**Tema 38 GARANTÍAS REALES: LA PRENDA. LA PRENDA SOBRE DERECHOS DE CRÉDITO: SOBRE EL SALDO DE DEPÓSITOS BANCARIOS E IMPOSICIONES A PLAZO FIJO; LA PRENDA DE VALORES NEGOCIABLES. GARANTÍAS PERSONALES EN LOS CONTRATOS BANCARIOS. AVALES Y GARANTÍAS PRESTADAS POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO; LA CONTRAGARANTÍA**

**GARANTIAS REALES:**

En Roma la garantía real se desenvolvió progresivamente través de la fiducia/pignus/hypotheca (REMISION tema 50 civil)

En 1889 nuestro **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: **prenda**, sólo sobre muebles y con desplazamiento; **hipoteca**, sólo sobre inmuebles y sin desplazamiento posesorio; y **anticresis**, que hasta entonces se consideraba un pacto agregado a la prenda/hipoteca.

La necesidad de fomentar el crédito en los tiempos modernos alteró las cosas.

La prenda común de bienes corporales ha caído en relativo desuso (salvo empeño en montepíos) por sus inconvenientes prácticos (costes de conservación, el pignorante pierde la posesión de la cosa y no puede volverla a empeñar, etc).

Su hueco lo ha venido a rellenar principalmente la HMyPSD L. 16 de diciembre de 1954, sustituyéndose en ambos casos la entrega de la cosa por la inscripción en un registro especial.

Así hoy en día para distinguir prenda e hipoteca sólo cabe decir que en ningún caso hay prenda de inmuebles / ni hipoteca con desplazamiento.

**LA PRENDA**

Aparte la hipoteca naval, las históricas prendas agrícola/aceitera/industrial, garantías atípicas y otras (vg retención) objeto del tema 50 civil, esa necesidad de fomentar el crédito ha dado lugar a otros derechos de garantía real que ahora analizamos: prenda de créditos -> prenda de títulos-valores*-> prenda de* valores negociables (anotaciones en cuenta)

El Cco no contiene reglas generales sobre la prenda pero la doctrina atribuye carácter mercantil a las prendas en garantía de obligaciones mercantiles y a las que tienen por objeto cosas mercantiles (art 320 Cco). Estas prendas mercantiles se pueden clasificar en dos grupos:

*Prenda de títulos*. En ellas la afección se realiza mediante la entrega del equivalente documental del objeto cuyo valor se grava. En este grupo podemos incluir, *la prenda cambiaria, la de acciones y la de títulos representativos de mercancías*.

Las dos primeras en clara disminución (la cambiaria por el declive de la letra de cambio; la de acciones, por su progresiva representación en anotaciones en cuenta).

Más estabilidad presenta la tercera, que consiste en poner en posesión del acreedor los títulos representativos de las mercancías, que confieren a su tenedor legítimo el derecho a la entrega de las mercancías documentadas y a disponer de estas**.**

*Prendas registrales*. Estas no implican ni la desposesión del objeto pignorado, ni tampoco de su equivalente documental (la afección se produce por su inscripción en el registro pertinente). En este grupo podemos incluir *la prenda de participaciones sociales y la de sin desplazamiento de la posesión.*

**LA PRENDA SOBRE DERECHOS DE CRÉDITO:**

En principio se admite la prenda sobre derechos susceptibles de posesión (art. 1864 Cc), reales o personales (vg renta de arrendamiento).

**La PRENDA SOBRE CRÉDITOS plantea dificultad** al no ser propiamente los créditos susceptibles posesión.

\* La LHMPSD (art 54) admite explícitamente la *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 Civil)*.

La PSD se constituye en escritura pública. No obstante, podrá también constituirse mediante póliza intervenida por Notario cuando se trate de operaciones bancarias o se refiera a cualquiera de los supuestos comprendidos en el artículo 93 Cco (art 3 LHMPSD).

\* Ahora bien, ¿cabe prenda ordinaria sobre créditos? Señala CASTAN que el desplazamiento posesorio tiene la finalidad de evitar que el deudor disponga de la cosa y en consecuencia 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), a salvo siempre 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 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 y ss 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.

Para la **realización** de esta 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.

Reconocido expresamente su carácter privilegiado especial en sede concursal en el art. 90. 1. 6º LC (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) nadie duda ya que la prenda de crédito también goza de la **preferencia** establecida en el art. 1922 CC.

Se admite incluso la prenda ordinaria (además de la PSD, art 54 ya citado) sobre créditos futuros en el art 90 LC

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.

*En suma existen dos tipos de prenda sobre créditos*, la ordinaria (en la que la notificación sustituye a la desposesión del crédito) y la PSD (en la que la publicidad registral reemplaza a la desposesión). No son figuras homogéneas, vg:

En la primera el acreedor tiene las facultades de reipersecutoriedad y anticréticas, que no tiene en la segunda (no hay que olvidar que el registro de bienes muebles lo es de gravámenes y no de titularidades, y por tanto la inscripción no se impone al adquirente del bien pignorado si lo es de buena fe).

Es posible la concurrencia sobre un mismo bien de ambas prendas (según la DGRN) tal que *en la prenda con desplazamiento* su preferencia vendrá dada por la fecha del instrumento público (no la de su notificación) mientras que en *la PSD* su preferencia viene dada por la fecha de inscripción.

**PRENDA SOBRE EL SALDO DE DEPOSITOS BANCARIOS E IMPOSICIONES A PLAZO FIJO**

Una modalidad especial de la prenda de créditos es la prenda sobre el saldo de depósitos bancarios e imposiciones a plazos. Se rigen por un sistema muy simplificado de constitución, a saber, las llamadas “garantías financieras” del art. 6 y ss R.D. Ley 5/2005, de 11 de marzo. La peculiariedad de estas garantías es que, por trasposición de la correspondiente Directiva comunitaria, son operaciones EXORBITANTES, dado que, frente al régimen ordinario del Cc:

+ Permiten 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 (concursal y extraconcursal), ejecutabilidad o admisibilidad como prueba

La apertura de un procedimiento concursal o de liquidación administrativa no es causa para anular/rescindir la aportación de una garantía financiera previa a (incluso del mismo día) la apertura del procedimiento

\* Procedimiento privilegiado de ejecución de las garantías, según su clase:

*Efectivo* (compensación de su valor o aplicación del mismo al cumplimiento de las obligaciones principales)

*Derechos de crédito y valores negociables (venta / apropiación / compensación de su valor o aplicación del mismo al cumplimiento de las obligaciones principales)*

**LA PRENDA DE VALORES NEGOCIABLES**

La prenda de valores requiere el desplazamiento de la posesión del título (tratándose de títulos) o la correspondiente inscripción (art 12 LMV: tratándose de anotaciones en cuenta, la inscripción de la prenda equivale al desplazamiento posesorio del título).

(PRENDA DE TITULOS VALORES)

Cuando el **crédito se representa en un título valor**, la constitución de la prenda sigue la ley de circulación del documento.

En los transmisibles por endoso la prenda puede constituirse (además) mediante endoso de garantía (así en acciones u otros valores / prenda sobre el conocimiento de embarque marítimo).

En los documentos al portador, por simple retención del documento.

En cambio, la prenda sobre sobre participaciones (que NO son títulos valores, art. 92 LSC) se constituye mediante documento público y para su eficacia frente a la sociedad es necesaria la inscripción en el libro registro de participaciones (art 106 LSC).

(PRENDA DE VALORES NEGOCIABLES)

El régimen especial de los préstamos con garantías de valores cotizados en bolsa o en otros mercados secundarios oficiales (**o que sin cotizar se representan mediante anotaciones en cuenta**) hace que sea una de las modalidades de garantía preferidas por las entidades de crédito. Por su fácil constitución, la fuerte tutela que obtiene el prestador frente a los demás acreedores y la rápida realización de las cosas dadas en prenda mediante su venta en Bolsa. En tal sentido:

+ Recordar la “exorbitante” **prenda de valores negociables del art. 6 y ss del R.D. Ley 5/2005** ya analizada.

+ Los arts. 320 a 324 CCo regulan los préstamos con garantía de valores, cuyo estudio detallado corresponde al tema mercantil sobre el préstamo, REMISIÓN)

Mercantilidady EP/Póliza

(320.2) El préstamo con garantía de valores **admitidos a negociación** en un mercado secundario oficial, hecho **en póliza intervenida o EP**, se reputará **SIEMPRE** mercantil

(320.1) Esta prenda (a diferencia de la exorbitante) ha de otorgarse en escritura pública *(o en su caso, póliza)*, en donde se deben expresar los datos y las circunstancias necesarias para la adecuada identificación de los valores dados en garantía.

Peculiaridades:

**·** Conceden un derecho de **preferencia** (320.2).

· **Procedimiento especial de ejecución** (322), sólo durante los 3 días hábiles siguientes al vencimiento del préstamo.

· Existe **irreivindicabilidad** a favor del prestador (art 324).

**GARANTIAS PERSONALES EN LOS CONTRATOS BANCARIOS**

Las entidades financieras, y en especial las bancarias, suelen exigir a sus clientes que garanticen de forma especial los compromisos asumidos.

Las garantías tradicionales son personales (fianza, REMISIÓN tema 35) y reales (REMISIÓN a otros epígrafes de este tema). De la **FIANZA** bancaria, figura muy frecuente, destacamos como especialidades:

Su mercantilidad en todo caso.

La doctrina, a pesar de no existir un norma clara y expresa que declare la mercantilidad de los contratos bancarios en general y del préstamo bancario en particular, así la sostiene.

Parece así que debería extenderse dicha mercantilidad a los afianzamientos en que intervengan estas entidades, bien como beneficiarias de la garantía, bien como garantes frente a un tercero en beneficio de sus clientes (caso que estudiamos en la siguiente pregunta). Por lo tanto al calificarlo como mercantil, ex **art 440 Cco** deberá constar por escrito, formalidad que quedará cumplida tanto si se recoge en EP/Póliza intervenida (lo normal en el ámbito bancario, ex 517 LEC) como si se hace en documento privado.

En los afianzamientos prestados a favor de las entidades bancarias es muy frecuente *l*a pluralidad de fiadores (***confianza),*** que puede ser *solidaria o mancomunada*, situación ésta última poco frecuente en el ámbito bancario pero no inverosímil (todo dependerá de la posición de fuerza que se ostente frente al banco).

Sobre la posible exclusión en el tráfico mercantil, **y por tanto bancario,** del beneficio de excusión del fiador, la jurisprudencia del Tribunal Supremo se ha mantenido vacilante (presunción de solidaridad de las obligaciones mercantiles versus art1137 Cc –tesis mayoritaria). REMISION

Analizamos ahora **"garantías específicas"** del tráfico bancario. Destacan:

**LA DOMICILIACIÓN DE NÓMINAS**. La banca solicita al cliente que domicilie su salario en su cuenta abierta en la entidad hasta que el crédito sea reembolsado.

Supone una garantía apreciable: las cuotas de devolución del préstamo son debitadas días después de ser abonada en cuenta la nómina.

El traspaso de la domiciliación de la nómina a otra entidad suele provocar la pérdida de una bonificación pactada del tipo de interés.

**LOS SEGUROS**

Normalmente, un seguro de vida/incapacidad (en ocasiones, también desempleo) en el que el cliente es el asegurado y la banca es el beneficiario.

Acaecida la contingencia cubierta, el cliente (en su caso sus herederos) quedan total/parcialmente liberados de la obligación de reembolso del crédito.

Seguro de crédito (a no confundir con el de caución), que cubre al banco frente al riesgo de insolvencia del cliente (deudor).

**LAS LLAMADAS GARANTÍAS NEGATIVAS.** Cláusulas que limitan ciertos derechos del deudor, garantizándose la banca frente a alteraciones que puedan potencialmente mermar el patrimonio del deudor.

Constituyen obligaciones de no hacer: vg prohibición de enajenar, hipotecar/pignorar sin el consentimiento del acreedor (so pena de vencimiento anticipado del crédito).

Suelen venir acompañadas del deber pactado de informar a la banca acerca de la evolución patrimonial del deudor / deber de conservación y mantenimiento, etc

**AVALES Y GARANTIAS PRESTADAS POR LAS ENTIDADES DE CRÉDITO**

(AVALES)

Las garantías bancarias (el banco es requerido por un cliente para garantizar su deuda frente a un tercero -acreedor principal) tienen auge en el tráfico mercantil moderno, como consecuencia de una legislación que protege su solvencia. El propio legislador confía en ellas:

La LGT la estima suficiente para suspender la ejecución o para aplazar o fraccionar el pago de una deuda tributaria

La LSC (art 337) permite enervar con aval de entidad de crédito la oposición de acreedores a la reducción de capital. Ídem en los supuestos de fusión/escisión/cesión global del activo y pasivo.

Caracteres de la fianza (también denominada “aval”) bancaria:

Es siempre mercantil (según lo visto) y en consecuencia normalmente onerosa y solidaria.

El cliente se obliga al pago de una comisión *por riesgo*, durante la vida de la fianza (generalmente se devenga con carácter anual), además de *la* comisión de *formalización (*que se paga una sola vez en el momento de la concesión).

Tiene carácter complejo (triangular):

Relación de valuta (contrato principal subyacente entre el deudor ordenante de la fianza y el beneficiario)

Mandato (comisión mercantil de otorgamiento de garantía) del cliente (deudor-ordenante) al banquero. Da lugar a una relación de cobertura (frecuentemente, un contraaval)

Relación de garantía (banquero-beneficiario)

La moderna garantía autónoma (**AVAL A PRIMER REQUERIMIENTO**) viene desplazando a la tradicional fianza bancaria.

La esencia del aval a primer requerimiento es que el banco garante o emisor se obliga a pagar ante la presentación de meros documentos: el propio requerimiento del beneficiario o los documentos pactados

"Condiciones documentarias": vg el certificado del arquitecto de que la obra entregada no tiene defectos; o

Créditos documentarios (los documentos representativos de las mercancías).

En el aval a primera requerimiento no rige el art 1853 Cc. El beneficiario queda exonerado de la carga de probar el incumplimiento del deudor afianzado como presupuesto de su reclamación, renunciando el banco a oponer las excepciones del afianzado e incluso las propias (la obligación del garante es abstracta o independiente de la relación de valuta); a salvo la exceptio doli.

El banco sólo puede oponer la "exceptio doli", aportando prueba evidente de que el beneficiario ha cobrado su crédito o de que éste ha dejado de existir.

(OTRAS GARANTÍAS)

Junto al aval cambiario ((art. 36Ley Cambiaria) existe la **FIANZA EXTRACAMBIARIA** de las obligaciones cambiarias que el afianzado haya contraído o contraiga en el futuro frente a un determinado acreedor, beneficiario de esta fianza. Con la doble ventaja de que:

la fianza subsiste aunque se pierda la letra

su plazo de prescripción es más largo que el de las obligaciones cambiarias (5 años del art 1964 Cc y no 3/1 año o seis meses del aval cambiario, según quien sea el obligado cambiario afianzado).

**LAS CARTAS DE PATROCINIO** (procedentes de la práctica anglosajona, “letters of responsability / confort letters”) son declaraciones informales de su firmante (patrocinador) tendentes a favorecer la concesión de crédito a un tercero (patrocinado) por su destinatario.

El caso normal es el grupo de sociedades (sociedad matriz que “garantiza” a su filial). Pero no el único: la STS 28 de julio de 2015 considera suficiente cualquier interés del patrocinador en la operación de crédito a favor del patrocinado (vg alto nivel de endeudamiento de la patrocinada frente a la firmante).

Normalmente son los bancos los que reciben estas declaraciones. Pero también ocurre al revés (normalmente, a favor de una filial suya).

Naturaleza: la STS 16/12/1985 les niega carácter de fianza, por no ser expresa en el sentido del art 1827 Cc. De ahí su diferente tratamiento contable/fiscal.

Tiene VENTAJAS (nulo coste fiscal y en comisiones) e inconvenientes (su atipicidad acarrea dudas en cuanto a su EFICACIA OBLIGACIONAL)

Existen dos tipos de cartas de patrocinio: cartas débiles y cartas fuertes

(CD) Tienen solo valor informativo. Sólo puede generar responsabilidad extracontractual (por negligencia/dolo en la información aportada)

(CF) La STS 27 junio 2016 las califica de garantía “atípica”: negocio jurídico no formal, unilateral, recepticio (requiere su aceptación por el acreedor, aun de forma tácita o presunta), que genera una obligación de resultado y solidaria para el firmante.

**LA CONTRAGARANTIA**

Consiste en un contrato (normalmente póliza intervenida notarialmente) entre el banco avalista y el avalado que permite, en el caso de que se ejecute el aval, que el Banco avalista pueda reclamar el dinero que ha tenido que desembolsar por incumplimiento de la obligación del avalado.

Es el lógico **complemento** del aval bancario, tanto ordinario como “a primer requerimiento” (interesante no solo para su beneficiario sino también para el banco, que no desea verse inmerso en las disputas “de valuta” entre deudor-acreedor), a fin de garantizarse el reembolso de lo pagado.