

**COMENTARIO DE LAS SENTENCIAS
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019
(466/2019 Y 467/2019)**

**Prenda en garantía de créditos futuros
y tercería de mejor derecho:
instrumento idóneo para proteger
la oponibilidad de la garantía no inscrita
y su inherente derecho preferente al cobro
frente a cualquier acreedor posterior**

Comentario a cargo de:
ROSA M. GUAL TOMÀS
Asociada Senior de *Cuatrecasas & Gonçalves Pereira*

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019

ROJ: STS 2851/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:2851

ID CENDOJ: 28079119912019100025

PONENTE: EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO 17 DE SEPTIEMBRE DE 2019

ROJ: STS 2855/2019 - **ECLI:** ES:TS:2019:2855

ID CENDOJ: 28079119912019100026

PONENTE: EXCMO. SR. DON IGNACIO SANCHO GARGALLO

Asunto: Mismo demandante, mismo demandado y unos hechos prácticamente idénticos, permiten al Tribunal Supremo sentar doctrina en materia de tercería de mejor derecho y prenda en

garantía de obligaciones futuras, confirmando el criterio sentado ya en la anterior STS de 7 de octubre de 2016 e incluso yendo un paso más allá: pese a que la obligación garantizada con la prenda sea futura, el derecho al cobro anudado a ella tendrá preferencia respecto a cualquier derecho de crédito posterior aunque este sí fuere líquido, vencido y exigible. Y ello sin perjuicio de que el crédito garantizado ni tan siquiera llegue a vencer antes de la sentencia estimando la tercería.

La preferencia al cobro del acreedor pignoraticio depende únicamente de la fecha de constitución de la garantía prendaria, no de la fecha en la que la obligación garantizada –el crédito– vence, se liquida y es por ello exigible.

Así, como resuelve el Tribunal Supremo, para que en un caso como los analizados la prenda constituida sea oponible erga omnes y con ello prospere la tercería de mejor derecho prevista en el artículo 614 LEC, bastará con que el demandante acredite (i) la existencia de la obligación garantizada (determinable, se entiende) y (ii) la preferencia de la garantía real del demandante respecto el derecho del demandado.

El sistema de garantías debe estar protegido legal y jurisprudencialmente si queremos que invertir en el sector empresarial español sea atractivo. No basta con construir un sistema nominativamente fuerte, sino que es fundamental demostrar cómo, a la práctica, las resoluciones judiciales responden en idéntico sentido.

Las reglas del juego están pacíficamente fijadas: la preferencia al cobro no depende del carácter líquido, vencido y exigible de la obligación garantizada sino de la fecha en la que se constituyó la prenda que la garantiza.

Sumario: **1. Resumen de los hechos. 2. Soluciones dadas en primera instancia. 3. Soluciones dadas en apelación. 4. Los motivos de casación alegados. 5. Doctrina del Tribunal Supremo:** 5.1 Relevancia de las garantías reales en el mercado, reconocimiento de la validez de una prenda en garantía de créditos futuros y efectos erga omnes. 5.2 La tercería de mejor derecho como mecanismo para proteger la preferencia al cobro del acreedor pignoraticio. 5.3 Cambio de rumbo jurisprudencial: la STS de 7 de octubre de 2016. 5.4 Doctrina fijada en las SSTS 2851/2019 y 2855/2019; 5.5 Conclusión. **6. Bibliografía.**

1. Resumen de los hechos

1.1. *Hechos que dieron lugar a la STS 2851/2019*

El 24 de mayo de 2004, Caixabank avaló las obligaciones de pago futuras que pudieren surgir para una empresa como consecuencia de un procedimiento laboral en trámite ante un Juzgado de lo Social. En 2009, avalista y avalada concertaron una póliza de contragarantía del referido aval pignorando a favor de la entidad financiera el saldo de una cuenta bancaria titularidad del avalado. Con ello, quedaba constituida la prenda en garantía de la acción de regreso derivada de las futuras obligaciones de pago que pudieren surgir para Caixabank en su condición de avalista.

Prácticamente dos años más tarde, la Agencia Tributaria inició un procedimiento de apremio por deudas tributarias frente a la empresa. En dicho procedimiento, la Agencia Tributaria embargó el saldo de la cuenta pignorada en favor de la entidad financiera.

Al ver desaparecer el saldo que tenía pignorado a su favor, Caixabank planteó una tercería de mejor derecho ante la Agencia Tributaria. Ésta, sin embargo, no fue estimada. Por ello, interpuso una tercería de mejor derecho ante los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona. La Agencia Tributaria se opuso con un único argumento: en la fecha en la que se trabó embargo el derecho del Banco, esto es, la obligación garantizada con la prenda, no era líquido, vencido y exigible.

1.2. *Hechos que dieron lugar a la STS 2855/2019*

El 8 de septiembre de 2006, Caixabank avaló las obligaciones que para un tercero pudieren derivar de un contrato de arrendamiento; simultáneamente, avalista y avalado suscribieron una póliza de contragarantía pignorando el saldo de un depósito de dinero a favor de la entidad financiera.

El 19 de abril de 2013 la Agencia Tributaria embargó parcialmente el saldo pignorado.

Igual que en el caso anterior, Caixabank realizó una reclamación previa de tercería de mejor derecho en vía administrativa, que tampoco fue estimada.

De igual modo, la falta de respuesta de la Agencia Tributaria terminó con una demanda de tercería de mejor derecho ante la jurisdicción ordinaria, en virtud de la cual el Banco solicitó que se reconociera su preferencia al cobro sobre el depósito pignorado pese a que el crédito garantizado no fuere líquido, vencido y exigible ni al decretarse el embargo, ni durante el procedimiento judicial posterior.

2. Soluciones dadas en primera instancia

Pese a que el supuesto de hecho que motivó la interposición de ambas tercerías era idéntico, los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona n°38 y n°46 alcanzaron soluciones totalmente contrarias.

2.1. *Sobre la sentencia en primera instancia en el procedimiento que dio lugar a la STS 2851/2019*

La demandante interpuso tercería de mejor derecho frente a la Agencia Tributaria interesando que se declarare su mejor derecho a retener el saldo de 6.600 euros del depósito pignorado por el deudor pignoraticio con preferencia a la diligencia de embargo de la Agencia Tributaria.

La demandada se opuso a las pretensiones de adverso y solicitó que se declarare que el crédito de la Agencia Tributaria era preferente al de la actora sobre el producto del embargo efectuado sobre el saldo de la cuenta embargada.

El 8 de octubre de 2014 el Juzgado de Primera Instancia nº38 de Barcelona desestimó íntegramente la demanda de tercería de mejor derecho y declaró que el crédito de la Agencia Tributaria era preferente al de la actora sobre el producto del embargo efectuado sobre el saldo de la cuenta embargada, al considerar que *la prenda en garantía del aval sólo sería preferente si existiere una deuda líquida, vencida y exigible, y ésta no constaba acreditada al tiempo de instarse la tercería de mejor derecho.*

2.2. *Sobre la sentencia en primera instancia dictada en el procedimiento que dio lugar a la STS 2855/2019*

La demandante interpuso tercería de mejor derecho frente a la Agencia Estatal de la Administración Tributaria interesando que se declarare su mejor derecho a retener el saldo de 3.360 euros del depósito pignorado por el deudor pignoraticio con preferencia a la diligencia de embargo de la Agencia Tributaria.

La demandada se opuso a las pretensiones de adverso y solicitó que se desestimare la tercería por no haber quedado acreditada la existencia del crédito que el banco invocaba como preferente.

El 16 de diciembre de 2014 el Juzgado de Primera Instancia nº46 de Barcelona estimó íntegramente la demanda de tercería de mejor derecho y declaró el derecho del demandante a retener el saldo del depósito pignorado con preferencia a la diligencia de embargo de la Agencia Tributaria. El razonamiento del Juzgado de instancia se fundamentó en el mero hecho de que la prenda se había constituido en fecha anterior a la diligencia de embargo acordada por la Agencia Tributaria (por lo que en la medida en la que el crédito de un tercerista nace con la perfección del contrato, al margen de su vencimiento, dicho acreedor pignoraticio tendrá preferencia al su cobro sobre la cosa pignorada aunque el crédito no haya vencido o no sea líquido).

3. Soluciones dadas en apelación

Pese a la divergencia de criterio entre los Juzgados de Primera Instancia 38 y 46 de Barcelona, las secciones Decimoséptima y Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona sí respondieron al unísono a los recursos de apelación que se plantearon, respectivamente, por Caixabank –en el primer caso– y por la Agencia Tributaria –en el segundo caso–. Y ello lo hicieron, además, ambas secciones dictando sentencia en la misma fecha, el 26 de septiembre de 2016, dando preferencia al derecho del acreedor público frente al derecho del acreedor financiero.

3.1. *Sobre la sentencia dictada por la sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona*

La sección Decimoséptima de la Audiencia Provincial de Barcelona desestimó el recurso de apelación interpuesto por la entidad bancaria y confirmó la sentencia de primera instancia.

3.2. *Sobre la sentencia dictada por la Sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona*

La sección Decimonovena de la Audiencia Provincial de Barcelona, en la misma fecha y bajo el mismo criterio, dictó sentencia en virtud de la cual, estimó el recurso de apelación interpuesto por la Agencia Tributaria al considerar que *en una tercería de mejor derecho no es suficiente que el tercerista tenga un derecho de prenda en garantía de obligación futura, sino que es preciso que el crédito sea existente, líquido, vencido y exigible.*

4. Los motivos de casación alegados

Caixabank planteó recurso de casación frente a las dos sentencias de 26 de septiembre de 2016 sobre la base de un mismo y único motivo: la infracción de los artículos 1922.2º y 1926, párrafo 1º, del Código Civil, conforme a los cuales:

Artículo 1922.2º CC:

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.

Los recursos de casación fueron admitidos, respectivamente, el 20 de febrero de 2019 (STS 2851/2019) y el 12 de diciembre de 2018 (STS 2855/2019).

Los recursos interpuestos contra las sentencias de 26 de septiembre de 2016 de la Audiencia Provincial de Barcelona pretendían la fijación de una misma y unívoca doctrina jurisprudencial, a saber:

“La preferencia que establecen los arts. 1922.2º y 1926, regla 1ª del Código Civil para los créditos garantizados con prenda sobre cosa empeñada y hasta donde alcance su valor, se extiende y alcanza frente a cualquier otro crédito posterior, incluso cuando el posterior sea líquido, vencido y exigible, y el garantizado con prenda no, teniendo en consecuencia mejor derecho el garantizado con prenda que el crédito posterior líquido, vencido y exigible”.

Visto su idéntico petitum, el Tribunal Supremo acordó el conocimiento de ambos recursos de casación por el Pleno de la Sala, señalando votación y fallo el día 17 de julio de 2019.

5. Doctrina del Tribunal Supremo

Caixabank interpuso ambos recursos de casación poco después de que la Sala de lo Civil de este Alto Tribunal dictare el 7 de octubre de 2016 una sentencia que, como diremos, resolvía un supuesto de hecho prácticamente idéntico (SSTS 4415/2016).

La petición formulada por Caixabank en los recursos de casación que dieron pie al dictado de las dos SSTS que se analizan en este Comentario, debía permitir al Tribunal Supremo fijar doctrina confirmando la preferencia absoluta al cobro del acreedor pignoraticio frente titular de un derecho posterior que había dado lugar a un embargo sobre la cosa pignorada. Y el Alto Tribunal no desaprovechó la oportunidad.

Por su relevancia, previo a revisar la doctrina fijada por las SSTS, analizaré brevemente el contexto en el que éstas se dictan; pues de nada sirve conocer el final de una historia si previamente no se ha relatado su contexto.

5.1 Relevancia de las garantías reales en el mercado, reconocimiento de la validez de una prenda en garantía de créditos futuros y efectos erga omnes

Cualquier empresa que precise financiación externa ya sea para poder acometer sus inversiones, sufragar sus gastos fijos, disponer de la liquidez suficiente para dar viabilidad a su negocio, deberá estar preparada para ofrecer al financiador determinadas preferencias de cobro.

Para ello, nuestro ordenamiento jurídico está dotado de distintos instrumentos contractuales de garantía que permiten dar un mayor confort y seguridad a los distintos proveedores financieros. Entre estos instrumentos, distinguimos por su relevancia y practicidad, las hipotecas y las prendas mobiliarias, contratos de garantía real que conceden a su beneficiario (el acreedor hipotecario/pignoraticio) la potestad de cobrar su crédito con cargo al valor del activo sobre el que se constituye la carga con preferencia a los titulares de derechos posteriores. En palabras de Carrasco Perera (2015) *“es esencial a la garantía real que pueda ejecutarse de algún modo sobre la cosa afecta y que el acreedor beneficiario pueda cobrarse preferentemente con el producto de la ejecución”*.

La hipoteca se ha erigido, sin duda, en la protagonista de las financiaciones y refinanciaciones en nuestro país. Sin embargo, desde hace años, la prenda (común o sin desplazamiento) ha venido pisando fuerte y configurándose como un instrumento de garantía útil y eficaz. Sin embargo, si bien en términos generales el reconocimiento de la validez y la oponibilidad de la prenda sobre cosas tangibles no ha supuesto mayor complejidad, el reconocimiento de la validez y la eficacia *erga omnes* de la prenda sobre créditos precisó de configuración y confirmación jurisprudencial para poder gozar tanto de amparo jurídico como, a posteriori, de amparo en el mercado.

Durante los años 80, el Tribunal Supremo mantuvo una línea doctrinal muy estricta conforme a la cual únicamente admitía la validez de la prenda sobre cosas muebles o derechos incorporados a títulos valores. Por el contrario, se rechazaba el reconocimiento de la prenda sobre derechos de crédito por no ser éstos susceptibles de posesión (pese a lo dispuesto en los artículos 1863 y 1864 del Código Civil). Diez años más tarde, a partir de las SSTs de 19 de abril y 7 de octubre de 1997 la doctrina jurisprudencial cambia y se 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 (SSTs 10 de marzo de 2004 y 26 de septiembre de 2002).

Reconocida esta posibilidad, poco más tarde el Tribunal Supremo en la Sentencia 704/2007 de 20 de junio resolvió la posibilidad de que esta prenda de derechos de crédito se otorgare en garantía de obligaciones futuras (sujetas a condición suspensiva como indica el art. 1861 del Código Civil), todo ello en los siguientes términos, *“el art. 1861 del Código Civil dice que la hipoteca o la prenda pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria. El crédito futuro puede ser considerado jurídicamente como sometido a la condición suspensiva de que llegue a existir, y la garantía quedará entonces condicionada de la misma forma. Además, si la ley admite la hipoteca en garantía de créditos futuros (art. 142 de la Ley Hipotecaria) y la fianza por deudas futuras (art. 1825 CC), no hay obstáculo que impida la constitución de una prenda en garantía de tales obligaciones”*.

Cuestión distinta era si una vez reconocida la posibilidad de pignorar derechos de crédito, se reconociere su eficacia absoluta, esto es, la oponibilidad de la prenda común u ordinaria *erga omnes*, todo ello pese a que ésta no tuviera constancia registral. Paso a paso.

Lo que es cierto, es que la esencialidad del derecho preferente al cobro del beneficiario de la garantía real, sin embargo, quedaba ciertamente relegada a un aparentemente segundo plano en el caso del beneficiario de una prenda no inscrita, tanto desde una perspectiva civil como concursal.

Como indica Carrasco Perera (2015), “(1)a preferencia comporta que ningún otro acreedor ordinario o privilegiado de rango inferior podrá satisfacerse sobre el bien antes de que el crédito garantizado esté satisfecho. (...) Preferencias absolutas de los derechos de garantía sólo se producen dentro del concurso, donde las prendas e hipotecas mejoran su rango crediticio respecto del que les hubiera correspondido en una ejecución extraconcursal. Aunque una garantía no gozara de preferencia absoluta, conservaría, sin embargo, una posición casi óptima si el procedimiento de ejecución específico que estuviera diseñado para ella no admitiera interrupciones (tercerías de mejor derecho o de dominio) que posibilitaran la intromisión de terceros con privilegios prioritarios frente a la garantía que está siendo ejecutada. Esto sólo ocurre con la hipoteca y su singular procedimiento ejecutivo (cfr. art. 695 LEC). En el resto de los casos, la ejecución del derecho de garantía no está blindada frente al ejercicio de tercerías. La garantía es tanto más consistente cuanto mayor sea su inmunidad frente a las conductas ejecutivas de otros acreedores posteriores en rango. Pero de nuevo sólo la hipoteca puede presumir de esta condición, merced a los principios de purga y conservación de rango (art. 674 LEC). *En cambio, no es seguro en qué medida las garantías mobiliarias son inmunes a los actos ejecutivos (embargos) instados por acreedores que se anticipan en el tiempo aunque sean posteriores en rango.*”

Precisamente a esta debilidad práctica de la garantía pignoratícia, pese a su carácter de contrato de garantía real, se puso fin con las resoluciones unívocas que, a partir del año 2016 comenzaron a dictarse por el Tribunal Supremo, tanto desde el ámbito estrictamente civil como desde el ámbito concursal.

Como recoge la STS 4415/2016 de 7 de octubre a la que posteriormente me referiré, “*Una garantía real constituida antes del embargo, en principio, no necesitaría acudir a la tercería de mejor derecho, pues el embargo se habría trabado sobre el bien o derecho gravado, razón por la cual, en todo caso, la realización del bien o del derecho previamente gravado debe respetar la garantía real. Se ejecuta el bien con su garantía, de tal forma que quien lo adquiere en la ejecución lo hace con la carga que supone la garantía, y el acreedor titular de esta garantía real la mantiene intacta. Esto puede cumplirse fácilmente cuando la garantía goza de inscripción registral.*”

No ocurre lo mismo cuando la garantía real, como es la prenda sobre derechos del presente caso, no está inscrita en el registro. En estos casos, como el embargo se trabó sin que quedara constancia de que los derechos estaban previamente pignorados, la realización de los derechos embargados puede vaciar la garantía real, que no podrá oponerse frente al adquirente en la ejecución. Por esta razón, para no vaciar la garantía real, debemos admitir que el acreedor pignoraticio pueda hacer valer la preferencia de cobro que le concede su garantía real frente a la TGSS mediante la tercería de mejor derecho.”

Bajo esta necesidad de proteger el derecho preferente del acreedor pignoraticio en caso de posterior embargo del bien objeto de garantía, se enmarcan las dos SSTs objeto de este comentario.

Tal y como establecen ambas SSTs de 17 de septiembre de 2019, “*Conforme al art. 1865 CC, la prenda posesoria despliega todos sus efectos erga omnes desde que se constituye de modo debido (desde que “consta por instrumento público la certeza de su fecha”). La prenda posesoria válidamente constituida confiere al acreedor pignoraticio un derecho de reipersecutoriedad del objeto pignorado, sujeto al cumplimiento de la obligación garantizada, que puede hacerse efectivo mediante el derecho de retención “hasta que se le pague el crédito” (arts. 1866 y 1871 CC). De tal forma que, incumplida la obligación garantizada, el acreedor disfruta de la posibilidad de ejecutar el bien o derecho dado en prenda a través de los procedimientos legalmente previstos, y de una preferencia para el cobro de la deuda garantizada sobre el bien o derecho pignorado que atribuye al acreedor la condición de singularmente privilegiado (art. 1922.2º CC).*”

No obstante, como indica Díez-Picazo (*Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, 2012) “*la disciplina normativa que establece los privilegios no concede al acreedor ningún derecho subjetivo autónomo. Por el contrario, el privilegio es una simple cualidad del crédito y, por consiguiente, una simple facultad al mismo atribuida, que forma parte del contenido general de un derecho más amplio. Por ello, se hace preciso distinguir aquellos privilegios que van unidos a un derecho especial de garantía (por ejemplo, prenda, hipoteca) y aquellos que se conceden a un acreedor que carece de una garantía especial. En el primer caso, existe, efectivamente, un derecho real, pero el carácter de real no es una consecuencia específica del privilegio, sino del carácter que tiene la garantía del que el privilegio es consecuencia. En el segundo caso, no se puede hablar de derecho real ni de reipersecutoriedad. El privilegio es una simple facultad del acreedor para reclamar el cobro preferente frente a otros acreedores*”.

5.2 *La tercería de mejor derecho como mecanismo para proteger la preferencia al cobro del acreedor pignoraticio*

La Ley de Enjuiciamiento Civil regula la tercería de mejor derecho en sede del Libro III dedicado a la ejecución forzosa, y más concretamente en el Título IV – La ejecución dineraria - Capítulo III El embargo de bienes.

Con ello, el artículo 614 de la LEC identifica la tercería como un procedimiento incidental enmarcado en un proceso de ejecución ya sea judicial, ya sea administrativo, concebido con la finalidad de que “*quien afirme que le corresponde un derecho a que su crédito sea satisfecho con preferencia al acreedor ejecutante*”, pueda lograr su reconocimiento absoluto.

Tal y como lo desarrolla Cordón Moreno (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2011), “*la preferencia confiere al acreedor una facultad que se traduce en un derecho potestativo al cambio jurídico de la situación creada en un concreto proceso de ejecución, en virtud de la cual se confiere al acreedor ejecutante el derecho a resarcirse con el producto de los bienes realizados. Este cambio se concreta en el derecho a cobrar con preferencia que, en cuanto tal, como en cualquier otro derecho potestativo, depende de su*

ejercicio judicial por el favorecido y sólo puede ser satisfecho por los órganos jurisdiccionales. Por consiguiente, la tercería de mejor derecho es el cauce para hacer valer ese derecho y su finalidad no es el alzamiento de los bienes embargados, sino conseguir que, con el producto de su realización, se pague con preferencia al tercerista (...).”

Continúa Cordón Moreno (*Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, 2011*) indicando que “*con la demanda de tercería de mejor derecho, dice el apartado primero, «habrá de acompañarse un principio de prueba del crédito que se afirma preferente»*”.

Pese a la claridad del art. 614 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, los tribunales se posicionaron de forma dispar bajo dos teorías diametralmente opuestas en relación a la determinación de los requisitos que debían concurrir en la solicitud del tercerista acreedor pignoraticio para que sus pretensiones se estimaren:

(i) aquella interpretación que consideraba que el crédito del tercerista debe ser líquido, vencido y exigible en el momento de interponer la tercería y exigir el reconocimiento a su favor de un derecho preferente al cobro; y

(ii) la interpretación conforme a la cual la mera constitución del derecho real de prenda determina la preferencia al cobro con cargo a la cosa pignorada aun cuando la obligación garantizada no haya vencido ni sea líquida.

Estas dos corrientes pueden identificarse claramente en las resoluciones de los Juzgados de Primera Instancia de Barcelona que dieron pie a las SSTS que se comentan en este documento.

Por un lado, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº38 de Barcelona, se decantaba por la interpretación restrictiva del derecho preferente del acreedor pignoraticio. Esta postura, apoyada en su día por el Tribunal Supremo, entre otras, en las STS 392/2007, de 26 de marzo de 2007, STS 107/2008, de 20 de febrero de 2008, STS 263/2006, de 14 de marzo de 2006, STS 107/2005, de 3 de marzo de 2005 y STS 1096/2004, de 22 de noviembre de 2004, establecía que los requisitos de vencimiento, liquidez y exigibilidad del crédito garantizado debían entenderse presupuesto indispensable para la estimación de la tercería. Según estas resoluciones la no concurrencia de estos requisitos en el momento en el que se interpone la tercería restaría virtualidad suficiente a la pretensión del tercerista para ostentar la preferencia que el derecho de crédito otorga al crédito garantizado.

De hecho, como se recoge en una de las antiguas sentencias del Tribunal Supremo que defendían esta postura (STS de 26 de marzo de 2007), “*La tercería de mejor derecho, tiene por objeto, la determinación de la preferencia del crédito invocado por el tercerista, frente al utilizado por el ejecutante, a efectos de aplicación del importe que se obtenga con la venta de lo embargado al pago preferente de uno de los créditos en pugna, debiendo representar, por tanto, el título del tercerista un crédito, vencido, líquido y exigible, es decir, una indiscutible realidad crediticia, pues de otro modo no puede haber concurrencia de créditos.*”

Por otro lado, la sentencia del Juzgado de Primera Instancia n°46 de Barcelona, se decantaba por la segunda interpretación más proteccionista del derecho del acreedor pignoraticio. Esta postura, mantenida por algunas Audiencias Provinciales (como la de Valladolid en la sentencia 216/2015 de 7 octubre), defendía que no podía exigirse al tercerista acreedor pignoraticio que la obligación garantizada a su favor fuere líquida, vencida y exigible para reconocerle preferencia respecto a un tercer embargo. Según estas resoluciones judiciales, mantener dicha exigencia podía vaciar el derecho de garantía real concedido a su favor (pues permitir que un ejecutante con peor rango cobrarse con cargo al activo pignorado con carácter preferente al acreedor pignoraticio alteraría el régimen jurídico de las prendas).

5.3 *Cambio de rumbo jurisprudencial: las resoluciones del Tribunal Supremo en 2016*

En 2016 el Tribunal Supremo dictó varias resoluciones que, sin duda, fortalecerían desde un punto de vista práctico el contrato de prenda, más concretamente, de la prenda común sobre derechos de crédito futuros o actuales y/o en garantía de créditos futuros o actuales.

En primer lugar, el 18 de marzo de 2016 el Tribunal dictó la Sentencia 186/2016 (ponencia del Excmo. Sr. Don Ignacio Sancho Gargallo), que marcaría un antes y un después en materia de reconocimiento de la validez y eficacia de la prenda de créditos futuros en concurso resolviendo que, "(...) Si se admite la validez de la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del concurso de acreedores, siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, bajo las mismas condiciones deberíamos reconocer el privilegio especial del art. 90.1.6° LC a la prenda de créditos futuros: siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados. Esta solución jurisprudencial que aflora bajo una normativa –anterior a la Ley 40/2015, de 1 de octubre– en la que se reconocía explícitamente el privilegio especial de la prenda de créditos, siempre que constare en documento con fecha fehaciente, sin que existiera mención expresa a la prenda de créditos futuros, viene a coincidir con la solución aportada por la Ley 40/2015, de 1 de octubre, al regular expresamente la prenda de créditos futuros en el art. 90.1.6° LC."

No me extenderé respecto a las resoluciones de Audiencias Provinciales que siguieron la pauta marcada por el Tribunal Supremo (entre ellas, la sentencia de 26 de mayo de 2016 dictada por la sección 28ª de la Audiencia Provincial de Madrid). Sí conviene, no obstante, tener presente que esas resoluciones y sobre todo esa postura, sirvió sin duda de antesala de la Sentencia de 7 de octubre de 2016 permitiendo ésta y las que posteriormente se dictaron con carácter previo a las Sentencias de Pleno objeto de este Comentario, fortalecer el carácter erga omnes de la prenda de créditos. Con ello todo apunta a que ese denominado vaciamiento del derecho real de garantía que se permitía

en algunos casos cuando la obligación garantizada no fuere líquida, vencida y exigible y, sin embargo, sí concurrieren dichas características en el crédito posterior del embargante.

Así, el 7 de octubre de 2016 el Tribunal Supremo dictó la Sentencia 4415/2016 a la que ya nos hemos referido, resolviendo un supuesto de hecho ligeramente distinto a los que dio origen posteriormente a las Sentencias objeto de este Comentario pues, en ese caso, si bien cuando se interpuso la tercería el derecho de crédito del tercerista no había vencido ni era exigible, estos requisitos sí concurrieron previo al dictado de la sentencia.

Según se desprende de los antecedentes de hecho de esta Sentencia, el Juzgado de Primera Instancia estimó la tercería por cuanto la prenda se había constituido con carácter previo a trabarse el embargo del demandado, y no se consideraba exigible la inscripción de la prenda para que ésta fuere oponible y gozase de preferencia. En segunda instancia, no obstante, la Audiencia Provincial estimó la apelación presentada por la demandada al considerar que una tercería no podía prosperar si, cuando se interpuso la acción judicial el crédito garantizado con la prenda no era todavía líquido, vencido ni exigible.

Revisado el caso de autos, el Tribunal Supremo consideró que *“Conforme a los arts. 1922.2º y 1926.1º CC, el crédito pignoraticio goza de preferencia respecto de lo obtenido con la realización del bien sobre el que se constituyó la prenda frente al resto de los acreedores. No se discute que esta preferencia del derecho de prenda sobre el embargo de la TGSS viene determinada por la fecha de constitución del derecho de prenda, en este caso el 18 de enero de 2007, y no por la fecha en que el crédito garantizado con la prenda resulta líquido y exigible. De tal forma que, al margen de cuándo vencía la póliza de crédito garantizada con la prenda, la prioridad de esta viene determinada por la fecha de su constitución. Y no hay duda de que el embargo de la TGSS fue posterior, en concreto, se acordó el 25 de agosto de 2009.*

La cuestión controvertida no es pues esta, sino en qué medida puede hacerse valer esta preferencia por parte del acreedor pignoraticio, cuando todavía no ha vencido la póliza garantizada, frente a otro acreedor que pretende ejecutar el bien o, en este caso, los derechos sobre los que se ha constituido la prenda.”

Dicho de otro modo, el Tribunal Supremo se preguntaba cómo podía darse preferencia a un derecho futuro e incierto, respecto a un derecho de crédito actual aunque el primero gozase preferencia formal y temporal.

La controversia se resolvía no obstante por el Tribunal Supremo a favor del acreedor financiero beneficiario del derecho real de prenda con un argumento muy simple *“(…) tendríamos que atender a la preferencia de la garantía real del acreedor pignoraticio, como única exigencia ineludible, junto con la existencia del crédito garantizado, para que pueda prosperar la tercería de mejor derecho. De hecho, son las dos únicas exigencias que se desprenden del art. 614 LEC”.*

Esta postura se recogió, posteriormente, en otras Sentencias del mismo Tribunal Supremo, entre otras, la STS 169/2019 de 20 de marzo de 2019.

5.4 *Doctrina fijada en las SSTS 2851/2019 y 2855/2019*

Y en el anterior contexto se dictan las dos Sentencias de Pleno 17 de septiembre de 2019. Recordemos que en los dos supuestos analizados la Agencia Tributaria había puesto en duda la existencia del crédito futuro garantizado con la prenda sobre saldos en depósito, y, con ello, negaba la oponibilidad erga omnes de la garantía pignoraticia y su carácter preferente respecto del crédito tributario.

Sin embargo, el Tribunal Supremo partiendo de los principios sentados en la STS de 7 de octubre de 2016, sintetizó sus argumentos en los apartados 7º y 8º, respectivamente, de las SSTS 2551/2019 y 2855/2019:

“[d]el mismo modo, la preferencia de cobro de la prenda constituida en garantía de una obligación futura puede hacerse valer frente a un tercero que embarga con posterioridad el depósito pignorado, aunque la obligación garantizada no haya nacido todavía.

El nacimiento de la obligación (obligatio existit) permite que pueda haber incumplimiento, presupuesto necesario para ejecutar la garantía. Pero también antes de que nazca la obligación garantizada como futura, esto es, en el periodo entre la constitución de la garantía y el nacimiento de la obligación (obligatio pendens), la prenda asegura la preferencia de cobro frente a cualquier garantía o embargo constituido sobre el depósito pignorado con posterioridad. Por ello también en un caso como el presente, el acreedor pignoraticio tiene derecho a hacer valer su preferencia de cobro en una tercería de mejor derecho frente al tercero que embargó el depósito pignorado.”

5.5. *Conclusión: sobre la necesidad de reconocer y fortalecer el sistema de garantías*

Como ya ocurrió en el año 2007 cuando el Tribunal Supremo reconoció la validez de la prenda sobre derechos de crédito, ha sido de nuevo el Alto Tribunal quién ultima su labor caracterizadora del contrato de prenda (de derechos de crédito en garantía de obligaciones futuras) y disipa toda duda respecto de su oponibilidad erga omnes, con una afirmación tan rotunda como ésta: la prenda asegura la preferencia de cobro del acreedor pignoraticio *frente a cualquier garantía o embargo constituido sobre el depósito pignorado con posterioridad, también antes de que nazca la obligación garantizada como futura.*

Constituida en legal forma, la oponibilidad de la prenda dependerá de la fecha en la que ésta se haya constituido. Y esta preferencia es y debe ser absoluta tanto en un ámbito concursal (SSTS 186/2016) como extra-concursal (SSTS 2851/2019 y 2855/2019).

Con todo ello, la tercería de mejor derecho se convierte en el procedimiento idóneo para proteger este derecho ante la jurisdicción ordinaria, si la mera acreditación de la constitución de la prenda no ha bastado para que aquél que se irrogó el derecho a cobrar con preferencia sobre el acreedor pignoraticio desista de su pretensión.

6. Bibliografía

- Díez-Picazo y Ponce de León, L., *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*. Tomo VI [Derechos Reales], 2012 (versión online)
- Cordón Moreno, F., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2011 (consultada la versión online)
- Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E.; y Marín López, M.J., *Tratado de los derechos de garantía*, 3ª edición, ed. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2015 (consultada la versión online).
- Toribios Fuentes, F., «Comentario al Artículo 614 de la Ley de Enjuiciamiento Civil», en Toribios Fuentes, Fernando (director), *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, 2ª ed., ed. Thomson Lex Nova, 2014 (consultada la versión online).
- Fernández Carrón, C., *La tercería de mejor derecho*, Madrid, ed. La Ley, Las Rozas, 2010.