literal es evidente, pues - al margen de otros motivos- no se explica qué razón puede haber para que el acreedor que sigue financiando al deudor tras la declaración del **concurso** pierda sus garantías pignoraticias (y según la literalidad del precepto no se distingue entre posesoria o no, de bienes o derechos), en relación a la financiación posterior a la declaración de **concurso** (si las **prendas** no se hallan inscritas en un registro público), y las conserva respecto de la anterior.

Se castiga la financiación a empresas en **concurso** en contra del sentido de la reforma de 2011, pues los acreedores pignoraticios que le hayan financiado hasta el **concurso** quedan amparados, sin que tampoco se explique a qué obedece la relevancia concursal del registro de las **prendas** frente a las otras formas de constitución no registrales.

Se podrá decir que el crédito postconcurso son deudas de la masa, pero ello no justifica la norma, pues olvida una realidad por desgracia no infrecuente: ausencia de masa para pagarlos

Por ello se proponen interpretaciones correctoras -como la apuntada por la SAP de Burgos citada ut supra - y considerar que la norma se refiere a la **prenda** de créditos futuros, aunque ciertamente el ejercicio de voluntarismo que exige es elevado, pues precisa forzar la norma: i) tanto el supuesto de hecho (habla "la **prenda** en garantía de créditos futuros" y no "la **prenda** de créditos futuros"); ii) la consecuencia jurídica (prevé "sólo atribuirá privilegio a los créditos nacidos...", y no "sobre los créditos nacidos") y iii) la remisión al artículo 68 LC (que solo se entiende si el deudor es el concursado, pero carece de sentido en las **prendas** de créditos futuros, en la que el concursado es acreedor), además de los precedentes parlamentarios.



No obstante, la mención al registro público (que nos conduce al art 54 LHM y PSD 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.

Confusión sobre el supuesto de hecho normativo que se aprecia en la Instrucción de la DGRN de 12 de mayo de 2012 sobre la inscripción en el Registro Público al que se refiere el tan citado inciso final del art 91.1.6LC .

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 HCF SAD 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, 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**.

Quinto.- Costas

Ante las dudas suscitadas la no ser una materia pacífica, no se efectúa expresa imposición de costas (art. 394 de la L.E.C .)

Vistos los preceptos legales y de más de aplicación al caso,

FALLO

Que debo estimar parcialmente la demanda interpuesta por AGENCIA ESTATAL DE LA ADMON TRIBUTARIA contra HERCULES CLUB DE FUTBOL S.A.D y la admón. concursal, y reconocer a AEAT el crédito por importe de 8.723.582,03 € como crédito con privilegio especial sobre los derechos pignorados por HERCULES CLUB DE FUTBOL SAD en escritura pública de 8/2/2011 nacidos antes del 5 de julio de 2011

Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad

Contra esta sentencia no cabe recurso alguno, pero la partes podrán reproducir la cuestión en la apelación más próxima siempre que hubieran formulado protesta en el plazo de cinco días (art 197.3LC)

Para la apelación será necesario previo depósito de la suma de 50 Euros que deberá ingresar en la cuenta de depósitos y consignaciones de este Juzgado abierta en el Grupo Banesto consignando como código 02 y como concepto "pago recurso de apelación", sin cuyos requisitos no se admitirá el recurso (artículos 451 y 452 de la LEC y Disposición adicional Decimoquinta de la LOPJ añadida por la LO 1/2009 de 3 de noviembre)

Así por esta sentencia, de la que se expedirá testimonio para su unión a las actuaciones, lo pronuncio, mando y firmo.

El Magistrado Juez

PUBLICACIÓN.- Se ha publicado la sentencia anterior conforme a lo previsto en la Ley. Doy fe