**TEMA 50 DERECHOS REALES DE GARANTIA: CONCEPTO Y CLASES. LA PROHIBICION DEL PACTO COMISORIO. EL DERECHO REAL DE PRENDA: CONSTITUCION Y CONTENIDO. LA PRENDA IRREGULAR Y PRENDA SOBRE DERECHOS. LA ANTICRESIS.**

**DERECHOS REALES DE GARANTIA: CONCEPTO Y CLASES**

**CONCEPTO**

El art. 1911 CC consagra el principio de responsabilidad patrimonial universal.

**Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes, presentes y futuros.**

Sin embargo, en muchas ocasiones esta garantía general resulta insuficiente a los acreedores debido a su carácter abstracto y a la fungibilidad de los elementos del patrimonio del deudor.

Para evitar estos inconvenientes, el ordenamiento arbitra los denominados derechos de garantía, que pueden ser personales y reales

* Los primeros extienden la responsabilidad al patrimonio de un tercero siendo el caso típico la fianza, donde sin embargo se reproducen los inconvenientes expresados.
* Las garantías reales cualifican la responsabilidad del deudor, afectando de forma especial, preferente y absoluta determinados bienes.

Así, los DR de garantía son definidos por PEÑA "derechos reales limitados, accesorios de un crédito, que confieren al acreedor facultades que aseguran la efectividad del crédito sobre la cosa misma".

**HISTORIA y CLASES**

En Roma la garantía real se desenvolvió progresivamente través de la fiducia, el pignus y la hypotheca:

- **La fiducia** era un acuerdo basado en la confianza, por el que el deudor, como garantía, transmitía la propiedad de una cosa al acreedor, el cual debía devolvérsela si cumplía la obligación.

-Con posterioridad, para evitar que el acreedor pudiera disponer de la cosa se ideó el **pignus**, por el que se le transmitía no la propiedad, sino la posesión de la cosa.

- Por último, para evitar el inconveniente que suponía privar al deudor del uso de la cosa, surge la **Hypotheca**, en virtud de la cual la garantía se establece mediante una simple convención sin necesidad de desplazar la posesión, pudiendo referirse a bienes muebles o inmuebles.

La regulación romana pasó a las Partidas y la necesidad de publicidad en la hipoteca, tras los precedentes históricos del Registro Público (**Registro de Censos y Tributos**, Pragmática de 1539; y sobre todo **Oficios y Contadurías de Hipotecas, 1768**), quedan resueltos con la LH de 1861 a través del RP.

En 1889, el **CC** (siguiendo al Code de Napoleón 1804 que circunscribe la prenda a los bienes muebles y la hipoteca a los inmuebles) regula tres **CLASES** de derechos reales de garantía en sede de contratos (lo cual ha sido muy criticado, desde la perspectiva sistemática, por la doctrina)

* La **prenda**, sólo sobre muebles y con desplazamiento de la posesión al acreedor o a un tercero, que faculta para realizar el valor y para llevar a cabo la compensación anticrética
* La **hipoteca**, sólo sobre inmuebles y sin desplazamiento posesorio, determinando el carácter constitutivo de la inscripción en el Registro.
* La **anticresis**, que hasta entonces se consideraba un pacto agregado a la prenda o la hipoteca, que luego estudiaremos.

Pero la necesidad de fomentar el crédito en los tiempos modernos ha dado lugar a otros derechos de garantía real; podemos citar:

· La hipoteca Naval. Ley 21 Agosto 1893.

· La prenda agrícola (w*arrant* agrícola) y ganadera. Real Decreto de 22 de septiembre de 1917.

· Prenda aceitera. Decreto 29 noviembre 1935.

· Prenda industrial. L 17 V 1940.

· Posteriormente, la Ley de 5 de diciembre de 1941, que añadió al Código Civil los artículos 1.863 bis a 1.873 bis, se inspiró en un criterio más comprensivo intentando una regulación de carácter más general, que, sin embargo, por diversas circunstancias, no llegó a tener en la práctica el desarrollo y la aplicación deseados por el legislador.

· Y con carácter general, la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, L. 16 de diciembre de 1954.

Al admitir la ley de 1954 la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento, determinando la constitución registral de ambas, hoy en día para distinguir prenda e hipoteca sólo cabe decir REMISION tema 51:

· que en ningún caso hay prenda de inmuebles.

· ni hipoteca con desplazamiento.

Por otro lado, como pone de manifiesto PEÑA BERNALDO DE QUIROS, caben en nuestro derecho garantías reales innominadas o atípicas, siempre que no contradigan las normas estructurales de los derechos reales de garantía (como la prohibición pacto lex commissoria, y prohibición de alterar las prelaciones de crédito). Por ejemplo:

* El pacto de reserva de dominio previsto respecto de los bienes muebles en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles
* Las prohibiciones de disponer, admitidas con eficacia puramente obligacional en los negocios onerosos en el articulo 27 LH.
* La condición resolutoria explicita (art 1504 CC y 11 LH)
* La venta en garantía (sea como fiducia cum creditore o como retracto en garantía). Leyes 466 y 475 CN
* El leasing como garantía (lease back).
* El derecho de retención.

**LA PROHIBICION DEL PACTO COMISORIO**

El pacto comisorio2 puede definirse como aquella convención entre acreedor y deudor en virtud de la cual se le permite al acreedor la **apropiación directa** de la cosa dada en garantía ante el incumplimiento de la obligación que tiene asumida el deudor.

HISTORIA. Tiene su origen en el Derecho Romano, si bien el emperador Constantino terminó prohibiéndolo de forma expresa conforme a la conciencia religiosa y **moral** imperante en aquella época (a lo que en la actualidad se añade la defensa de los terceros acreedores **y** del principio **par conditio creditorum**).

Nuestro Cc lo prohíbe expresamente solo para la anticresis, pero la doctrina mayoritariamente sostiene su **proscripción en general** (carecería de sentido admitir su validez para la prenda y la hipoteca y prohibirlo para la anticresis).

Y no solo en el ámbito de las garantías reales típicas (prenda, hipoteca y anticresis) sino **para los negocios de garantía en general**, ya sean indirectos, simulados o fiduciarios, simples o complejos, que persigan fines de garantía.

Artículo 1859. El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.

Artículo 1884. El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.

Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

EFECTOS. La mayor parte de la doctrina y de la jurisprudencia defienden que la **nulidad del pacto comisorio no afecta a la validez de la garantía en sí**, continuando ésta subsistente como derecho de realización del valor (la nulidad del pacto no implica la nulidad de la garantía, que podrá ser ejecutada conforme a los procedimientos legalmente establecidos).

DGRN. La **Resolución de 21 de febrero de 2013** explica que laprohibición del pacto comisorio establecida en los arts. [1859](http://www.notariosyregistradores.com/NORMAS/codigo-civil-l4-1538-final.htm#art1859) y [1884](http://www.notariosyregistradores.com/NORMAS/codigo-civil-l4-1538-final.htm#art1884) CC, que trata en definitiva **de impedir que el acreedor se enriquezca injustificadamente** a costa del deudor y que éste sufra un perjuicio desproporcionado y en la **necesidad de observancia de los procedimientos de ejecución**, que al tiempo que permiten al acreedor ejercitar su *«ius distraendi»*, protegen al deudor al asegurar la obtención del mejor precio de venta.

**Las ventas en garantía, las compras con pacto de retro, las opciones de compra en garantía, los contratos de leasing (lease-back)** son supuestos de pacto comisorio en su caso encubierto:

* La venta en función de garantía es un negocio fiduciario (concretamente una “fiducia cum creditore”), en el que para alcanzar el fin práctico pretendido por las partes, esto es, la concesión de una garantía al acreedor, se celebra un contrato (venta con pacto de retro) que tiene una finalidad distinta, en base a una relación de confianza. Como ocurre con carácter general en los negocios fiduciarios, el medio empleado es exorbitante respecto del fin perseguido, con la consiguiente anomalía en atención a la causa.

De Castro, y con él la mayoría de la doctrina, no admite su doble efecto (transmisión de propiedad y obligacional), por falta de causa suficiente para ello. Cabe reivindicación del transmitente frente al adquirente (y aun frente a terceros, a salvo siempre la protección de la buena fe y apariencia)

* La Resolución de  de 26 de noviembre de 2008 declaró la inadmisión de la opción de compra en garantía de una deuda del optante.

La DOCTRINA -Figuras dudosas-

* El PACTO MARCIANO debe su nombre al jurisconsulto romano Marciano (que elaboró la correspondiente consulta) consiste en la posibilidad de que deudor y acreedor convengan, en el momento en el que se celebra el negocio constitutivo de la garantía real que, si al llegar el momento de vencimiento el deudor no pagara, la propiedad de la cosa pasará al acreedor previa justa estimación, con deber de reintegrar el excedente de dicha valoración –si lo hubiera- al deudor.

Los autores que admiten este pacto exigen tasación objetiva y que la fijación del valor del bien se realice tras el incumplimiento (para evitar problemas tanto de libertad de fijación de precio como de depreciación sobrevenida).

* El PACTO EX INTERVALLO es un pacto comisorio acordado en un momento posterior a la concesión del crédito y al negocio constitutivo de la garantía.

De Diego, si bien reconoce la admisibilidad del Pacto Marciano, niega la posibilidad del Pacto Ex Intervallo por el grave riesgo de simulación y fraude que acarrea (haciendo aparecer en documento el acuerdo como posterior, cuando en realidad fue coetáneo con el nacimiento de la obligación)

* La admisibilidad de la DACIÓN EN PAGO posterior al vencimiento de la deuda, el **CONVENIO DE REALIZACIÓN DEL BIEN (art. 640 LEC)** y la ADJUDICACIÓN DEL ACREEDOR EN SUBASTA (en los casos legalmente previstos) no plantea dificultad.

Parece encontrar alguna admisión este tipo de supuestos en la doctrina, la jurisprudencia (STS 16 mayo 2000) y los textos más modernos. Destacamos:

* El **RDL 5/2005** ya citado reconoce la validez del acuerdo de garantía pignoraticia con particularidades tales como la admisión, en su artículo 11, del Pacto Marciano y del Pacto Ex Intervallo, asi como tambien de la venta en garantía (“las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien dado en garantía”, art. 6)
* En referencia a la ejecución hipotecaria, la Directiva 2014/17/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de febrero de 2014, sobre los **contratos de crédito celebrados con los consumidores para bienes inmuebles de uso residencial**, dispone en su art. 28.4: “Los Estados miembros no impedirán que las partes en un contrato de crédito puedan acordar expresamente que la transferencia de la garantía o ingresos derivados de la venta de la garantía al prestamista basten para reembolsar el crédito”. Lo que ha sido interpretado por algún autor como una norma que, excediendo la dación en pago, admite en su ámbito el pacto comisorio (contra lo dispuesto en el art. 1859 Cc).
* El **Convenio de Ciudad del Cabo de 2001** al que España se adhirió en 2013, Convenio relativo a garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, está llamado a revolucionar nuestro sistema de garantías internacionales. Aparte de su inscripción en el Registro Internacional de Garantías, admite expresamente el pacto comisorio.

**NAVARRA**. Admite ambas posibilidades.

* La **fiducia en garantia**. La admite la Ley 466 al afirmar que cumplida la obligación garantizada, el transmitente podrá exigir del fiduciario la retransmisión de la propiedad, pudiendo el acreedor si así se hubiese pactado, adquirir  irrevocablemente la propiedad de la cosa en caso de incumplimiento, quedando extinguida la obligación.
* La **venta a carta de gracia.** Según la Ley 475 "El cumplimiento de una obligación dineraria puede garantizarse mediante venta con pacto de retro o a carta de gracia, reservándose el deudor el derecho a retraer la cosa vendida al satisfacer o extinguir la obligación.

**EL DERECHO REAL DE PRENDA**

PUIG BRUTAU la define como aquel derecho de garantía que recae sobre una cosa mueble, cuya posesión se entrega al acreedor o a un tercero y que concede al acreedor la facultad de proceder a su enajenación para el caso de incumplimiento de la obligación principal, para extinguir el crédito con el precio obtenido.

Art. 1857 **Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:**

1. **Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.**
2. **Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.**
3. **Que las personas que constituyan la prenda o hipoteca tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizadas al efecto.**

**Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes.**

**CONSTITUCION**

ELEMENTOS PERSONALES

**Acreedor pignoraticio**: es el titular del derecho de crédito garantizado.

**Pignorante**: es el titular de la cosa pignorada, pudiendo ser el deudor o un tercero, debiendo tener, en cualquier caso, la capacidad exigida en el art. 1857.

(1858) **Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor.**

ELEMENTOS REALES

Hay que diferenciar entre:

LA COSA PIGNORADA

(1858) **Es también de esencia de estos contratos que, vencida la obligación principal, puedan ser enajenadas las cosas en que consiste la prenda o hipoteca para pagar al acreedor.**

Las cosas futuras no pueden ser objeto de prenda, al no poder ser entregadas; solo pueden ser objeto de la promesa a que se refiere el Art. 1862.

* Artículo 1862 La promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de la responsabilidad criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas, o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen.
* *Como excepción, la Ley de 1954 admite la prenda sobre frutos pendientes y cosechas esperadas.*

Se discute si los derechos, que en nuestro Derecho se consideran poseibles, pueden ser objeto de prenda, lo que se estudia en la siguiente pregunta.

Se ha planteado la cuestión de **si el copropietario de una cosa mueble puede dar en prenda la cuota que le corresponda**. Puig Brutau dice que el art 399 sólo habla de la posibilidad de *hipotecar* cada condueño su parte por un defecto de técnica: haber pensado sólo en los inmuebles. Si las cuotas de los inmuebles son hipotecables no se alcanza por qué no habrían de ser pignorables las de muebles". A la entrega de la posesión sustituirá en este caso la puesta en coposesión .

Y LA OBLIGACIÓN GARANTIZADA

Art 1860

La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor.

No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo.

Tampoco podrá el heredero del acreedor que recibió su parte de la deuda devolver la prenda ni cancelar la hipoteca en perjuicio de los demás herederos que no hayan sido satisfechos.

Se exceptúa de estas disposiciones el caso en que, siendo varias las cosas dadas en hipoteca o en prenda, cada una de ellas garantice solamente una porción determinada del crédito.

El deudor, en este caso, tendrá derecho a que se extinga la prenda o la hipoteca a medida que satisfaga la parte de deuda de que cada cosa responda especialmente.

Artículo 1861 Los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria.

Como pone de manifiesto ROCA SASTRE, dado que la cosa garantizada sólo puede proporcionar dinero (a través de su realización), en caso de obligaciones no pecuniarias en realidad se asegura la indemnización por incumplimiento.

**Se admite la prenda en garantia de créditos futuros.** Y la Ley admite la hipoteca en garantía de créditos futuros (art 142 LH) y la fianza por deudas futuras (artículo 1825 Cc), no hay obstáculo que impida la constitución de una prenda en garantía de tales obligaciones (STS 20 de junio de 2007).

FORMA

El CC sólo contempla la constitución de la prenda mediante contrato, si bien como destaca ALBADALEJO, también puede constituirse por usucapión y por disposición de última voluntad. Y también por adquisición a non domino (Albaladejo)

En cualquier caso, si se constituye mediante contrato, el CC parece configurarse como un contrato real que exige la entrega como requisito constitutivo ya que, ex art. 1863.

**Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo.**

En todo caso, ex el art. 1865:

**No surtirá efecto la prenda contra tercero si no consta por instrumento público la certeza de la fecha.**

A la vista de dicho precepto, considera PEÑA que sin instrumento público hay relaciones obligatorias pero no un verdadero derecho real.

En la escritura de prenda ha de hacerse constar el importe de la deuda asegurada. Con ello estarán protegidos los demás acreedores, pues queda fijada exactamente la cuantía de la obligación asegurada.

**Y CONTENIDO**

La posición jurídica del acreedor se asienta sobre tres pilares: derecho de retención, de realización y de preferencia, con las obligaciones correspondientes.

**DERECHO DE RETENCIÓN**

(art. 1866) **El contrato de prenda da derecho al acreedor para retener la cosa en su poder o en el de la tercera persona a quien hubiese sido entregada, hasta que se le pague el crédito.**

**Si mientras el acreedor retiene la prenda, el deudor contrajese con él otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá aquél prorrogar la retención hasta que se le satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda.**

Es la que la doctrina denomina pignus gordiano

En contrapartida al derecho de retención:

(art. 1867) **El acreedor debe cuidar de la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia; tiene derecho al abono de los gastos hechos para su conservación, y responde de su pérdida o deterioro conforme a las disposiciones de este Código.**

(art. 1868) **Si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.**

(art. 1869) **Mientras no llegue el caso de ser expropiado de la cosa dada en prenda, el deudor sigue siendo dueño de ella.**

**Esto no obstante, el acreedor podrá ejercitar las acciones que competan al dueño de la cosa pignorada para reclamarla o defenderla contra tercero.**

(art. 1870) **El acreedor no podrá usar la cosa dada en prenda sin autorización del dueño, y si lo hiciere o abusare de ella en otro concepto, puede el segundo pedir que se la constituya en depósito.**

(art. 1871) **No puede el deudor pedir la restitución de la prenda contra la voluntad del acreedor mientras no pague la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso.**

**DERECHO A REALIZAR EL VALOR**. El acreedor puede optar por

* el procedimiento ordinario de ejecución forzosa  (arts. 634 ss LEC -Del procedimiento de apremio-, en la práctica de uso infrecuente para estos casos),
* el procedimiento judicial para exigir el pago de deudas garantizadas por prenda o hipoteca (arts. 681 y sig LEC)
* el especial ante Notario regulado en el art. 1872 Cc:

**El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito, podrá proceder por ante Notario a la enajenación de la prenda. Esta enajenación habrá de hacerse precisamente en subasta pública y con citación del deudor y del dueño de la prenda en su caso. Si en la primera subasta no hubiese sido enajenada la prenda, podrá celebrarse una segunda con iguales formalidades; y, si tampoco diere resultado, podrá el acreedor hacerse dueño de la prenda. En este caso estará obligado a dar carta de pago de la totalidad de su crédito.**

**Si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio**

*Arts. 322 y sig. del Cco redactados pos la LMV*

Art. 1873 **Respecto a los Montes de Piedad y demás establecimientos públicos, que por instituto o profesión, prestan sobre prendas, se observarán las leyes y reglamentos especiales que les conciernan y subsidiariamente las disposiciones de este título.**

Por último, el acreedor en caso de concurrencia de créditos gozará de la **PREFERENCIA** establecida en los arts. 1922.2 y 1926.1º (remisión).

Artículo 1922. Con relación a determinados bienes muebles del deudor, gozan de preferencia: 2.º Los garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor.

Artículo 1926. Los créditos que gozan de preferencia con relación a determinados bienes muebles excluyen a todos los demás hasta donde alcance el valor del mueble a que la preferencia se refiere.

Si concurren dos o más respecto a determinados muebles, se observarán, en cuanto a la prelación para su pago, las reglas siguientes:

1.ª El crédito pignoraticio excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en prenda.

Y en el caso de concurso (aparte su derecho a ejecución separada, en los términos y con los límites del art. 56 LC, y su no vinculación por el convenio aprobado, en los términos y con los límites del art. 134 LC), de conformidad con el art. 90 de la Ley Concursal modificado en varias ocasiones (las últimas por R.D. Ley 5 de septiembre de 2014 y Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público), tienen la consideración de crédito con privilegio especial, al igual que el hipotecario:

Artículo 90 LC. Son créditos con privilegio especial:

6.º 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…

Los créditos garantizados con PRENDA CONSTITUIDA SOBRE CRÉDITOS FUTUROS sólo gozarán de privilegio especial cuando concurran los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso:

a) Que los créditos futuros nazcan de contratos perfeccionados o relaciones jurídicas constituidas con anterioridad a dicha declaración.

b) Que la prenda esté constituida en documento público o, en el caso de prenda sin desplazamiento de la posesión, se haya inscrito en el registro público competente.

El privilegio especial solo alcanzará la parte del crédito que no exceda del valor de la respectiva garantía que conste en la lista de acreedores, calculada de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 5 del artículo 94.

Extinción de la prenda

Por la extinción del crédito garantizado (“accesorium séquitur principale”) o por causas de extinción propias de los derechos reales.

El artículo 1191 Código Civil señala un supuesto de remisión tácita (presunción iuris tantum)

**Se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda, cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor.**

**LA PRENDA IRREGULAR**

Es aquella que tiene por objeto una cantidad de dinero u otras cosas fungibles, de modo que, cumplida la obligación garantizada, se ha de restituir al dueño no las mismas cosas, sino la misma cantidad u otro tanto del mismo género y calidad. Tal sería el caso (afirman algunos) de la impropiamente denominada fianza en el art. 36 LAU.

Para Peña, no es correcto hablar de prenda en sentido estricto (ya que hay traspaso de la propiedad) pero sí en sentido económico.

* Los efectos de la prenda irregular, como señala CASTÁN son los siguientes:
* Atribuye la propiedad de la cosa al acreedor pignoraticio y en caso de incumplimiento de la otra parte, puede aplicarla a su pago.
* Si la obligación principal es cumplida, el acreedor pignoraticio está obligado a restituir una cantidad igual a la recibida.
* No debe confundirse la prenda irregular con la prenda regular sobre cosas fungibles, perfectamente posible si así lo hubiesen acordado las partes (aunque poco frecuente).

Por último, señalar que la ley 474 de la compilación Navarra regula la prenda irregular, bajo la rúbrica “Depósito en garantía”.

**Y LA PRENDA SOBRE DERECHOS**

En principio su admisibilidad queda subordinada a que sean susceptibles de posesión (art. 1864 Cc). Cabe distinguir:

* **Prenda sobre derechos reales**. Se admite siempre que se trate de derechos que recaigan sobre cosas muebles en el comercio de los hombres (susceptibles de posesión).
* **Prenda sobre derechos personales:**
* **Derechos personales que otorgan a su titular la facultad de poseer un bien determinado.** Vgr. el arrendamiento. Podrán ser objeto de prenda igual que los derechos reales.
* **PRENDA SOBRE CRÉDITOS**. Al no ser susceptibles posesión, no cabe cumplir este requisito esencial para la constitución del derecho de prenda *(sí en cambio de prenda sin desplazamiento -sobre derechos de crédito, incluso 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, REMISION TEMA 51)*.

Ahora bien, señala CASTAN, como este requisito tiene la finalidad de evitar que el deudor disponga de la cosa:

puede suplirse por la notificación al deudor (para que éste se abstenga de pagar al acreedor principal y lo haga en su caso al acreedor pignoraticio).

en cualquier caso, tal notificación, no releva de la necesidad de observar lo que dispone el art. 1865 (**instrumento público**) para que la prenda tengan efectos frente a terceros (Guilarte Zapatero). Con **DOS EXCEPCIONES**:

* Artículo 90 LC (ya citado) Son créditos con privilegio especial: 6.º 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…
* **Operaciones de garantía financiera del art. 6 del R.D. Ley 5/2005**, de 11 de marzo (de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública) sobre un derecho de crédito.

Son operaciones exorbitantes, dado que, frente al régimen ordinario del Cc, permite su constitución **por escrito** –o forma jurídica equivalente-, con ausencia total de formalidad añadida (es decir, sin escritura ni inscripción) para su constitución, validez, eficacia frente a terceros, ejecutabilidad o admisibilidad como prueba.

Para la realización de la prenda, el acreedor podrá ejercitar y cobrar directamente el crédito:

* si la prestación consiste en metálico se aplicará al pago del crédito;
* si recayere sobre una cosa corporal, mueble o inmueble, adquirirá sobre ella prenda o hipoteca, respectivamente.

Prenda sobre valores (REMISION Tema Mercantil)

En este caso el desplazamiento de la posesión se cumple con el desplazamiento de la posesión del título. Y si están representados no por títulos sino por anotaciones en cuenta, ex art. 10 LMV: la inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título.

Tipos especiales de prenda de valores son

* la **prenda de acciones y participaciones** regulada en el TR de la LSC
* la “exorbitante” **prenda de valores del art. 6 y ss del R.D. Ley 5/2005**, de 11 de marzo (de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública), antes referida

**LA ANTICRESIS**

(art. 1881) **Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito.**

La mayoría de la doctrina configura la anticresis como un derecho real de garantía inmobiliaria, en virtud del cual el acreedor podrá poseer la cosa, percibir sus frutos para aplicarlos a su crédito y, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, exigir la realización del inmueble para cobrarse.

**NATURALEZA** jurídica de la anticresis.

* Dos posturas:

ROCA considera que es un derecho real mixto de disfrute y de garantía.

En contra, considera GARCíA GRANERO que es un derecho real simplemente de garantía, en cuanto el disfrute se supedita a ésta.

* Tampoco existe unanimidad acerca de si es o no esencial el desplazamiento de la posesión. Para algunos sí (el art. 1883 parece presuponerlo).
* La anticresis difiere de la prenda en que recae sobre inmuebles y de la hipoteca en que da derecho a percibir *los frutos* dentro de los límites establecidos en la ley (además, en la anticresis hay siempre desplazamiento posesorio, 1883, según un sector doctrinal).

**REGULACIÓN**.

Elementos formales. Reglas generales (art. 1280).

En la práctica normalmente se manifiesta en combinación con la hipoteca.

(art. 1882) **El acreedor, salvo pacto en contrario, está obligado a pagar las contribuciones y cargas que pesen sobre la finca.**

**Lo está asimismo a hacer los gastos necesarios para su conservación y reparación.**

**Se deducirán de los frutos las cantidades que emplee en uno y otro objeto.**

(art. 1883) **El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor.**

**Pero éste, para librarse de las obligaciones que le impone el artículo anterior, puede siempre obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca salvo pacto en contrario.**

(art. 1884) **El acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido.**

**Todo pacto en contrario será nulo. Pero el acreedor en este caso podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.**

(art. 1885**) Los contratantes pueden estipular que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la finca dada en anticresis.**

(art. 1886) **Son aplicables a este contrato el último párrafo del artículo 1.857** (el inmueble puede pertenecer a un tercero)**, el párrafo segundo del artículo 1.866** (pignus gordiano) **y los artículos 1.860** (indivisibilidad) **y 1.861** (puede asegurar toda clase de obligaciones)**.**

Por último, aunque en las normas de prelación de créditos del 1923 no se incluya la anticresis, la mayoría de la doctrina (excepto DE DIEGO) consideran que el acreedor tendrá **PREFERENCIA** sobre el precio de su venta.

Se confiere configura también como un crédito con privilegio especial en el caso de concurso (art. 90 LC).