



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

La prenda y financiaciones estructuradas: posibilidades de la prenda como garantía global. Una aproximación a las "floating charges"

Manuel Follía Martínez

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Escola de Postgrau

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Mercantil

**LA PRENDA Y FINANCIACIONES ESTRUCTURADAS:
POSIBILIDADES DE LA PRENDA COMO GARANTÍA
GLOBAL. UNA APROXIMACIÓN A LAS “*FLOATING
CHARGES*”**

MANUEL FOLLÍA MARTÍNEZ

BARCELONA, 2017



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

FACULTAT DE DRET



Escola de Postgrau

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Mercantil

**LA PRENDA Y FINANCIACIONES ESTRUCTURADAS:
POSIBILIDADES DE LA PRENDA COMO GARANTÍA
GLOBAL. UNA APROXIMACIÓN A LAS “*FLOATING
CHARGES*”**

Director: Dr. Sebastián Sastre Papiol

Tutor: Dr. Antoni Font Ribas

MANUEL FOLLÍA MARTÍNEZ

BARCELONA, 2017

A mis padres, a mi mujer y a mis hijas Alejandra y Carla.

*“When something is important enough,
you do it even if the odds are not in your favor”*

(Elon Musk)

Resumen

Este trabajo analiza las posibilidades del derecho real de prenda como garantía de un conjunto de obligaciones, en particular, en el marco de una o varias operaciones de financiación que formen parte de una unidad de operación, en el sentido de que las mismas presenten una relación de dependencia recíproca y/o nexo de conexión causal entre sí, unas respecto de las otras, dándose cobertura también a los casos en que se pretenda garantizar una pluralidad diferenciada de obligaciones sin conexión entre ellas.

No pretendemos importar en su totalidad el régimen de la hipoteca flotante previsto en la Ley 41/2007, ni las normas por las que se rigen las denominadas garantías flotantes (“*floating charges*”) en el Reino Unido, pero sí recoger los principios inspiradores de dicha normativa, conjuntamente con lo dispuesto por nuestra jurisprudencia y doctrina en sede de prenda (con o sin desplazamiento de la posesión).

También serán objeto de análisis las distintas alternativas que actualmente se están utilizando en el mercado para cubrir las limitaciones derivadas del rígido principio de especialidad (que esencialmente se refiere al concepto de “obligación principal”, pero que no se define), así como la heterogeneidad y falta de sistematización de nuestra normativa vigente, estudiando, entre otras, las prendas sucesivas en distintos rangos o concurrentes en igualdad de rango, la prenda de derechos de crédito derivados del remanente de la ejecución (“*surplus*”) o las prendas por porcentajes.

El trabajo culmina con una propuesta de reforma legislativa que se hace eco no sólo de lo apuntado por la doctrina y jurisprudencia recientemente, sino también de algunas consideraciones fruto del análisis histórico de dicha figura.

Abstract

Aquest treball analitza les possibilitats del dret real de penyora com a garantia d'un conjunt d'obligacions, en particular, en el marc d'una o diverses operacions de finançament que formin part d'una unitat d'operació, en el sentit que les mateixes presentin una relació de dependència recíproca i/o nexa de connexió causal entre sí,

unes respecte de les altres, donant-se cobertura també als casos en què es pretengui garantir una pluralitat diferenciada d'obligacions sense connexió entre elles.

No pretenem importar íntegrament el règim de la hipoteca flotant previst en la Llei 41/2007, ni les normes per les quals es regeixen les denominades garanties flotants (“*floating charges*”) en el Regne Unit, però sí recollir els principis inspiradors d'aquesta normativa, conjuntament amb el que es disposa per la nostra jurisprudència i doctrina en seu de penyora (amb o sense desplaçament de la possessió).

També seran objecte d'anàlisi les diferents alternatives que actualment s'estan utilitzant al mercat per cobrir les limitacions derivades del rígid principi d'especialitat (que essencialment es refereix al concepte de “obligació principal”, però que no es defineix), així com l'heterogeneïtat i falta de sistematització de la nostra normativa vigent, estudiant, entre unes altres, les penyores successives en diferents rangs o concurrents en igualtat de rang, la penyora de drets de crèdit derivats del romanent de l'execució (“*surplus*”) o les penyores per percentatges.

El treball culmina amb una proposta de reforma legislativa que es fa ressò no només de l'apuntat per la doctrina i jurisprudència recentment, sinó també d'algunes consideracions fruit de l'anàlisi històric d'aquesta figura.

Abstract

This paper analyzes the possibilities of the *in rem* right of pledge as security for several obligations, and in particular, in the framework of one or more financings that may compose a single transaction, in the sense that the same may present a relation of reciprocal dependency and/or a causal connection link (“*nexo causal*”) in relation to each other, also treating the cases in which it is envisaged to secure a plurality of differentiated obligations without connection.

We do not pretend to entirely import the floating mortgage legal regime foreseen in Act 41/2007, neither the legal regulation of the so called “floating charges” in the United Kingdom, but at least to gather the underlying principles of such rulings, jointly

with the decisions made by our courts and authors regarding the pledge (possessory and non-possessory).

We will also analyze the different alternatives that are commonly used in the market to cover the limitations arising from our severe principle of speciality (that essentially refers to the concept of “principal obligation”, but which it does not define), as well as to the heterogeneity and lack of systematization of our legal regulations, among others, with regards to the establishment of pledges in equal or consecutive rankings, the pledge of credit rights arising from the execution surplus or the pledge in percentages.

The paper finalizes with a proposal of a draft of statutory reform that takes into account not only opinions from our courts and authors, but also certain considerations resulting from the historical analysis of this figure.

ÍNDICE

LA PRENDA Y FINANCIACIONES ESTRUCTURADAS: POSIBILIDADES DE LA PRENDA COMO GARANTÍA GLOBAL. UNA APROXIMACIÓN A LAS “*FLOATING CHARGES*”

ABREVIATURAS	13
CAPÍTULO I. INTRODUCCIÓN	19
CAPÍTULO II. PERSPECTIVA HISTÓRICA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN	29
1. DERECHO ROMANO.....	29
2. EDAD MEDIA.....	36
2.1. Los Fueros.....	36
2.2. Las Partidas y normativa posterior	37
3. ÉPOCA PRECODIFICADORA	41
4. ÉPOCA CODIFICADORA	42
4.1. El Proyecto de Código Civil de 1851	43
4.2. La Ley Hipotecaria de 1861	46
4.3. El Código Civil de 1889.....	49
4.4. Normativa relativa a la prenda posterior al Código Civil (hoy derogada) ...	58
4.4.1. Las leyes especiales (prenda agrícola, prenda triguera y aceitera y prenda industrial)	58
4.4.2. La Ley de 5 de diciembre de 1941	62
4.5. La Prenda en Cataluña	65
4.6. Conclusiones	67
CAPÍTULO III. FUNCIONES Y LIMITACIONES DE LA HIPOTECA Y LA PRENDA COMO DERECHOS REALES DE GARANTÍA	69
1. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN DERECHO REGISTRAL: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.....	69
1.1. Introducción	69
1.2. Definición y extensión	69
1.3. Origen e importancia	71

1.4.	Excepciones al principio de especialidad.....	74
1.4.1.	Excepciones relativas a la individualización y determinabilidad del objeto.....	75
1.4.2.	Excepciones relativas a la unidad de obligación garantizada.....	77
2.	LA PRENDA Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. MULTIPLICIDAD DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS.....	85
2.1.	Introducción	85
2.2.	“ <i>Pignus Gordianum</i> ”.....	86
2.2.1.	Origen y justificación.....	86
2.2.2.	Naturaleza.....	89
2.2.3.	La existencia, en caso de impago, del “ <i>ius distrahendi</i> ”.....	92
2.2.4.	La preferencia del artículo 1922,2º del Código Civil	93
2.2.5.	Conclusión.....	93
2.3.	La Prenda “ <i>Ómnibus</i> ”	94
2.3.1.	Origen y justificación.....	94
2.3.2.	Naturaleza y efectos. Reflexiones acerca de la STS de 31 de marzo de 2014 (RJ 2014/1945).	96
2.4.	La Prenda sin Desplazamiento	100
2.4.1.	Preliminar	100
2.4.2.	Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión.....	101
2.4.3.	La Prenda sin Desplazamiento de la Posesión. Justificación y eficacia	101
2.4.4.	Prenda de Derechos de Crédito (Futuros). Prenda sin Desplazamiento vs. Prenda Ordinaria	104
2.4.5.	La Prenda sin Desplazamiento “Sucesiva” y la “Subprenda” sin Desplazamiento.....	110
2.4.6.	La Prenda sin Desplazamiento “Flotante”	112
2.5.	La Prenda Catalana	115
2.5.1.	Normativa	115
2.5.2.	La Prenda “Flotante”	118
2.5.3.	Conclusiones. Breves apuntes sobre el ámbito de aplicación de la ley.....	121

CAPÍTULO IV. LA HIPOTECA FLOTANTE	125
1. CONSIDERACIONES PREVIAS	125
1.1. Propósito de la Ley 41/2007.....	125
1.2. Artículo 153 bis y situación precedente a la Ley 41/2007	126
2. LA HIPOTECA FLOTANTE	131
2.1. Concepto y características. Multiplicidad de Obligaciones Garantizadas .	131
2.2. Beneficiarios de la Hipoteca Flotante	133
2.3. Cláusulas financieras y de vencimiento anticipado	137
CAPÍTULO V. LA PRENDA FLOTANTE.....	141
1. FINANCIACIÓN SINDICADA. TRANSACCIONES Y OPERACIONES HABITUALES EN EL MERCADO. NECESIDAD DE FLOTABILIDAD DE LA PRENDA	141
1.1. El mercado de crédito y el contrato de crédito sindicado	141
1.2. Financiación sindicada, partes y garantías	145
1.2.1. Partes Financieras	145
1.2.2. Tipología de Garantías	147
2. DERECHO INGLÉS: “ <i>FLOATING CHARGES</i> ” Y FLOTABILIDAD DE LA PRENDA.	151
2.1. Consideraciones previas.....	151
2.2. Tipología de Garantías bajo Derecho inglés	153
2.2.1. “ <i>Mortgage</i> ”	154
2.2.2. “ <i>Pledge</i> ”.....	155
2.2.3. “ <i>Lien</i> ”	156
2.2.4. “ <i>Charge</i> ”	156
2.3. “ <i>Fixed Charges</i> ” y “ <i>Floating Charges</i> ”	158
2.3.1. “ <i>Fixed Charges</i> ”.....	158
2.3.2. “ <i>Floating Charges</i> ”	159
3. LA PRENDA FLOTANTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. ALTERNATIVAS A LA MISMA	166
3.1. Multiplicidad de obligaciones garantizadas. Traslación práctica	167

3.2.	Prendas sucesivas en distintos rangos o concurrentes en igualdad de rango	173
3.2.1.	Concepto y marco legal	173
3.2.2.	Practicidad de la garantía. Cláusulas contractuales y riesgos.....	176
3.3.	Prenda de remanente: Prenda de derechos de crédito futuros derivados del remanente de la ejecución	180
3.3.1.	Concepto y marco legal	180
3.3.2.	Practicidad de la garantía. Cláusulas contractuales y riesgos.....	182
3.4.	Prendas por porcentajes	185
3.4.1.	Concepto y marco legal	186
3.4.2.	Practicidad de la garantía. Cláusulas contractuales y riesgos.....	187
CAPÍTULO VI. CONCLUSIONES.....		191
1.	CONCLUSIONES.....	191
2.	PROPUESTA DE “ <i>LEGE FERENDA</i> ”	198
2.1.	Propuesta de modificación del Código Civil.....	199
2.2.	Propuesta de modificación de la Ley de Hipoteca Inmobiliaria y Prenda sin Desplazamiento	199
2.3.	Propuesta de modificación del Libro V del Código Civil de Cataluña.....	200
3.	CLÁUSULAS CONTRACTUALES.....	202
3.1.	Cláusulas multiplicidad obligaciones garantizadas (unidad de conexión). 202	
3.2.	Cláusulas pignoración remanente	203
3.3.	Cláusulas pignoración rangos/ “ <i>intercreditor</i> ”	206
BIBLIOGRAFÍA.....		211

ABREVIATURAS

AA.VV.	Autores Varios.
AAMN	Anales de la Academia Matritense del Notariado.
ADC	Anuario de Derecho Civil.
ADCon	Anuario de Derecho Concursal.
AJA	Actualidad Jurídica Aranzadi.
AJD	Impuesto de Operaciones Societarias, Transmisiones Patrimoniales Onerosas y Actos Jurídicos Documentados (Modalidad Actos Jurídicos Documentados).
Art.	Artículo.
BOE	Boletín Oficial del Estado.
Ch	<i>Chancery Division.</i>
CNMV	Comisión Nacional del Mercado de Valores.
Código Civil	Código Civil español, aprobado por Real Decreto del 24 de julio de 1889 (según modificado o novado en cada momento).
Código Civil italiano de 1865	Código Civil italiano, promulgado el 25 de julio de 1865.
Código de Napoleón de 1803	Código de Napoleón (Código Civil francés o Código Napoleónico), decretado el 5 de marzo de 1803 por Napoleón Bonaparte, y publicado el 24 de marzo de ese mismo año.
Código de Comercio	Código de Comercio de 1885, aprobado por Real Decreto de 22 de agosto de 1885 (según modificado o novado en cada momento).

DGRN	Dirección General de los Registros y del Notariado.
EWCA	<i>England and Wales Court of Appeal.</i>
EWHC	<i>England and Wales High Court.</i>
Fuero Juzgo	Fuero Juzgo (o Libro de los Jueces), versión romance del <i>liber iudiciorum</i> , promulgado por orden de Fernando III en 1241.
Fuero Real	Fuero Real (o Fuero de las Leyes), promulgado por Alfonso X en 1255.
Fuero Viejo de Castilla	Fuero Viejo de Castilla (o Fuero de los Fijosdalgo), promulgado por Alfonso X en 1248.
La Novísima Recopilación	La Novísima Recopilación de las Leyes de España, promulgada por Carlos IV en 1805.
La Nueva Recopilación	La Nueva Recopilación de Leyes, publicada por Felipe II en 1567.
Las Partidas	Las Siete Partidas, del Sabio Rey Don Alfonso El IX.
Ley 19/2002	Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía de Cataluña (<i>“Llei 19/2002, de 5 de juliol, de Drets Reals de Garantia”</i>).
Ley 22/1991	Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble de Cataluña (<i>“Llei 22/1991, de 29 de novembre, de Garanties Possessòries sobre Cosa Moble”</i>).
Ley 41/2007	Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria (según modificada o novada en cada momento).

Ley de Enjuiciamiento Civil	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (según modificada o novada en cada momento).
Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento	Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión (según modificada o novada en cada momento).
Ley Hipotecaria de 1861	Real Decreto de 8 de febrero de 1861, sobre sanción y publicación de la ley hipotecaria.
Ley Concursal	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (según modificada o novada en cada momento).
Ley General Tributaria	Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria (según modificada o novada en cada momento).
Ley de Sociedades Anónimas	Real Decreto Legislativo 1564/1989, de 22 de diciembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades Anónimas.
Ley de Sociedades de Capital	Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (según modificada o novada en cada momento).
Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada	Ley 2/1995, de 23 de marzo, de Sociedades de Responsabilidad Limitada.
Ley del Mercado de Valores	Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores (según modificada o novada en cada momento).
Ley del Mercado Hipotecario	Ley 2/1981, de 25 de marzo (según modificada o novada en cada momento).
Leyes de Toro	Leyes de Toro, promulgadas por la reina Juana I de Castilla a petición de las Cortes de Toledo.

Libro V del Código Civil de Cataluña	Ley 5/2006 de 10 de mayo, que aprueba el Libro V del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales (“ <i>Llei 5/2006, de 10 de maig, del Llibre Cinquè del Codi Civil de Catalunya, relatiu als drets reals</i> ”).
<i>Op. Cit.</i>	Obra citada.
Ordenamiento de Alcalá	Ordenamiento de Alcalá (o Libro de las Leyes), promulgado Alfonso XI el 8 de febrero de 1348.
Ordenamiento de Montalvo	Ordenamiento de Montalvo (u Ordenanzas Reales de Castilla), recopilado por Alfonso X de Montalvo por orden de Don Fernando y Doña Isabel en 1484.
Proyecto de Código Civil de 1851	Proyecto de Código Civil elaborado por Florencio García Goyena en 1851.
QB	<i>Queen's Bench Division.</i>
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario.
RDBB	Revista de Derecho Bancario y Bursátil.
RDMV	Revista de Derecho del Mercado de Valores.
Real Decreto-Ley 5/2005	Real Decreto-Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (según modificado o novado en cada momento).
REC	Revista de Estudios Cooperativos.
Reglamento Hipotecario	Decreto de 14 de febrero de 1947 por el que se aprueba el Reglamento Hipotecario (según modificado o novado en cada momento).
RJ	Repertorio de Jurisprudencia Aranzadi.
RJC	Revista Jurídica de Catalunya.
RJN	Revista Jurídica del Notariado.

STS	Sentencia del Tribunal Supremo.
T.d.A.	Traducción del autor.
TS	Tribunal Supremo.
UKHL	<i>United Kingdom House of Lords.</i>
Vid.	Véase.

CAPÍTULO I.

INTRODUCCIÓN

Entorno financiero favorable y funcionamiento eficiente del mercado son expresiones que nos han ido acompañando desde hace muchos años como referentes y pilares de la economía, necesitándose en definitiva de un entorno financiero favorable y estable para conseguir un funcionamiento eficiente del mercado.

No obstante, hay muchas variables que inciden en lo anterior, y una de ellas, a veces olvidada, es el ordenamiento jurídico, regulador de todas las relaciones personales y empresariales, y destinado en última instancia a generar seguridad y confianza.

Dicho ordenamiento jurídico, con el devenir de los tiempos, ha ido evolucionando y transformándose para adaptarse a una realidad cambiante, pues con razón siempre se ha dicho que el derecho sigue a la realidad, y que *“para que pueda seguirla con eficacia además es necesario que la siga con oportunidad”*¹.

Por tanto, se precisa de un ordenamiento jurídico suficientemente estable y armonizado como para poder generar confianza, y al mismo tiempo, con capacidad de adaptación y dinamismo para adaptarse a las necesidades del mercado, intentado ofrecer en todo momento las soluciones requeridas por la sociedad.

Es lógico que nos preguntemos por la cabida de la prenda en los parámetros antes comentados, pues se barajan conceptos de eficiencia económica, entorno financiero favorable y necesidad de adaptación del marco jurídico.

No podemos olvidar que la prenda es un derecho real de garantía, y como tal, tiene como función principal asegurar el cumplimiento de una obligación principal, y el correcto aseguramiento de tal obligación es lo que nos permite (entre otros) poder perfeccionarla.

¹ SEARA VÁZQUEZ, Modesto. *“Derecho Internacional Público”*. 14ª edición. México: Editorial Porrúa, 1992. Pág. 36. ISBN: 968-432-388-3.

Es noticia habitual en prensa la formalización de operaciones de refinanciación y reestructuración de deuda de grandes compañías, las cuales no se podrían entender sin una correcta configuración de garantías, englobando garantías de todo tipo, tanto de tipo personal (fianzas, avales, garantías a primer requerimiento) como real (básicamente derechos reales de prenda e hipoteca en todas sus variantes).

La prenda (“*pignus*”, “*prehendere*”, prender, asir, agarrar una cosa²) dentro del elenco de garantías a otorgar, constituye una figura muy eficiente, puesto que su otorgamiento aparentemente no presenta muchas complicaciones más allá de su formalización en documento público y el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación, no gravándose su constitución con impuestos como sí ocurre cuando se otorgan otros derechos reales, como el de hipoteca.

No obstante, la realidad es otra, ya que por una parte no existe un marco jurídico unificado del derecho real de prenda, y por otra parte dicha normativa se encuentra condicionada por la aplicación de un rígido principio de especialidad y de determinación que en ocasiones puede llegar a inhabilitar a la prenda como instrumento de garantía.

Comenzando con el marco legal, existe una gran dispersión normativa³, que además no siempre es compatible en cuanto a contenido entre ella, encontrando grandes

² CASTÁN TOBEÑAS, José. “*Derecho Civil Español, Común y Foral*”. Tomo II (Derecho de cosas) Volumen 2 (Los derechos reales restringidos). 11ª edición. Madrid: Editorial Reus, 1973. Págs. 466 y 467.

³ Véase a continuación la normativa básica reguladora del derecho real de prenda:

- el Código Civil, en su título XV, relativo a los contratos de prenda, hipoteca y anticresis;
- la Ley de Sociedades de Capital, que ha refundido en un único texto las leyes reguladoras de las sociedades de capital, esto es, la Ley de Sociedades Anónimas, la Ley de Sociedades de Responsabilidad Limitada, el Título X de la Ley del Mercado de Valores, y la Sección 4ª, Título I, Libro II, del Código de Comercio relativo a las sociedades comanditarias por acciones;
- la Ley Mercado de Valores, respecto a las particularidades aplicables en caso de valores representados por medio de anotaciones en cuenta;
- el Real Decreto-Ley 5/2005, en la parte relativa a operaciones de garantía y obligaciones financieras principales;
- la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, en sus Títulos III y IV relativos a la prenda sin desplazamiento;

diferencias temporales en cuanto a promulgación de algunos cuerpos normativos. Así, los preceptos del Código de Comercio de 1885, del Código Civil de 1889 o de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 1954, deben coexistir con el avanzado régimen previsto bajo el Real Decreto-Ley 5/2005⁴, relativo a operaciones de garantía y obligaciones financieras, o con la regulación que da a la prenda el Libro V del Código Civil de Cataluña de 2006.

Adicionalmente, dicha regulación no siempre es homogénea ni compatible entre ella; el principio de especialidad y determinación presenta distintos regímenes según estemos en Derecho común o en Derecho catalán, provocando en la práctica dificultades a la hora de constituir derechos reales de prenda.

Por desgracia, nuestra jurisdicción no es una excepción dentro del marco global. Así, DROBNIG⁵, tras analizar los ordenamientos correspondientes a quince jurisdicciones en cuatro continentes, concluye que *“la mayoría de los países no cuenta con un moderno sistema lógico de derechos de garantía respecto a bienes muebles, si bien dentro del caos comparativo, advierte signos de una tendencia globalizadora”*⁶.

-
- la Ley Enjuiciamiento Civil, en la parte relativa a la acción ejecutiva y títulos ejecutivos;
 - la Ley Concursal, en todo lo relativo a los créditos con privilegio especial; y
 - la Ley General Tributaria, en cuanto a la relación jurídico-tributaria y la indisponibilidad del crédito tributario.

Junto a la normativa estatal, a nivel autonómico esta figura también ha sido tratada y desarrollada, así el Libro V del Código Civil de Cataluña en su Capítulo IX reserva una Sección para tratar el derecho real de prenda, regulación que es bastante continuista con el marco normativo anterior de 1991 y 2002.

⁴ El Real Decreto-Ley 5/2005 es consecuencia de la trasposición de la Directiva 2002/CE/47 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio, encaminada, entre otras finalidades, a la eliminación de incertidumbres en el funcionamiento de los mercados financieros mediante la protección de la robustez de las garantías concertadas en el seno de los mismos incluso en escenarios concursales y paraconcursoales, respecto de la totalidad de los derechos de créditos surgidos frente a una determinada contraparte.

⁵ DROBNIG, Ulrich. *“Presente y futuro de las garantías reales y personales”*. Revista Latinoamericana de Derecho (UNAM). Año 2004, Número I. Págs. 93 y ss. ISSN: 1870-0608.

⁶ El Real Decreto-Ley 5/2005 antes citado no deja ser un ejemplo de la mencionada tendencia armonizadora. Al respecto, nos preguntamos si -en base al artículo 115 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea- se podía justificar en materia de garantías un mayor *“reconocimiento de la necesidad de armonizar”*. (BAUZÁ MARTÍNEZ, Angelina. Tesis Doctoral

Los principios de especialidad y de determinación, por su parte, conforman los pilares históricos sobre los que se sostiene nuestro Derecho Civil, que exige de la determinación del objeto y contenido de un derecho.

La Dirección General de los Registros y del Notariado históricamente ha sostenido que para que un derecho pueda calificarse como real, ha de estar perfectamente determinado en cuanto a su contenido, alcance y duración⁷.

La doctrina, por su parte, coincide en señalar que la especialidad es un principio básico del Derecho de cosas, manifestando incluso GÓMEZ GÁLLIGO⁸ que *“la necesaria determinación del derecho no es tanto una exigencia del Derecho hipotecario como del Derecho civil en general”*.

¿Y en qué se traducen en la práctica dichos principios de especialidad y determinación sobre la prenda? En una perfecta determinación no sólo del objeto gravado, sino también de la obligación garantizada.

En un ordenamiento no muy sofisticado el cumplimiento de dichos principios no presenta muchos problemas; así, imaginemos un contrato de préstamo bilateral garantizado con una prenda de acciones. El objeto gravado son las acciones y la obligación garantizada el contrato de financiación. La constitución de la prenda no presentaría dificultades, y se cumpliría a la perfección con el principio de especialidad.

“La regulación jurídico-tributaria española del Establecimiento Permanente - Revisión a la luz del Derecho Comunitario”. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2011. Pág. 78.

⁷ Véase, en este sentido (entre otras): Resoluciones de la DGRN de 11 de abril de 1930 (La Ley 11/1930), 23 de noviembre de 1934 (La Ley 28/1934), 13 de mayo de 1936 (La Ley 13/1936), 1 de marzo de 1939 (La Ley 6/1939), 25 de febrero de 1943 (La Ley 5/1943), 21 de diciembre de 1943 (La Ley 33/1943), 4 de mayo de 1944 (La Ley 11/1944), 27 de marzo de 1947 (La Ley 3/1947), 27 de octubre de 1947 (La Ley 8/1947), 7 de julio de 1949 (La Ley 4/1949), 19 de mayo de 1952 (La Ley 9/1952), 29 de marzo de 1955 (La Ley 5/1955), 1 de agosto de 1959 (La Ley 11/1959) y 20 de septiembre de 1966 (La Ley 9/1966).

⁸ GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. *“Principio de especialidad registral”*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 1994, Número 625. Págs. 2389 a 2436. ISSN: 0210-0444.

No obstante, mucho ha evolucionado el mercado en los últimos años, y el contrato de préstamo bilateral al que nos referíamos ha acabado convirtiéndose en un contrato de financiación sindicada suscrito por un conjunto de entidades financieras constituidas como un sindicato bancario y en el que distribuyen sus riesgos, posiblemente en distintos tramos.

Si tal financiación sindicada tuviera como objeto financiar un proyecto, la financiación en sí misma comprendería un conjunto de financiaciones con condiciones comunes entre ellas pero asignadas por finalidades, tales como financiación “*senior*” destinada a financiar la construcción y explotación del proyecto, una financiación IVA a fin de financiar el IVA soportado del mismo, y una línea de avales para financiar necesidades de circulante.

Y si la finalidad de tal financiación fuera refinanciar globalmente la deuda de un grupo de sociedades, sin perjuicio de que la misma se intentase instrumentar (por simplicidad) a través de una unidad de acreditado⁹, estructuralmente comprendería un conjunto de operaciones de financiación bilaterales y/o sindicadas, que englobarían desde facilidades crediticias destinadas a financiar las necesidades de largo plazo, pasando por instrumentos de circulante, hasta productos más específicos (emisiones de bonos), como ha ocurrido en la reciente reestructuración de Abengoa.

Con independencia de que las referidas financiaciones pudieran suscribirse respectivamente en un único documento o amparadas bajo un acuerdo marco de condiciones, ¿existe un concepto de unidad? Si constituyéramos una única prenda de acciones en garantía de dicha financiación global, ¿podríamos mantener que se respeta el principio de especialidad?; ¿estaríamos ante una unidad contractual real o construida “*ad hoc*” para no romper el principio de especialidad?

Estas preguntas se plantean a diario en los distintos operadores en el mercado, esto es, en las asesorías jurídicas de las entidades financieras que estructuran las mencionadas operaciones, en los despachos de abogados que los asesoran, e incluso en

⁹ FONT RIBAS, Antoni. “*Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses*”. Revista Jurídica de Catalunya (RJC). Año 1982, Número 4, Volumen 81. Pág. 60 y ss. ISSN: 1575-0078. Vid. consideraciones en torno a “*la construcció d'un grup com a unitat empresarial*”.

las notarías en las que dichas operaciones se formalizan, y nuestro ordenamiento jurídico, por desgracia, no es claro ni preciso al respecto.

Otros ordenamientos jurídicos, en cambio, como el anglosajón, en este aspecto son más avanzados que el nuestro, y prevén expresamente figuras jurídicas que no pivotan sobre un principio de especialidad tan estrictamente entendido, y que por tanto ofrecen mayor flexibilidad.

Así, respecto al objeto gravado, distingue entre “*fixed charges*” y “*floating charges*”, refiriéndose la primera a bienes específicos o identificables, y la segunda a una variedad de activos (que pueden ser tanto presentes como futuros) y que pueden fluctuar entre ellos.

Y en cuanto a la obligación garantizada, no presenta inconvenientes en que una multiplicidad de contratos sean garantizados por una única garantía.

En línea de lo anterior, la promulgación de la Ley 41/2007 significó una gran reforma en la regulación existente de derechos reales en España, en particular en sede hipotecaria, que escuchando la evolución del mercado crediticio y de valores, otorgó mayor flexibilidad al marco jurídico vigente. Incluso algunos autores como MADRID PARRA¹⁰ hablan de “*nuevos valores hipotecarios*”.

Ya en el Preámbulo de la Ley 41/2007 se dispone que parte de su objeto es flexibilizar el mercado hipotecario, siendo una de las consecuencias regular las hipotecas de máximo, también llamadas flotantes, con la finalidad de dar cabida en nuestro ordenamiento hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras¹¹.

¹⁰ MADRID PARRA, Agustín. “*Los valores hipotecarios tras la Ley 41/2007*”. Derecho de los Negocios. Año 2008, Número 214-215. Pág. 7 y ss. ISSN: 1130-5711.

¹¹ Ley 41/2007, Preámbulo VII.

“*La accesoriidad y determinación que rige en las hipotecas ordinarias excluye de nuestro actual ordenamiento jurídico como hipotecas ordinarias o de tráfico a aquéllas hipotecas en las que son diversas las obligaciones garantizadas o en las que se mezclan obligaciones presentes y futuras. Eso determina necesariamente que deban constituirse tantas hipotecas como obligaciones se pretenden garantizar lo que, además de encarecer la operación, no es competitivo en la práctica bancaria.*”

Lo anterior, aparte de un gran avance, es especialmente relevante, pues pone de manifiesto que nuestro ordenamiento jurídico ha escuchado al mercado y se ha flexibilizado, permitiendo la construcción de estructuras que anteriormente no eran posibles, y que de intentarse, existía siempre la duda de si se cumplía o no con la legalidad.

En sede de prendas, no obstante, estamos aún en un estadio anterior, por estar limitados por un rígido principio de especialidad. Sin perjuicio de que -como veremos- algunos autores abogan por extender la prenda a otras obligaciones acudiendo a la prenda “*ómnibus*” o en base al derecho de retención (cuyos orígenes los encontramos en el “*pignus gordianum*”), lo cierto es que la práctica obliga a recurrir a operaciones de ingeniería jurídica para poder garantizar distintas obligaciones en el marco de una unidad de operación.

Y es por ello que el objeto de este estudio es, como indica su título, una revisión del marco legal vigente de la prenda y un análisis de las tendencias de mercado, con la pretensión de analizar exhaustivamente los principios de especialidad y determinación, y valorar si la normativa de prenda está debidamente sistematizada, e incluso (y en su caso) plantearnos posibles modificaciones en su régimen jurídico, todo ello con la finalidad última de que nuestro ordenamiento sea un poco más claro y a poder ser más seguro, pues la seguridad jurídica es no sólo uno de los principios rectores de nuestro Derecho Civil, sino del Derecho en sí mismo.

En particular y tras un **Capítulo I** introductorio, se estructurará de la siguiente manera:

- Un **Capítulo II**, en el que se analizará el origen y evolución de la prenda, partiendo del Derecho Romano y analizando dicha figura a través de la historia en varios cuerpos normativos, tales como Las Partidas, el Proyecto de Código

Lo que se pretende mediante esta reforma es generalizar la posibilidad de garantizar con hipoteca de máximo otras muy diversas relaciones jurídicas, si bien se ha considerado conveniente limitarlo a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a la

Civil de 1851, o incluso ciertas normas sectoriales de carácter agrícola o industrial que se promulgaron con la finalidad de dar una mayor utilidad y practicidad a la prenda, todo ello con especial énfasis en el principio de especialidad y/o determinación.

- Un **Capítulo III**, en el que se revisarán las funciones y limitaciones de la prenda como derecho real de garantía, focalizado en el principio de especialidad. En dicho Capítulo se considerarán también las necesidades del mercado en cuanto al principio de especialidad y se realizará un análisis en cuanto a los mecanismos actualmente ofrecidos por nuestro ordenamiento jurídico para intentar garantizar una pluralidad de obligaciones, tales como el “*pignus gordianum*”, la prenda “*ómnibus*”, las posibilidades de prenda sucesiva o en rangos ofrecidas bajo la prenda sin desplazamiento de la posesión, o el régimen especial de prenda establecido en el Libro V del Código Civil de Cataluña.
- Un **Capítulo IV**, en el que se analizarán las posibilidades reales ya ofrecidas dentro de nuestro ordenamiento por una figura afín, el derecho real de hipoteca, en particular, la hipoteca flotante regulada en la Ley 41/2007, con cierto énfasis en el principio de publicidad, pues la existencia de un Registro en sede hipotecaria tiene sus consecuencias favorables en cuanto a poder garantizar una multiplicidad de obligaciones.
- En el **Capítulo V**, a modo de complemento del anterior, examinaremos los mecanismos y soluciones adoptadas en el ordenamiento jurídico anglosajón y analizaremos el marco de operaciones en las que se precisa poder garantizar una multiplicidad de obligaciones garantizadas, sistematizando las diferentes opciones que habitualmente se utilizan en el mercado: prendas sucesivas en distintos rangos o concurrentes en igualdad de rango, prenda de derechos de crédito derivados del remanente de la ejecución (“*surplus*”) o prendas por porcentajes.

que están sometidas aquéllas. La hipoteca de máximo permitirá admitir nuevos productos hipotecarios hasta ahora rechazados”.

- Finalmente, en el **Capítulo VI** expondremos nuestras conclusiones, valorando los principios inspiradores que estimamos debieran regir en sede de prenda para poder garantizar una multiplicidad de obligaciones, realizando una propuesta de “*lege ferenda*” y procediendo a redefinir algunos preceptos de nuestra normativa.

Dicho lo anterior, no se pretende llegar a figuras como las “*floating charges*” anglosajonas ni trasladar a la prenda como un todo el marco legal de la Ley 41/2007, puesto que no podemos olvidar los principios jurídicos del Derecho en que se basa nuestro ordenamiento, ni que la hipoteca y la prenda, sin perjuicio de ser derechos reales y figuras afines en cuanto a finalidad, no son figuras idénticas, las cuales tienen distintas formalidades de constitución y perfección.

Tampoco podemos olvidar que en sede de prendas es necesario cumplir en todo momento con unos requisitos de desplazamiento de posesorio, y que en sede hipotecaria existe un Registro de Propiedad que otorga publicidad frente a terceros.

No obstante, mediante el presente estudio iniciamos un viaje a través de la prenda, que nos obligará a analizar la historia de dicha figura, el marco legal en figuras afines tales como la hipoteca, y las tendencias de mercado, todo ello para que nuestro Derecho siga a la realidad, y que además lo siga con oportunidad.

Y finalizo la presente Introducción con un “*desideratum*”, que proviene de Las Partidas, que decía¹²:

“*Empeñar se puede toda cosas, (...), también las corporales como los que non lo son*”.

¹² Las Partidas, Ley 2ª, Título XIII, Partida Quinta.

CAPÍTULO II.

PERSPECTIVA HISTÓRICA: ORIGEN Y EVOLUCIÓN

1. DERECHO ROMANO

Es sobradamente conocido el carácter práctico, flexible y progresivo del Derecho Romano, tan lejos de los dogmatismos de la época de la Codificación y de los tiempos actuales. A través de la *“interpretatio”* de los juristas, de los edictos del Pretor y de la legislación imperial, logró soluciones para la mayoría de los problemas que aún siguen existiendo. Como dice IGLESIAS¹³ *“el Derecho Romano es un producto de la virtualidad creadora del genio político. Política y Derecho laboran al unísono para hacer de la urbe un orbe, para cumplir una misión de dimensión universal”*.

Así, respecto a la necesidad sentida desde los tiempos más antiguos de vincular algún objeto a la garantía del pago de una deuda, frente a la insolvencia, casual o buscada del deudor, los romanos, como señala MAYNZ¹⁴ *“empleaban antiguamente dos modos, que diferían entre sí como el derecho y el hecho, como la propiedad y la posesión”*.

El primer modo, de derecho (**la fiducia**), consistía en la transmisión formal de la propiedad por la *“mancipatio”* o la *“in iure cessio”*, (estamos en la época del derecho arcaico o pre-clásico), se añadía un *“pactum fiduciae”*, por el cual el acreedor se comprometía a devolver al deudor cuando éste cumplía su obligación, por otro negocio formal (la *“mancipatio”* o la *“in iure cessio”*) la propiedad de la cosa; la protección del acreedor era plena. Tenía la plena propiedad y posesión de la cosa, aunque en ocasiones se pactaba que el deudor conservara la posesión material y disfrute de la cosa. El deudor no tenía más que una acción personal, la *“actio fiduciae”*, si pagada la deuda no se devolvía la cosa, pero ésta era una acción de buena fe, que recogía la formula *“ut inter*

¹³ IGLESIAS, Juan. *“Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado)”*. 6ª edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1972. Pág. 10.

¹⁴ MAYNZ, Carlos. *“Curso de Derecho Romano”*. Tomo I. Traducido por POU Y ORDINAS, Antonio José. 2ª edición. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1892. Pág. 934.

bonos bene agier oportet et sine fraudatione”. Y la condena al acreedor por el ejercicio de esta acción, por incumplimiento de la devolución, tenía el carácter de infamante¹⁵. Y es que aunque el acreedor adquiriese la propiedad de la cosa, el *“pactum fiduciae”* limitaba expresamente sus facultades dispositivas. Si era persona honrada esta fe, esta *“fiducia”*, limitaba sus facultades dispositivas y le obligaba a no usar de su propiedad infringiendo el pacto y a conservar la cosa en su poder, aunque si la transmitía a un tercero no se le podía reclamar, pero el acreedor sufría las consecuencia de la *“actio fiduciae”*, que como ya hemos apuntado tenía carácter infamante¹⁶.

Como vemos, pues, gracias a la interpretación judicial de este simple *“pactum fiduciae”*, se logró en una época eminentemente formalista un sistema de garantía real no tan lejos de los actuales.

El segundo sistema, de hecho (**la prenda - *“pignus datum”***), en principio, era todavía más simple que el anterior, aunque menos eficaz, si bien la evolución posterior le fue dando cada vez más efectividad. Como señala MAYNZ¹⁷ *“sin enajenar la cosa, sin conceder tampoco ningún derecho sobre ella, el deudor se limitaba a entregarla al acreedor a título de prenda, pignari deponere”*. Y parece que en principio la única garantía del acreedor era el deseo del deudor de recobrar la cosa, pagando la deuda. Pero, como siempre, el genio jurídico romano facilitó la evolución de la institución, tanto en sentido de dar acción al acreedor para vender en caso de impago, como permitiendo al deudor que conservase el uso y disfrute de la cosa dada en *“pignus”*.

Para la protección del acreedor se le atribuyó la posesión en sentido literal de la palabra, esto es, las acciones posesoria y la *“accessio possessionis”*, a los que se añadió un pacto que permitía incluso la venta de la cosa pignorada en caso de impago de la deuda, pacto que acabó entendiéndose implícito¹⁸.

¹⁵ JÓRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. *“Derecho Privado Romano”*. Traducción de la 2ª edición alemana por PRIETO CASTRO, L. Barcelona: Editorial Labor, 1937. Pág. 221.

¹⁶ SOHM, Rodolfo. *“Instituciones de Derecho Privado Romano”*. Traducción del alemán por ROCES, W. 17ª edición. Madrid: Editorial Tipografía Artística, 1928. Págs. 310 y 311.

¹⁷ MAINZ, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 935.

¹⁸ MAINZ, Carlos. *Op. Cit.* Pág. 936.

Faltaba, pero, la protección al deudor, pues la entrega de la cosa en prenda le privaba de su uso y por tanto de la posibilidad de obtener dinero para pagar su deuda (“*ius distrahendi*”). Y la solución vino por el Derecho Honorario, el Edicto del Pretor.

El supuesto que originó la evolución fue el arrendamiento de bienes rústicos, en los que el arrendatario daba en prenda del pago del arrendamiento sus muebles, aperos, animales y a sus esclavos (“*invecta et illata*”), bienes que el arrendatario necesitaba para trabajar la tierra y que por tanto no podían ser objeto de entrega material. Es por ello que, al igual que había sucedido con la “*fiducia*”, se estableció un pacto por el cual el arrendatario podía continuar con el uso de las cosas dadas en prenda con una cláusula que establecía que caso de no cumplir el deudor con el pago de la deuda, el acreedor podía llevarse los “*invecta et illata*”.

Pero esta cláusula carecía de eficacia con arreglo al “*ius civile*”, por lo que el Pretor Salvio creó un interdicto (“*Interdictum Salvianum*”) que permitía apoderarse de ellos. Pero ello tampoco no daba garantía suficiente, y posteriormente el Pretor Servius introdujo una verdadera “*actio*”, la “*actio serviana*”, que le permitía reclamar la entrega de los “*invecta et illata*”, aunque estuvieran en poder de tercero, como si ellos hubiesen sido mancipados con *fiducia*.

Esta acción fue extendiéndose a otros supuestos, hablándose de una “*actio quasi serviana*”, que acabo siendo general. Y que fue conocida también como “*pigneraticia in rem o hypothecaria*”¹⁹. A ello hay que añadir los pactos de “*lex comissoria*”, que permitían al acreedor impagado quedarse con la cosa dada en prenda, pacto que fue declarado nulo por el Emperador Constantino y el posterior de “*pactum de distrahendo pignore*”, que autorizaba al acreedor a vender la cosa dada en prenda y pagarse con el precio, pacto que en la época de los “*Severos*”²⁰ se consideraba implícito²¹. Con ello

¹⁹ MAINZ, Carlos. *Op. Cit.* Págs. 152 y 153.

JÓRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. *Op. Cit.* Págs. 225 y 226.

IGLESIAS, Juan. *Op. Cit.* Págs. 357 y 358.

²⁰ La dinastía de los “*Severos*” comprende los emperadores Septimio Severo, Caracalla, Geta, Heliogábalo y Alejandro Severo.

²¹ IGLESIAS, Juan. *Op. Cit.* Pág. 357.

tendríamos configurada por vía de interpretación una autentica hipoteca o una prenda sin desplazamiento digna de los tiempos actuales.

Conviene tener en cuenta que en Derecho Romano el “*pignus*” continuó siendo una denominación general, sea de bienes muebles como inmuebles, aunque se reservó más para los muebles.

La denominación de “*hypoteca*” (“*pignus conventum*”), se reservó para señalar los casos en que no había desplazamiento de posesión, pero no para referirse solamente a los inmuebles; en este punto coinciden todos los autores. Pero aunque el nombre de “*hypoteca*” es de origen griego, hay que tener en cuenta que como indican JÓRS-KUNKEL, la idea de prenda sin desplazamiento de la posesión “*se formó sola en Roma, sin ninguna influencia externa, y no como figura independiente, sino como vástago de la prenda posesoria*”²².

El “*pignus*” romano, que como hemos dicho se refiere tanto a muebles e inmuebles y que podía ser con o sin desplazamiento de posesión, tenía un objeto muy amplio. Sólo se precisaba que fuera una cosa enajenable, corporal o incorporeal.

Es conveniente destacar como señala PANERO GUTIÉRREZ²³ que mientras en el “*pignus datum*” al comportar transmisión de la posesión “*sólo se puede establecer a favor de un solo acreedor*”, en cambio la “*hypoteca*” que admite la posibilidad de constituirse, sucesivamente, en favor de distintos acreedores, posibilitaría “*que exista una pluralidad de hipotecas sobre una misma cosa*”.

Según IGLESIAS²⁴, bajo la legislación justiniana, pueden ser incluso objeto de prenda el usufructo, las servidumbres rústicas y la superficie, entendiéndose que lo que se empeña es el derecho real. Igualmente y respecto a las cosas incorporeales, podían ser objeto de prenda también un crédito (“*pignus nominis*”) y el mismo derecho de crédito

²² JÓRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. *Op. Cit.* Pág. 224.

²³ PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. “*Derecho Romano*”. 4ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008. Pág. 458. ISBN: 978-84-9876-291-4.

²⁴ IGLESIAS, Juan. *Op. Cit.* Pág. 87.

(“*pignus pignori datum*” o “*subpignus*”). Asimismo y en cuanto a la prenda sobre una universalidad de cosas, como un rebaño, una suma de cosas, un almacén de mercancías o incluso un entero patrimonio, aceptaba también su posibilidad afectando a los objetos que sucesivamente se incorporan a este concepto. Y finalmente destaca que también podían ser objeto de prenda una cuota de condominio, cabiendo incluso la prenda de los frutos y cosas futuras.

Como vemos, pues, el Derecho Romano es omnicompreensivo, tratando figuras que actualmente están en sede de nuestro Código Civil y la legislación hipotecaria, llegando incluso en algunos supuestos a adelantarse frente a ciertas soluciones legislativas ofrecidas recientemente por nuestro legislador.

Dentro de este amplio abanico de objetos hipotecables, creemos interesante destacar los siguientes supuestos:

El primero respecto a la **hipoteca del patrimonio**. Como dicen JÓRS-KUNKEL²⁵ se trata de una hipoteca general; este tipo de hipotecas -dice- “*comprendían, por regla general, todos los bienes (cosas y derechos) que formaran parte del patrimonio al tiempo de la constitución. Los objetos adquiridos con posterioridad a la hipoteca eran incluidos en ella según el derecho clásico si expresamente se hubiera contando con ello y según el justiniano, cuando no era expresamente excluidos (C,8,16,9,l)*”. Estas hipotecas generales estuvieron establecidas en muchos casos por las leyes con carácter tácito, y así siguieron hasta que la Ley Hipotecaria de 1861 las suprimió en su totalidad, tanto las de constitución voluntaria, como las tácitas.

El segundo es respecto de la **hipoteca o prenda de un establecimiento**, el llamado “*pignus tabernae*” que estudió VALLET DE GOYTISOLO²⁶ en 1956. La Ley “*Cum Tabernam*” del Digesto, nos dice, recoge un texto de MUCIUS SCAEVOLA cuyo proemio dice así:

²⁵ JÓRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. *Op. Cit.* Págs. 227 y 228.

²⁶ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “*Pignus Tabernae*”. Anuario de Derecho Civil (ADC). Año 1953, Número 4. Pág. 783 y ss. ISSN: 0210-301X.

“Habiendo el deudor dado en prenda al acreedor una tienda se preguntó: ¿No habrá realizado nada con este acto o bajo la denominación de tienda (tabernae) se considera que obligó las mercancías que había en ella, y si con el tiempo hubiese vendido aquellas mercancías y comprado otras, y las hubiera introducido en la tienda, y hubiera fallecido podrá el acreedor reclamar con la acción hipotecaria todas las cosas que allí se encuentran, habiéndose cambiado las especies de mercancías y llevado otras cosas?

Respondió: Se consideran que están obligadas en prenda las cosas que se hallaran en la tienda al tiempo de la muerte del deudor”.

En este texto, según VALLET DE GOYTISOLO *“laten en las cuestiones de la universi facti, del juego de la subrogación real, de la prenda e hipoteca de cosa futura; y asoman instituciones como la prenda sin desplazamiento de mercancías y materias primas, la prenda y la hipoteca flotantes y la hipoteca de establecimiento mercantil, en cuanto a la posibilidad o conveniencia de su extensión a las mercancías”*²⁷.

Este texto fue glosado por juristas medievales como COVARRUBIAS, MERLINO o el CARDENAL DE LUCA²⁸.

Lo anteriormente expuesto no pretende otra cosa que destacar que la institución de la prenda en el Derecho Romano estuvo desarrollada, con una técnica jurídica muy ajustada a la realidad, y así continuó en nuestro Derecho, como veremos, hasta la época de la Codificación, en la que un concepto de la legalidad muy dogmático y un principio de especialidad mal entendido dejaron a la prenda y a la hipoteca como instituciones separadas, y la primera sobre todo privada de toda posible utilidad, al exigir siempre la entrega de la cosa dada en prenda.

No rigió, por tanto, en el Derecho Romano el principio de especialidad. Lo que critica SÁNCHEZ ROMÁN²⁹ que afirma que la introducción de las acciones *“serviana”*

²⁷ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Op. Cit.* Pág. 784.

²⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan. *Op. Cit.* Pág. 787.

y “*cuasi serviana*” revelan el concepto puro de hipoteca, pero que ello era inútil e ilusorio por falta de un Registro de la Propiedad que dotase las garantías de la indispensable nota de publicidad y las revistiera del principio de especialidad.

Mención aparte y especial, ya que roza el principio de especialidad en cuanto al crédito garantizado, es la figura de la **prenda gordiana** (“*pignus gordianum*”), figura que aparece en la Ley única “*Etiam ob chyrographiarum pecuniam pignus teneri posse*” (*Codex Iustinianus*, Tit. XXVII, Lib. VIII), que permitía al acreedor pignoraticio conservar la posesión por otros créditos contra el deudor propietario de los bienes pignorados, si no atendía a otras deudas que tuviese contraídas por el mismo que no estuvieran gravadas por la prenda. Y ello, como señala LAUROBA LACASA³⁰ con indiferencia de que el crédito no garantizado pueda ser anterior o posterior al pignoraticio, pagadero antes o después del garantizado; la generalización era tal que según dicha autora (citando a su vez a Károly Visky (“*Appunti sul pegno gordiano*”)) se ha considerado el rescripto romano como un antecedente de la hipoteca de máximo o de la hipoteca general. Había no obstante, una restricción: si el deudor después de la constitución del derecho de prenda enajenaba o volvía a pignorar el bien afectado, el comprador o nuevo acreedor pignoraticio podía recuperarlo cumpliendo solamente la primera obligación. Dicha norma pasó, como veremos, a Las Partidas, y con ciertas matizaciones a varios Códigos extranjeros, al Proyecto de Código Civil de García Goyena e incluso a nuestro actual Código Civil, que recoge en el segundo párrafo del artículo 1866 el derecho de retención.

No podemos olvidar, en línea de lo señalado por DUPLÁ MARÍN, que el Derecho Romano, aunque tiene inicios en la formación de la ciudad de Roma y finaliza

²⁹ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. “*Estudios de Derecho Civil*”. Tomo III. 2ª edición. Madrid: Estudios Tipográficos “Sucesores de Rivadeneyra”, 1900. Pág. 764.

³⁰ LAUROBA LACASA, Mª Elena. “*La prenda gordiana, ¿una figura a tener en consideración? (Derecho de retención y prenda gordiana)*”, en “*Garantías reales mobiliarias en Europa*”. LAUROBA LACASA, Mª Elena y MARSAL GUILLAMET, Joan (Eds.). Madrid: Editorial Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales), 2006. Pág. 384. ISBN: 978-84-9768-401-9.

con el fallecimiento de Justiniano, su tradición -entendida como tradición romanística- es un proceso “*que se proyecta hasta nuestros días*”³¹.

2. EDAD MEDIA

La **Edad Media**, sigue más o menos la regulación del Derecho Romano, pero de modo imperfecto hasta la legislación de Las Partidas, y con la confusión de los conceptos de prenda e hipoteca. En este sentido, ROCA SASTRE³² apunta que “*de hecho, la hipoteca convencional no debía de tener gran predicamento en estos tiempos, en que por su rudeza, predominaban las garantías reales o tangibles*”.

Con todo, como señala COVIAN³³, la prenda fue muy utilizada durante este período, aunque faltase un concepto propio y claro de la institución, calificándose como prenda todo lo que por cualquier título pasaba de la posesión de uno a la del otro, ya por providencia judicial, voluntariamente o en virtud de procedimiento ejecutivo privado.

2.1. LOS FUEROS

El **Fuero Juzgo**, según SÁNCHEZ ROMÁN³⁴, abolió la Ley Romana, pero su regulación es escasa e imperfecta, pareciendo que recoge un derecho consuetudinario (basado tal vez en la Ley Romana) en su Título VI del Libro V y que contiene 6 leyes bajo la rúbrica “*De los pennos e de las debdas*”. No aparece la palabra “*hypoteca*”, ya que se refiere conjuntamente a los muebles y los inmuebles y de sus escasas reglas (6 leyes) cabría destacar la 3ª y 4ª que establecen las reglas para el pago de la deuda y la devolución de la cosa dada en prenda.

³¹ DUPLÁ MARÍN, María Teresa. “*La recepción del Derecho Romano en el movimiento de unificación del Derecho privado y la Constitución Europea*”. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Año 2003, Número 7. Pág. 271. ISSN 1138-039X.

³² ROCA SASTRE, Ramón Mª. “*Derecho Hipotecario*”. Tomo IV (Hipotecas). 5ª edición. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1954. Pág. 13.

³³ COVIAN, Víctor. “*Enciclopedia Jurídica Española*”. Tomo XXV (Prenda). Barcelona, Francisco Seix Editor, 1910. Pág. 379.

³⁴ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. Cit.* Tomo III. Pág. 765.

El **Fuero Viejo de Castilla**, dedica también sólo cinco Leyes en el Título V del Libro III bajo la rúbrica “*De los peños*”, regulando aspectos parciales. Se refiere con este nombre, también, tanto a los bienes muebles como los inmuebles. Así, en las Leyes I a III se refiere a prendas de bienes muebles, como vestiduras, armas, prendas de vestir, o plata, mientras que en la Ley IV se refiere a inmuebles “*Si un ome empeña a otro guertas, o casas o viñas, (...)*” estableciendo en este caso las fechas o plazos en que se pueda quitar la posesión. Es curiosa la Ley V, que se refiere a los “*peños*” que tomaban los judíos, indicando una prevención que sigue en los códigos posteriores.

El **Fuero Real**, representa ya un avance. Es un texto más técnico y romanizado. Dedicó diez Leyes en el Título XIX del Libro III, bajo la rúbrica “*De los empeños y prendas*”. En ellas, como dice SÁNCHEZ ROMÁN³⁵, al lado de la garantía real “*que pasa a la tenencia material del acreedor*”, encontramos la que “*permanece en la posesión del deudor*”. En la Ley 6ª se establecen dos verdaderas hipotecas tácitas y generales, una en los bienes del Obispo para asegurar una prudente administración de los bienes de la Iglesia, y la otra en el patrimonio de aquéllos que tienen alguna cosa del Rey como garantía para su devolución, regulándose también en dicha Ley 6ª la hipoteca convencional general. Señala este autor que al lado de la prenda entregada al acreedor, se regula el empeño que puede garantizar obligaciones sin que salga la cosa del poder del deudor, pudiendo recaer indistintamente ambos derechos sobre bienes muebles o raíces. Como vemos, pues, en dicho código continuamos sin encontrar referencias al principio de especialidad.

2.2. **LAS PARTIDAS Y NORMATIVA POSTERIOR**

Las Partidas tienen ya una regulación muy completa de la prenda, superior incluso a la del Código Civil. Nada menos que cincuenta Leyes agrupadas en el Título XIII de la Quinta Partida. Y lo más interesante es que su regulación duró hasta la promulgación del citado Código Civil en 1889, esto es, pervivió incluso después de la Ley Hipotecaria de 1861, si bien reducida sólo a los bienes muebles. Así se encuentra

³⁵ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. Cit.* Tomo III. Pág. 766.

en los tratados de la época, y así lo entendió el Tribunal Supremo, que aplicaba a las prendas la legislación de las Partidas³⁶.

El texto es, además de completo, muy romanizado, y tanto en la rúbrica del Título como en el pequeño preámbulo que precede a las propiamente Leyes, destaca la finalidad de garantía de la prenda “*De los peños que toman los omes muchas vegadas por ser más seguros que les sea más guardado o pagado, lo que prometen de fazer o de dar*”. Destacaremos sólo algunos puntos que guardan más relación con nuestro estudio:

- En la Ley I nos define la institución “*Peño es propiamente aquella cosa que un ome empeña a otro apoderándole de ella e mayormente quando es mueble*”, pero añadiendo a continuación: “*Más segund el largo entendimieto de ley. Toda cosa quier sea mueble, o rayz, que sea empeñada a otri, puede ser dicho peño: maguer no fuese entregado della aquel a quien se empeñasen*”. De este modo, bajo la denominación de *peño*, cabe tanto la garantía de bien mueble o inmueble, y en ambos casos con entrega de la cosa o sin ella. Y a continuación clasifica la prenda señalando que existen tres: Las que hacen los hombres voluntariamente, la que manda el juez estudiando el caso (ambas expresas), y la tácita que se “*faze calladamente*” que tiene carácter general y que se extiende sobre todos los bienes, como los del marido en garantía de la dote, o en pago de rentas al Rey³⁷.
- La Ley II se refiere a las cosas que se pueden dar en prenda. Y su posibilidad es amplísima. “*Empeñar, se puede toda cosa quier sea nascida o por nascer, assi*

³⁶ STS de 25 de noviembre de 1886 y STS de 3 de octubre de 1896, entre otras.

³⁷ Las Partidas, Ley I, Título XIII, Partida Quinta.

“*Que cosa es peño e quantas maneras son del*”

“*(...) E son tres maneras de peños. La primera es, la que fazen los omes entre si de su voluntad, empeñando de sus bienes unos a otros por razon de alguna cosa, que deuan dar o fazer. La segunda es, quando los judgadores mandan a entregar a alguna de las partes en los bienes de su contenedor por mengua de respuesta, o por razon de rebeldía, o por juycio que es dado entre ellos, o por cumplir el mandamiento del rey, ca tales peños, o prendas como estas se fazen como por premia. E estas dos maneras de peños sobredichos se fazen por palabra. La tercera manera, es de peños, la que se faze calladamente: Maguer non es y dicha ninguna cosa: assi como se muestra mas adelante, de los bienes del marido, como son obligados a la muger como por peños, por razon de dote: e de los otros que son obligados al Rey, por razon de rentas, e de los derechos que cogen por el: e de todas las otras razones semejantes destas que fablan las leyes de este titulo*”.

como el parto de la sierua, e el fruto de los ganados, e de los arboles, e de las heredades, e todas las otras rentas que los omes han de qualquier natura que sean, tambien las que son corporales como las que lo non son (...)”.

- En las Leyes III, IV y V, señala las cosas que no pueden ser empeñadas, como las sagradas, iglesias y monumentos (Ley III), las cosas que son puestas señaladamente para labrar las heredades (Ley IV) y las cosas “*que non son obligadas maguer el señor dellas obligue todos sus bienes a peños*” (Ley V), como la barragana que tuviere manifiestamente en casa, sus hijos, los siervos, el lecho, la ropa, etc., reconociendo la posibilidad de existencia de una hipoteca general, sobre todos los bienes, con exclusión de los citados elementos.

En las Partidas no se alude nunca a la hipoteca. El “*peño*” es una institución suficientemente flexible para englobar la prenda de nuestro Código Civil, la hipoteca, y la prenda sin desplazamiento. Y sin que aparezca para nada el principio de especialidad, ya que pueden ser objeto de prenda, como hemos vistos los ganados, los frutos de la tierra y todas las rentas, incluso el patrimonio. A pesar de la aparente prohibición inicial de la Ley X³⁸, en virtud de la cual no se permite que un mismo objeto sea pignorado más de una vez, en otras Leyes parece aceptarse la figura de la segunda o tercera prenda, contemplándose en la Ley XXVII el caso de que se haya empeñado una cosa a dos acreedores³⁹, y la Ley XXXIV incluso a tres, regulando la subrogación en los derechos tanto del acreedor tercero que pagase al segundo, como al cesionario del crédito⁴⁰. Asimismo, citar en la Ley XXXV que permite la prenda de la cosa dada en prenda⁴¹, así como la Ley XLIII que se refiere a varias cosas dadas en prenda⁴².

³⁸ Las Partidas, Ley X, Título XIII, Partida Quinta.

“Como puede ome empeñar o non la cosa que dio a otro en peños”

“Empeñando algun ome su cosa a otro, si despues de esso quisiesse empeñar, aquella cosa misma otra vez, non lo podria fazer, sin sabiduria e sin mandado de aquel a quien auia empeñado primeramente. Fuera ende, si la cosa valiesse tanto, que compliesse a pagar, amos los debdos”.

³⁹ Las Partidas, Ley XXVII, Título XIII, Partida Quinta.

“Como aquel que rescibe la cosa en peños primeramente, ha mayor derecho en ella, que el que la rescibe despues: fueras ende en cosas señaladas”

“Gvysada cosa es, e derecha que aquel que rescibe primeramente la cosa a peños, que maior derecho aya en ella, que el otro que la rescibe despues. Pero casos y a en que non seria asi”.

⁴⁰ Las Partidas, Ley XXXIV, Título XIII, Partida Quinta.

“Porque razones el que toma la cosa a postremas a peños ha mayor derecho en ella que el primero”

Queremos destacar el carácter innovador y flexible de este texto, así como su plan adaptación a la realidad, no sólo de su tiempo sino también referido a la actualidad. En las anteriores figuras empezamos a ver la configuración de la prenda de todo un patrimonio, así como la posibilidad de que la prenda garantice a varios acreedores, ofreciendo para éste último caso una regulación que podría llegar a equiparse a la actual subprenda o prendas de distinto rango, conceptos que lamentablemente se irán perdiendo en la época codificadora (y normativa posterior), excesivamente dogmática en cuanto a la prenda se refiere.

Como ya hicimos al estudiar en Derecho Romano, hay que hacer mención especial a la subsistencia en Las Partidas de la llamada **Prenda Gordiana** (“*Pignus Gordianum*”). Concretamente la Ley XXII del mismo Título XIII la regula en términos análogos al rescripto romano. GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ⁴³ lo recoge expresamente y manifiesta que “*semejante disposición, aunque gravosa para el deudor, tiene un apoyo en la presunción razonable y verosímil de que así lo quisieron y entendieron los contrayentes, y que si el acreedor se abstuvo de pedir una segunda prenda, fue por haber considerado bastante la primera para satisfacer los dos créditos*”.

“A dos omes podria ser empeñada una cosa, al uno primeramente, e al otro despues. E si acaesciesse que despues desso, el señor de la cosa, la empeñase aun a otro tercero, en tal manera podria ser fecha la obligacion, que este tercero auria el derecho en la cosa empeñada que auia el primero. E esto seria si en la obligacion fuessen guardadas estas tres cosas”.

⁴¹ Las Partidas, Ley XXXV, Título XIII, Partida Quinta.

“Que la cosa que un ome tiene a peños e la empeña el a otro como la deue cobrar de su dueño”
“Ser podria que la cosa que un ome ouiesse rescebida en peños que la empeñaria el mismo después a otro. (...) Pero este a quien fue empeñada la cosa despues, puede demandar a aquel que gela empeño, que de otro tan buen peño a tal, o que pague aquello que auia prestado sobre el”.

⁴² Las Partidas, Ley XLIII, Título XIII, Partida Quinta.

“Porque razones aquel que tiene la cosa empeñada: maguer sea pagada la una partida de la debda, la puede vender el, o sus herederos”
“Por un debdo rescibiendo algun ome muchas cosas a peños puedelas vender si quisiere, o alguna dellas en alguna de las maneras que dize en las leyes ante desta. E non tan solamente las puede vender por todo el debdo, mas aun por una partida de lo que fincasse por pagar de la debda”.

⁴³ GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito. “Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español”. Tomo V. 2ª edición. Madrid: Librería de Sánchez, 1871. Págs. 298 y 299.

Para dicho autor, ambos créditos deben consistir en dinero, pero cita también la opinión del Comentarista de Las Partidas, GREGORIO LÓPEZ, que entiende que la disposición rige aunque el débito consistiera en otra cosa.

Repetimos que esta legislación sirvió de regulación de la prenda hasta el Código Civil. SÁNCHEZ ROMÁN⁴⁴ afirma con rotundidad que hasta el Código Civil no es cierta la diferenciación entre prenda e hipoteca y que la primera se refiera a muebles y la segunda a inmuebles, existiendo hipotecas sobre bienes muebles y garantías prendarias sobre bienes raíces, que podían llevar agregado un pacto anticrético.

Después de Las Partidas y hasta la época de la Codificación poco se legisló sobre la prenda. Ni el **Ordenamiento de Alcalá** ni las **Leyes de Toro** aportaron nada nuevo en la materia (estas últimas ni se refieren a la prenda), y en el **Ordenamiento de Montalvo** si bien se dedica el Título XII del Libro V a las prendas, está enfocado con la finalidad de corregir abusos, señalando -entre otros- las cosas que no podían ser objeto de prenda; asimismo se refiere a la negativa de los judíos “*que niegan las prendas por dineros que prestan a algun christiano*”⁴⁵.

3. ÉPOCA PRECODIFICADORA

Nos referimos como tal al tiempo transcurrido desde la publicación del Ordenamiento de Montalvo hasta la aparición del **Proyecto de Código Civil de 1851**, en cuyo tiempo aparecen las primeras recopilaciones, la **Nueva Recopilación** y la **Novísima Recopilación**.

La **Nueva Recopilación** recoge las leyes publicadas después de Las Partidas y las Leyes de Toro, pero no hay ninguna de ellas que se refiera a la prenda.

En cuanto a la **Novísima Recopilación**, a pesar de su enorme extensión (es el texto legislativo más extenso de nuestra historia) solamente se dedica en su Libro XI, Título XXXI (“*De las prendas, represarias y embargos*”) a reproducir algunos textos

⁴⁴ SÁNCHEZ, ROMÁN, Felipe. *Op. Cit.* Tomo III. Pág. 771.

⁴⁵ Ordenanzas Reales de Castilla, Título XII, Libro V, Ley X.

principalmente sobre prohibición de preñar, pero la prenda como garantía es ignorada. Ocurre lo mismo en el Libro X dedicado a los contratos, obligaciones, testamentos y herencias, refiriéndose en su Título XVI como propia institución de garantía solamente a las hipotecas y su toma de razón, con la transcripción de las normas que establecieron los Registros de Censos e Hipoteca, como la Ley que reproduce la Ley de Don Carlos y Doña Juana de 1539 ordenando que *“en cada pueblo cabeza de partido hay libro y persona destinada para registrar todos los censos”* o la Ley III que contiene la Pragmática de Carlos III de 5 de febrero de 1768 *“Establecimiento del Oficio de Hipotecas en las cabezas de partido de todo el Reyno, a cargo de los Escribanos del Ayuntamiento”*, pero sin definir ni regular dichas hipotecas.

Y es que, como nos indica ROCA SASTRE⁴⁶, a partir del siglo XVI la afluencia de capitales y el mejoramiento económico del país constituyó un clima favorable al desarrollo o empleo de la hipoteca, corrigiendo la falta de publicidad del sistema romano; *“a este objeto se encaminaron los primeros pasos, dirigidos al establecimiento de la publicidad de las hipotecas, los cuales, dados en los años 1528 y 1539, no cristalizaron hasta 1768 con la creación de los Oficios de hipotecas”*.

En todo caso, durante este período no hay regulación sustantiva de la hipoteca, continuado vigente el sistema romano (o quizás mejor dicho el de Las Partidas), salvo en lo referente a la publicidad registral que acabamos de ver, sin perjuicio de que las hipotecas generales y tácitas continuaron subsistiendo⁴⁷.

4. ÉPOCA CODIFICADORA

Podemos señalar como inicio de esta época el Proyecto de Código Civil de 1851 de García Goyena, que no llegó a ser Ley, pero marca el camino que después siguió el Código Civil en 1889, sin olvidar la Ley Hipotecaria de 1861. En estos tres textos quedan marcadas las diferencias entre prenda e hipoteca, reservando la primera institución exclusivamente para muebles y exigiendo entrega corporal, y señalando la

⁴⁶ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo IV. Pág. 13.

⁴⁷ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo IV. Pág. 14.

segunda sólo para inmuebles, al mismo tiempo que nace ya legislativamente el principio de especialidad.

4.1. EL PROYECTO DE CÓDIGO CIVIL DE 1851

El **Proyecto de Código Civil de 1851**, debido a GARCÍA GOYENA, representa un cambio en la trayectoria de la regulación de la prenda, ya que aunque según la base primera de la Ley de Bases del Código Civil de 1888 en el que *“se halla contenido el sentido y capital pensamiento de las instituciones civiles del Derecho histórico patrio”*, lo cierto es que como señala LACRUZ BERDEJO⁴⁸ *“el texto de 1851 no es una recopilación del derecho vigente, aunque cuando recoja buena parte de los institutos históricos castellanos, debidamente adobados con especie extranjera, a veces oportuna y otras no. Su falta de inspiración nacional y, cuando la tiene, su exclusivismo castellanista, constituyen sus dos defectos esenciales que lo mantuvieron siempre, afortunadamente, no nato en la legislación”*.

Por su parte GARCÍA GOYENA⁴⁹, en su prólogo, quiere justificarse señalando *“que algunas de las que al pronto parecen innovaciones, copiadas de Códigos extranjeros (...), no son sino la primitiva y pura legislación española, consignada en nuestros Fueros antiguos, y alguno de ellos hoy vigente”*.

Ello se traduce en una legislación sobre la prenda distinta de la flexible de Las Partidas, dogmática e influenciada por el Derecho francés, que reduce la prenda a las cosas muebles (dejando para los inmuebles la figura de la hipoteca), y postula necesariamente su entrega material y al parecer individualizada, con lo cual quedarían fuera de dicha prenda las universalidades, los créditos y en general las cosas incorporales.

Al efecto, examinaremos algunos de sus artículos:

⁴⁸ GARCÍA GOYENA, Florencio. *“Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español”*. Nota preliminar de LACRUZ BERDEJO, José Luis. Zaragoza: Editorial Cometa, 1974. Págs. IV y V. ISBN: 84-600-5937-5.

⁴⁹ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Op. Cit.* Prólogo. Pág. XVI.

El artículo 1771 declara que *“la prenda es el derecho concedido al acreedor de retener en su poder la cosa mueble que se le entrega para seguridad de su crédito hasta que le sea pagado, y de cobrar este en otro caso con el importe de la misma cosa recibida en prenda, según la forma que determina la Ley”*, añadiendo o mejor dicho, reforzando el artículo 1772 que *“solamente pueden darse en prenda los bienes muebles”*.

Por su parte el artículo 1773 declara que para que pueda constituirse válidamente una prenda se requiere: *“1º La existencia de una obligación principal y válida”, y “2º La entrega real de la cosa”*.

En este punto el Proyecto de Código Civil de 1851 sigue en gran parte la doctrina del **Código de Napoleón de 1803**⁵⁰, si bien éste y a diferencia del Proyecto de Código Civil de 1851 admite claramente la prenda de un crédito en su artículo 2081.

Comentando estos artículos, GARCÍA GOYENA⁵¹ afirma *“que los demás Códigos modernos están conformes en cuanto a deber ser la prenda cosa mueble”* y *“que la entrega de la cosa al acreedor es de la esencia de este contrato, así como su objeto es la seguridad de la deuda”*.

Queda claro, pues, que en la idea de su redactor, el objeto de la prenda es una cosa mueble y corporal; en cambio, respecto de la obligación que garantiza no dice si debe ser una o pueden ser varias, sino solamente que *“la obligación principal debe ser válida, no sólo en su fondo, sino en su forma y solemnidades”*⁵².

En cuanto a la prenda de créditos, ya hemos avanzado que parece que su configuración no es posible, a pesar de que el artículo 1777 hace referencia a que *“si la*

⁵⁰ En el artículo 2071 del Código Civil de Napoleón de 1803 se define la prenda como *“un contrato por el que el deudor entrega una cosa a su acreedor para la seguridad de una deuda”*, añadiendo en el artículo 2072 siguiente que *“cuando la cosa dada en garantía de la deuda es de naturaleza mueble el contrato es de prenda (gaje). Si la cosa es inmueble se denomina anticresis”*.

⁵¹ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Op. Cit.* Título XVIII (De la Prenda). Pág. 921.

⁵² GARCÍA GOYENA, Florencio. *Op. Cit.* Título XVIII (De la Prenda). Pág. 921.

prenda produce frutos o intereses, el acreedor compensará los que percibiere con los que se le deban, o se le imputarán sobre el capital si no se deben; o en cuanto al exceso de los que le sean debidos”.

Claramente GARCÍA GOYENA, después de citar los artículos de los Códigos extranjeros en los que se inspira dice que los mismos *“hablan del crédito que produce interés y se da en prenda: fuera de este caso, apenas se concibe que una cosa mueble pueda producir sus frutos: sin embargo, la Comisión quiso que se conservara esta palabra por la posibilidad de que ocurriera algún caso, aunque raro, de aplicación”*, rechazando en general por tanto la prenda de créditos.

Mención especial merece el artículo 1779, que recoge también la normativa del *“pignus gordianum”*, y dispone: *“si existiendo la prenda en poder del acreedor, contrajere con él su deudor otra deuda exigible antes de haberse pagado la primera, podrá el acreedor retener la prenda hasta que se satisfagan ambos crédito, aunque no se hubiere estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda”*.

Dicha regulación se aproxima más al Derecho francés (artículo 2082, segundo párrafo del Código de Napoleón) que no a Las Partidas, en tanto evitaba las excepciones recogidas bajo Derecho Romano (por venta o nueva pignoración del bien pignorado) y acotaba temporalmente las deudas posteriores a la garantizada con prenda.

GARCÍA GOYENA⁵³ pone como antecedentes no sólo el mencionado artículo 2082 del Código de Napoleón, sino también el artículo 1952 del Código Napolitano, el artículo 2136 del Código Sardo y el artículo 2015 del Código Holandés, señalando que todos ellos proceden del Derecho Romano (Ley Única del Título 27, Libro 8 del Código), si bien no incluyen la excepción del Derecho Romano por venta o nueva pignoración, y basa su motivación en la presunción verosímil y razonable de que responde a la voluntad de las partes, en tanto si no se pidió tal segunda prenda era por estimar que con la primera había suficiente garantía.

⁵³ GARCÍA GOYENA, Florencio. *Op. Cit.* Título XVIII (De la Prenda). Pág. 926.

Se opone a la opinión de GREGORIO LÓPEZ, de estimar que la nueva deuda no es necesario que consista en dinero, por interpretación de la Ley romana y porque es una disposición excepcional y anómala y por ello de rigurosa interpretación.

Podría decirse en resumen que el Proyecto de Código Civil de 1851, que no llegó a ser ley, y por tanto, siguieron rigiendo Las Partidas, dio una versión muy limitada del derecho real de prenda, menos amplia que el Derecho francés en que se inspira, y muy diferente también de la regulación que otorgó a dicha figura posteriormente el Código Civil italiano de 1865⁵⁴.

4.2. LA LEY HIPOTECARIA DE 1861

La Ley Hipotecaria de 1861 se promulga por las dificultades que había para aprobar un Código Civil, apostando el legislador por un sistema en leyes especiales. Probablemente la que hacía más falta era la Ley Hipotecaria, para sentar las bases de aseguramiento del crédito territorial. Por ello el Real Decreto de 8 de agosto de 1885 ordenó a la Comisión nombrada el 21 de febrero del mismo año, para la formación de la Ley Orgánica de los Tribunales y del Código de Procedimientos y Revisión del Proyecto de Código Civil de 1851 *“se dedicara con preferencia y brevedad a formular un proyecto de Ley de hipotecas o de aseguración de la propiedad territorial”*, lo que señala y enfatiza después la Ley Hipotecaria en su Exposición de Motivos afirmando que *“pocas cosas en el orden civil y económico son de más interés y urgencia que la de las leyes hipotecarias”* y que era indispensable *“para dar certidumbre al dominio y a los demás derechos reales y para libertar al propietario del yugo de los usureros despiadados”*. Asimismo, una Real Orden de 10 de agosto del mismo año ordenaba (aunque el texto dijera que deseaba) que la nueva ley partiese del principio de publicidad en las hipotecas y que no se reconocieran las hipotecas generales⁵⁵.

⁵⁴ El artículo 2784.2º del Código Civil italiano de 1865 dispone que *“pueden ser dados en prenda los bienes muebles, la universalidad de los muebles, los créditos y otros derechos que tengan por objeto bienes muebles”*, dedicando incluso una sección (la 3ª) a *“la prenda de los créditos y otros derechos”*.

⁵⁵ Vid. OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido. *“Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria”*. Tomo I. Madrid: Estudios Tipográficos “Sucesores de Rivadeneyra”, 1892. Pág. 891 y ss.

En cuanto a sus orientaciones, además de señalarles que partiesen del principio de publicidad y supresión de las hipotecas generales, les exhortaba a que la comisión “*estudiará los trabajos anteriores y los comparará con leyes de las demás naciones*”. Por ello, los redactores de la Ley Hipotecaria se consideraron libres y señalan en su Exposición de Motivos “*que se ve obligada a presentarse como innovadora*” y que a pesar de su religioso respeto al Derecho nacional, propone que esencial y radicalmente “*sea reformado*”.

Al margen de lo anterior, dicha Ley está fuertemente inspirada en el Derecho alemán y en el Derecho prusiano entonces vigente (y así lo reconoce expresamente su Exposición de Motivos⁵⁶), no quedando rastro de la legislación de Las Partidas, ni tampoco del Derecho Romano. En este sentido, OLIVER Y ESTELLER⁵⁷ afirma “*que las doctrinas de la Ley Hipotecaria son radicalmente innovadoras de las que venían rigiendo tradicionalmente en España acerca de la propiedad territorial*” añadiendo que los legisladores “*después de manifestar que de seguir las tradiciones españolas, tendrían que adoptar un sistema mixto de publicidad y clandestinidad, declararon de una manera terminante que no podían seguir el sistema español, y que proponían en su consecuencia que el derecho nacional fuese esencial y radicalmente reformado*”.

Lo más importante es que, como declara también dicha Exposición de Motivos, no había más que un sistema aceptable: “*el que tiene por base la publicidad y especialidad de las hipotecas*”. El principio de especialidad, que es el que nos interesa para nuestro estudio aparece en varios artículos:

- En términos generales aparece en el artículo 8 y más concretamente en el artículo 228 al disponer que “*El Registro de la Propiedad se llevará, abriendo uno particular a cada finca asentando por primera partida de él la primera inscripción que se pida relativa a la misma finca (...). Todas las inscripciones, anotaciones y cancelaciones posteriores se asentarán a continuación*”.

⁵⁶ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo IV. Pág. 53.

“*La Exposición de Motivos indica que la ley se inspira en el sistema germánico, señalando casi concretamente el régimen prusiano*”.

⁵⁷ OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido. *Op. Cit.* Pág. 382.

- Respecto a las hipotecas, lo vemos reflejado claramente en el artículo 119, que dispone que *“cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una debe responder”*. Destacar también el artículo 138, que cambiando el sistema antiguo de hipotecas generales y tácitas recogido en Las Partidas, dispone que *“las personas a cuyo favor establece esta Ley hipoteca legal no tendrán otro derecho que el de exigir la constitución de una hipoteca especial suficiente para la garantía de su derecho”*.

Pero aunque parezca que el principio de especialidad esté claramente recogido en los citados artículos (así como en otros más), e incluso complementado por las declaraciones de la Exposición de Motivos antes comentada, a algunos los hipotecaristas no les parecía suficiente y así todavía ROCA SASTRE⁵⁸ afirma respecto a las manifestaciones contenidas en tal Exposición de Motivos que *“esta noción raquílica del principio de especialidad responde al concepto que en aquel momento evolutivo del principio dominaba sobre la materia”*.

Interesa también destacar que la Ley Hipotecaria de 1861 trató y logró la separación absoluta entre las garantías sobre bienes muebles (a los que reserva la figura de la prenda) y sobre bienes inmuebles, refiriéndose dicha normativa como bienes hipotecables únicamente a los bienes inmuebles y excluyendo por tanto a los muebles; la tan repetida Exposición de Motivos es terminante: *“(…) la comisión, para quitar dudas y fijar de un modo claro y terminante la diferencia entre prenda e hipoteca, establece que solo podrán ser hipotecados los bienes inmuebles y los derechos reales impuestos sobre ellos que sean enajenables, quitando así la anfibiología que en las leyes y en la práctica existe respecto al uso poco preciso de estas palabras”*.

Igualmente, el artículo 8 de la Ley Hipotecaria de 1861 rechaza terminantemente que se puedan hipotecar *“los frutos y rentas pendientes con separación del predio que los produzca y los objetos muebles salvo que se hipotequen conjuntamente con la finca, y los títulos de Deuda del Estado”*.

4.3. EL CÓDIGO CIVIL DE 1889

Aunque pudiera parecer que el Código Civil de 1889, por estar aún vigente, debería ser tratado -y así también lo será- al estudiar la situación actual y posibles soluciones a los problemas de la prenda, creemos que debe también ser analizado en su correspondiente período histórico, ya que no marca el final, sino que constituye un hito en la evolución de tal institución, y sus artículos nos sirven de apoyo para estudiar lo que decían sobre la prenda los autores de la época de su promulgación.

El Código Civil de 1889, dedica en primer lugar unas disposiciones comunes para la prenda e hipoteca (artículos 1857 a 1862), estableciendo a continuación otros específicos para la prenda (artículos 1863 a 1873).

Sin perjuicio de que a nivel de contenido establece una línea continuista respecto al Proyecto de Código Civil de 1851, en cuanto a sistemática representa una novedad, puesto que bajo el Proyecto de Código Civil de 1851 dichas instituciones se trataban por separado.

Dicha normativa refleja también en términos generales los principios establecidos en Las Partidas, si bien con los cambios y matizaciones indicados a continuación. Así MUCIUS SCAEVOLA⁵⁹ en prácticamente todos los comentarios de sus artículos cita como precedente a la legislación de Las Partidas. Y de modo especial FALCON⁶⁰, en 1889, recién publicado el Código Civil decía: *“Magistralmente regularizado el contrato de prenda por las leyes romanas, eran conocidas y practicadas sus reglas en España, por haberlas importado Las Partidas. En esta materia, por consiguiente, poco nuevo ha introducido el Código Civil español, pero este poco es*

⁵⁸ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *“Derecho Hipotecario”*. Tomo II (Registro de la Propiedad). 5^a edición. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1954. Pág. 57.

⁵⁹ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *“Código Civil”*. Tomo XXIX. Redactado por PEDRO DE APATALEGUI. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955. Arts. 1857 a 1886. Pág. 291 y ss. A pesar de la publicación en 1955, APATALEGUI es jurista de la época de la publicación del Código Civil.

⁶⁰ FALCÓN, Modesto. *“Código Civil Español”*. Tomo IV. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1889. Pág. 410.

importante, y completa la legislación histórica patria, sobre el contrato de prenda (...)”.

Lo anterior, no obstante, solo es cierto si nos referimos a la prenda de cosa mueble con pérdida de la posesión, cuando Las Partidas -siguiendo al Derecho Romano- dan a la prenda un carácter más global que incluye la que no implica pérdida de la posesión, con una referencial especial a la de los frutos, aparejos de labranza y ganado, que restan en poder del que los pignora.

Al objeto de nuestro estudio, destacaremos a continuación algunos artículos del Código Civil de 1889, que pese a estar aún vigente, intentaremos construirlos en los términos y condiciones de esa época, en la que no existía la normativa complementaria a la prenda actualmente vigente, ni el complemento jurisprudencial y doctrinal elaborado por nuestros tribunales y autores.

- **Artículo 1857:** *“Son requisitos de los contratos de prenda e hipoteca: 1º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal”.*

Este precepto configura el contrato de prenda como un derecho típicamente accesorio. No pueden existir garantías de cumplimiento de una obligación si ésta no existe. Ahora bien, entendemos que la necesidad de “una obligación principal”, no significa que sólo se pueda garantizar una obligación con una prenda, aunque sea lo más común; por lo menos en los comentaristas clásicos del Código Civil no hay ninguna referencia a ello.

MUCIUS SCAEVOLA⁶¹ dice solamente que *“el Código Civil exige que la prenda e hipoteca se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (...), que son contratos típicamente accesorios y por tanto viven a la sombra y el calor del contrato madre (...), y que aquellos derechos corren la vida del crédito que aseguran o garantizan”.*

⁶¹ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Pág. 293.

MANRESA Y NAVARRO⁶² tampoco hace referencia alguna a si debe existir una sola obligación o pueden ser varias, y afirma *“la prenda e hipoteca, son contratos accesorios y en tal concepto como todos los de dicha clase, no pueden existir sin una obligación principal, anterior o coetánea (...)”*. Por lo tanto, *“aunque exista la promesa de constituir prenda o hipoteca, esta promesa no es exigible mientras no exista o se constituya la obligación que ha de ser asegurada en alguna de dichas formas”*.

Y SÁNCHEZ ROMÁN⁶³ al comentar la totalidad de dicho artículo tampoco hace hincapié en la necesidad de existencia de esta obligación principal.

Queremos señalar, con todo ello, que la doctrina realiza un análisis del artículo 1857 focalizado no en el principio de especialidad, sino en el de accesoriedad, interpretando obligación principal no en el sentido de si es una o varias, sino en que la existencia de tal obligación es requisito para la existencia de la prenda.

- **Artículo 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”*.

MUCIUS SCAEVOLA⁶⁴, quien cita como precedente el fragmento de Las Partidas (Ley I, Título XIII, Partida Quinta) (*“peño es propiamente aquella cosa que un ome empeña a otro apoderándole de ella”*) afirma que la entrega de la cosa es elemento constitutivo de la prenda: *“la necesidad de traditio para que el contrato quede válidamente perfeccionado y, por ende nazca a la vida jurídica, no es una arbitrariedad porque la lógica jurídica exige que el que ha recibido una cosa está obligado a devolverla, y que nadie venga a devolver lo que no recibió”*.

⁶² MANRESA Y NAVARRO, José M^a. *“Comentarios al Código Civil Español”*. Tomo XII. 3^a edición. Madrid: Editorial Reus, 1921. Pág. 395.

⁶³ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *“Estudios de Derecho Civil”*. Tomo IV. 2^a edición. Madrid: Estudios Tipográficos “Sucesores de Rivadeneyra”, 1899. Pág. 945.

⁶⁴ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Pág. 340.

En términos análogos se refiere a la misma MANRESA Y NAVARRO⁶⁵ afirmando que *“este es un requisito esencialísimo y peculiar de la prenda sin el que no puede estimarse celebrado o ultimado el contrato, pues precisamente en esta entrega consiste la garantía que el mismo supone”*. También cita los antecedentes del Derecho Romano y de Las Partidas, sin tener en cuenta que esta prenda manual no era ni mucho menos la más importante de toda la regulación de la prenda.

Criterio menos laudatorio expresa SÁNCHEZ ROMÁN⁶⁶ que aunque incluye la regulación de la prenda dentro del capítulo de los contratos accesorios reales y afirma que el contenido de dicho precepto confirma la naturaleza real de este contrato, hace una dura crítica del mismo manifestando que *“los redactores del Código, además de manifestarse muy estacionarios y alejados de las corrientes notorias del progreso jurídico, han tenido, según parece, la imprecisión de olvidar que, manteniendo este antiguo concepto de la prenda, que exige la tenencia material de ella por el acreedor, confirmaban un obstáculo invencible - a no ser por el procedimiento poco airoso de una ley especial de excepción en un punto tan fundamental, inmediatamente hecha de realizada la titulada Codificación civil- al proyecto de ley sobre crédito agrícola, presentada hace tiempo a las Cortes pero que no llegaron a discutirlo, e inspirado en bases completamente opuestas, y que con tal añejo concepto de la prenda resultará imposible y negado todo su pensamiento desde el instante en que al labrador se le exija que constituya en prenda posesoria los ganados, aperos, semillas, etc., por su necesaria entrega al acreedor, según el Código”*.

Tiempo después, el Real Decreto-Ley de 22 de diciembre de 1917, relativo a la creación de la prenda agrícola (que después analizaremos) dio la razón a tan ilustre autor.

- **Artículo 1864:** *“Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión”*.

⁶⁵ MANRESA Y NAVARRO, José M^a. *Op. Cit.* Pág. 424.

⁶⁶ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. Cit.* Tomo IV. Págs. 986 y 987.

Una nueva restricción al concepto amplio de prenda que también encuentra razonable MUCIUS SCAEVOLA⁶⁷, que afirma *“pero lo que sí es esencial a la prenda, en nuestro concepto de la misma, además del desplazamiento de la cosa, es que recaiga sobre bienes muebles, porque si la hipoteca puede ser mobiliaria o inmobiliaria, la prenda nunca puede ser inmobiliaria”*, afirmando también que *“el Código Civil cuando se refiere a bienes muebles, lo hace precisamente a los bienes muebles que lo son por su propia esencia, que consisten en una cosa corporal perfectamente diferenciada y transportable, y a los derechos que pudieran recaer sobre muebles”*.

Pero también en cuanto a la exigencia de que las cosas sean susceptibles de posesión, se pregunta si pueden ser objeto de prenda los derechos, afirmando que *“en principio nada se opone a ello”*⁶⁸, pero sin afirmaciones demasiado claras al respecto.

Incluso se pregunta si puede darse en prenda un establecimiento mercantil, afirmando *“que en realidad no es mueble ni inmueble, es un complejo orgánico de distintos elementos en que ninguno de ellos tiene una categoría definida”*, afirmando también *“que no parece que exista dificultad jurídica en admitir que como unidad orgánica sea un bien mueble en nuestro derecho”*⁶⁹.

No parece en cambio admitir la prenda de créditos, ya que aunque el artículo 1868 declara que *“si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que le deben”*, lo entiende referido *“a un capital representado por valores cotizados o no. La prenda de estos valores o títulos representativos de un capital es propiamente una prenda de numerario, y si ese capital proporciona un interés porque se reparta dividendo o porque venzan los plazos de las obligaciones emitidas legalmente, no cabe duda que dichos*

⁶⁷ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Págs. 348 y 349.

⁶⁸ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Pág. 351.

⁶⁹ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Pág. 353.

intereses pertenecen al propietario de las acciones o al titular de las obligaciones, pero en ningún caso al acreedor de la relación prendaria”⁷⁰.

Para MANRESA Y NAVARRO⁷¹, *“en el derecho moderno, la palabra “muebles” comprende hoy los bienes que, según la teoría romana y nuestro antiguo derecho, se llamaban semovientes, debiendo ser extensivo a unos y otros el precepto del artículo, toda vez que la ley no distingue entre los mismos ni hay razón alguna que impida el que los semovientes pueden ser objeto de prenda”*, destacando a continuación lo beneficiosa que es la posibilidad para el fomento de la ganadería y el crédito territorial el que sean susceptible de prenda los ganados.

- **Artículo 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 les satisfagan ambos créditos, aunque no se hubiese estipulado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda”.

El Código Civil, refunde aquí los dos artículos 1771 y 1979 del Proyecto de Código Civil de 1851. Nos limitaremos aquí al segundo párrafo de este artículo (que corresponde al 1779 del citado Proyecto) sin perjuicio de volver sobre el mismo posteriormente, pues a nuestro juicio recoge una excepción del principio de especialidad en cuanto a la obligación garantizada, señalando la opinión de los autores más conocidos que comentaron en su época el Código Civil.

FALCÓN⁷² no hace comentario alguno a este artículo al estudiar la prenda.

⁷⁰ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Pág. 378.

⁷¹ MANRESA Y NAVARRO, José M^a. *Op. Cit.* Págs. 429 y 430.

⁷² FALCÓN, Modesto. *Op. Cit.* Págs. 410 a 413.

MANRESA Y NAVARRO sigue la opinión antes transcrita de GARCÍA GOYENA y GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, basándose *“en la presunción lógica de que el acreedor no pidió una nueva prenda por considerar suficiente la primera para responder de los dos créditos”*⁷³. Igualmente afirma -refutando la tesis de BONEL Y SÁNCHEZ- que no se causa perjuicio a los terceros que tuvieren derechos anteriores a la segunda deuda⁷⁴, pues esta segunda deuda no está garantizada especialmente con prenda y por tanto no se convierte en un crédito especialmente garantizado y no le alcanza la protección del artículo 1922,2º del Código Civil. Y que en concurrencia con otros acreedores no puede alegar preferencia más que a donde alcance la primera deuda y en cuanto a la segunda se sujetará a las reglas comunes de la clasificación y prelación de créditos. Así, estima que el derecho de retención *“en suma, no es más que un medio concedido por la Ley al acreedor prendario en el caso del segundo débito para evitar que el deudor sustraiga de su nuevo compromiso los bienes pignorados (...), pero de ningún modo constituye una nueva prenda o una garantía especial sobre tales bienes”*⁷⁵.

MUCIUS SCAEVOLA, afirma que el segundo párrafo del artículo 1866 *“contempla la hipótesis de la extensión o constitución de un especial derecho de garantía o cautela que no es propiamente de prenda a favor del acreedor, y por razón de una obligación en la que no se tuvo en cuenta ninguna medida de garantía real o personal”*⁷⁶. No obstante, posteriormente dice que *“celebrada la segunda obligación, queda la prenda afecta a un derecho de retención que garantiza el cumplimiento de la misma. En realidad, nos encontramos con una prenda que asegura el cumplimiento de dos obligaciones perfectamente diferenciadas, si bien la primera obligación está asegurada de una manera total y con todos los efectos propios de la prenda, y la segunda obligación tiene una garantía menos efectiva”*⁷⁷.

⁷³ MANRESA Y NAVARRO, José M^a. *Op. Cit.* Pág. 440.

⁷⁴ MANRESA Y NAVARRO, José M^a. *Op. Cit.* Pág. 443.

⁷⁵ MANRESA Y NAVARRO, José M^a. *Op. Cit.* Pág. 444.

⁷⁶ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Pág. 362.

⁷⁷ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Pág. 363.

SANCHEZ ROMÁN⁷⁸, por su parte, hace referencia al carácter accesorio de la prenda, manifestando que esta obligación principal debe ser válida, pudiendo tener el carácter de mixta o incluso de meramente natural, con tal de que no esté prohibida por la ley, y que es indiferente que sea pura, condicional o a plazo. Hace referencia a que puede también ser accesorio de cualquier acto jurídico, por ejemplo, un testamento, para la garantía de obligaciones o de prestaciones (notemos que habla en plural) que de él se deriven.

VALVERDE Y VALVERDE, afirma que *“éste es un caso de constitución de prenda tácita, siendo calificado este precepto como gravoso para el deudor, ya que él no consintió la constitución de dicho gravamen”*. Y citando a MANRESA Y NAVARRO, reproduce su afirmación de que la prórroga del derecho de retención no constituye una ampliación de la primitiva prenda ni tampoco una garantía especial impuesta sobre dicha prenda a favor del segundo crédito. Y por tanto no tiene las preferencias del artículo 1922,2º del Código Civil⁷⁹.

Quisiéramos destacar que de los artículos comentados y sobre la base de los comentarios que sobre ellos hacen MUCIUS SCAEVOLA y MANRESA Y NAVARRO, parece que no hay dificultad en que la cosa entregada en prenda sea una sola, sino que pueden ser varias y sin necesidad de distribuir entre ellas la responsabilidad. Así, los títulos representativos del capital, la posibilidad de dar en prenda el establecimiento mercantil como un complejo orgánico (que admite MUCIUS SCAEVOLA) o la posibilidad de dar en prenda un rebaño (que defiende MANRESA Y NAVARRO), manifiestan claramente que tampoco existe postura uniforme respecto a la cosa dada en prenda y sobre si debe aplicar el principio de especialidad con la rotundidad con la que aplicaba en dicha época en sede hipotecaria.

La Jurisprudencia del Tribunal Supremo ayuda a esta afirmación. Así la STS de 24 de enero de 1930 pide boletines de cotización, y en su defecto y al no haberlos, dictamen pericial de *“todas o algunas de las mercancías pignoradas”* y la STS de 7 de

⁷⁸ SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *Op. Cit.* Tomo IV. Págs. 972 y 973.

septiembre de 1934 estudia el caso de una garantía hipotecaria complementada con una prenda, sin distribuir la garantía ente el inmueble y los títulos pignorados, disponiendo que después de haberse adjudicado el inmueble debe rebajarse el crédito inicial en su importe.

La no exigencia del principio de especialidad en cuanto a la cosa dada en prenda queda completamente despejada en el Código de Comercio de 1885, que al regular las compañías de almacenes generales de depósitos, y los resguardos que emiten, dispone en su artículo 196 que *“el acreedor que teniendo legítimamente en prenda un resguardo, no fuere pagado el día del vencimiento del crédito, podrá requerir a la compañía para que enajene los efectos depositados, en cantidad bastante para el pago (...)”*, lo que excluye la necesidad de distribución previa de la garantía.

Igualmente, al determinar las reglas especiales para los Bancos y sociedades agrícolas, dispone el Código de Comercio en su artículo 212 que *“corresponderá principalmente a la índole de estas compañías: 1º Prestar en metálico o en especie a un plazo que no exceda de tres años, sobre frutos, cosechas, ganados u otra prenda o garantía especial”*. Se va configurando por tanto la prenda agrícola, sin referencias al principio de especialidad y sin desplazamiento de la cosa dada en prenda, si bien siendo sólo aplicable para determinadas entidades.

En conclusión, podríamos decir que la regulación de la prenda en el Código Civil con su rotundidad al referirse a cosas materiales y al exigir la entrega de la posesión, limitó su ámbito de aplicación, dejando además sin efecto la prenda agrícola tan regulada por el Derecho Romano, así como la prenda industrial. No podemos olvidar que una parte de los préstamos se solicitaban para el normal desarrollo o finalidad de las cosas (aperos, maquinas), y precisamente al tener que entregar los objetos necesarios para el desarrollo de tal actividad la hacían inútil.

Así, dicho régimen poco pudo hacer para favorecer el crédito territorial o el industrial entonces naciente, cuyas garantías quedaron reservadas básicamente a las que

⁷⁹ VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *“Tratado de Derecho Civil Español”*. Tomo II. Valladolid: 1920. Pág. 534.

ofrecía la Ley Hipotecaria de 1861. Coincidimos, por tanto, con la opinión crítica antes expresada de SÁNCHEZ ROMÁN.

4.4. *NORMATIVA RELATIVA A LA PRENDA POSTERIOR AL CÓDIGO CIVIL (HOY DEROGADA)*

4.4.1. *Las leyes especiales (prenda agrícola, prenda triguera y aceitera y prenda industrial)*

La citada rigidez y falta de utilidad de la prenda del Código Civil de 1889 tuvo como consecuencia que se tuviera que acudir al mecanismo de las leyes especiales con la finalidad de dotar a dicha figura de mayor utilidad y practicidad.

La primera de ellas fue la llamada **Prenda agrícola**. El Real Decreto-Ley de 22 de septiembre de 1917, de crédito mobiliario agrícola, reguló la prenda sin desplazamiento sobre el arbolado, frutos pendientes, cosechas, máquinas, aperos, ganados y demás elementos de la industria agrícola ganadera que puedan constituir los agricultores y ganaderos, así como las entidades por ellos constituidas en garantía de los préstamos que recibieran. Hay que señalar especialmente que entre los muebles que se pueden afectar en pago figuran los que según el artículo 334 del Código Civil se reputan inmuebles por destino.

Los antecedentes de dicha prenda, ya hemos visto que se encuentran en Las Partidas, y como precedentes legislativos SANZ FERNÁNDEZ⁸⁰ cita los proyectos de MONTERO RÍOS (1886), SUÁREZ INCLÁN y SÁNCHEZ TOCA (1900), además de algunos de carácter particular como el del VIZCONDE DE EZA y NAVARRO REVERTER. Adicionalmente, recordar la regulación que contenía el Código de Comercio de 1885 relativa a las reglas especiales para los Bancos y sociedades agrícolas (artículos 212 y 214), e incluso la reforma de la Ley Hipotecaria de 21 de abril de 1909 (artículos 110 y 111) que otorgaba al propietario la facultad de hipotecar los muebles y los frutos con separación del fundo.

⁸⁰ SANZ FERNÁNDEZ, Ángel. “*La Prenda sin desplazamiento*”. Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN). Tomo II. Madrid: 1950. Pág. 145. ISSN: 0210-3249.

No podemos olvidar que la prenda agrícola (“*invecta et illata*”) del Derecho Romano es el antecedente directo de esta prenda sin desplazamiento, que recogieron los distintos Fueros y Las Partidas, y que los redactores del Código Civil de 1889 expulsaron de su texto, como ya hemos visto denunciaba SÁNCHEZ ROMÁN. Por ello, su aparición fue celebrada por la doctrina; MOUTON Y OCAMPO⁸¹ habla del aplauso con el que fue recibida su organización legal en los distintos Estados, que se apresuraron a recoger tal manifestación del crédito agrícola y llevarla a sus disposiciones legislativas. Y es que, con respecto a la agricultura, no hay dudas de que si la prenda puede ser de alguna utilidad, debe ser sin desplazamiento y sin la determinación o especialidad de la cosa dada en prenda.

Su regulación es bastante detallada, intentando asegurar los derechos de acreedor y deudor. Se exige escritura pública con los requisitos que detalla, incluso se refiere a los honorarios del Notario e inscripción en los libros que se abrirían en los Registros de la Propiedad, respetando por tanto el principio de publicidad. También exigía el aseguramiento de los bienes pignorados, y consideraba al deudor como depositario de ellos. Incluso regulaba la transmisión por endoso de dichas prendas. En resumen, una legislación muy adecuada y que ha servido de base a normas posteriores.

Tiempo después, los Decretos de 12 de julio de 1934 y 29 de noviembre de 1935 introdujeron la llamada **Prenda triguera y aceitera**, que aplicaron el régimen general de la prenda sin desplazamiento agrícola en beneficio de los productores de aceite y trigo. Respecto al Decreto de 29 de noviembre de 1935, en su artículo 6 establece cinco tipos de préstamos, de los cuales destacaremos los dos siguientes: (i) los préstamos sin desplazamiento de prenda a tenedores de aceite; y (ii) los préstamos sin desplazamiento de prenda a tenedores de aceite, que además de con los seguros habituales, afiancen su préstamo con uno que cubra la garantía de la prenda.

⁸¹ MOUTON Y OCAMPO, Luis. “*Enciclopedia Jurídica Española*”. Tomo XXV (Prenda Agrícola). Barcelona: Francisco Seix Editor, 1910. Pág. 406.

Según SANZ FERNÁNDEZ⁸², “*el mayor interés de esta disposición en esta segunda forma de prenda con seguro ha servido de antecedente para el establecimiento de éste en la legislación vigente*”; se refiere a los artículos 1863 a 1873 bis del Código Civil que después analizaremos, y que tiene, como veremos, bastante importancia para la determinación de los efectos y naturaleza de la prenda. Posteriormente, el Reglamento de 17 de enero de 1936 reguló minuciosamente dicho seguro en sus artículos 21 y siguientes, y además estableció la inscripción de estos préstamos en un Registro Especial del Ministerio de Agricultura denominado “Registro de Préstamos sobre Aceite de Oliva”.

Como vemos, en las garantías prendarias avanza el principio de publicidad, pero sigue sin exigirse el principio de especialidad en cuanto a la cosa dada en prenda.

Tras la creación de la prenda agrícola y la prenda aceitera, una Ley de 17 de marzo de 1940 creó un tipo restringido de **Prenda industrial**, destinada exclusivamente a fines de reconstrucción (reparación del utillaje de las industrias afectado por los desastres de la guerra de liberación), y tal y como indica su artículo 1 era de aplicación sólo a los préstamos hechos con dicho fin por el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, a favor de comerciantes e industriales debidamente matriculados y que estuvieran al corriente de pago de la contribución industrial.

Dicha normativa también sigue el principio de publicidad, ya que debe inscribirse en dos Registros: (i) en el Registro de la Propiedad, por nota al margen de la inscripción de dominio en la finca donde los bienes estuvieran instalados; e (ii) inscripción del gravamen en el Registro Especial denominado de Prenda Industrial sin Desplazamiento, creado en los Registros Mercantiles (artículos 2 y 9).

Los bienes que se podían dar como garantía pignoratícia era la maquinaria que tenga carácter de bien mueble y que no se hallase instalada en la finca propia del dueño de la industria, pues si estaban en el inmueble del mismo dueño de la finca, entonces no se aceptaba la prenda, sino la hipoteca con extensión a dicha maquinaria. MUCIUS

⁸² SANZ FERNÁNDEZ, Ángel. *Op. Cit.* Pág. 147.

SCAEVOLA⁸³ siguiendo a RIOS MOSQUERA, considera dicha prenda como una verdadera hipoteca mobiliaria y alaba su contenido.

Tampoco aparece en dicha ley en cuanto a la exigencia de determinar la maquinaria dada en garantía la rigurosidad del principio de especialidad.

Junto a estas normas legales, hay que recordar también:

- La Ley de 21 de agosto de 1893, de Hipoteca Naval, que regula la hipoteca de buques, considerándolos a este fin como bienes inmuebles, lo cual algunos autores⁸⁴ califican de “*aberración jurídica*” y vacío de contenido científico y práctico.
- El Proyecto de Reforma del Código de Comercio de 1926, que en sus artículos 517 al 520 señala determinados muebles que podían ser objeto de hipoteca, como los buques, los establecimientos mercantiles, los títulos nominativos y la propiedad intelectual e industrial.
- Una Orden del Ministerio de Trabajo de 21 de noviembre de 1940, que en su artículo 7 disponía que la prenda agrícola podía consistir en fincas, productos agrícolas, caballerías de labor, etc. Remarcar que la Dirección General de los Registros y del Notariado informó posteriormente que la prenda agrícola no podía consistir en fincas.
- La STS de 23 de abril de 1929, que declaró que el convenio entre acreedor y deudor por el cual el objeto pignorado quedare en poder del deudor para usarlo, no obstaba a la perfección del contrato de prenda.

Todo lo anterior pone de manifiesto un cierto fracaso de la regulación dada a la prenda bajo nuestro Código Civil de 1889, por limitada, ajena a la realidad y

⁸³ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Pág. 424.

⁸⁴ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Pág. 423.

excesivamente dogmática, provocando inseguridad jurídica, hecho que intentó ser remediado por las normas y Leyes Especiales que hemos comentado en esta sección.

4.4.2. La Ley de 5 de diciembre de 1941

La **Ley de 5 de diciembre de 1941**, por la que se adicionan al Código Civil nuevos artículos sobre prendas o hipoteca mobiliaria, pretende incorporar al Código Civil de 1889 la regulación de la prenda sin desplazamiento que habían intentado desarrollar -con más voluntad de éxito- las Leyes Especiales antes citadas.

En su Exposición de Motivos se alude en primer lugar al incumplimiento de la revisión decenal del Código Civil de 1889, que éste imponía en sus disposiciones adicionales para *“compaginar las ventajas de la Codificación con las exigencias de la realidad”*, señalando a continuación la no acertada imposición bajo el Código Civil como requisito esencial de la prenda que la cosa fuera puesta en posesión del acreedor o de un tercero. Prosigue haciendo referencia a que la realidad es *“más fuerte que las previsiones legislativas”*, y alude a la reacia resistencia existente en cuanto a la modificación de las Leyes sustantivas. Y finaliza en los siguientes términos: *“todo ello patentiza la necesidad apremiante de cubrir un vacío de nuestro Código Civil, por medio de una disposición legal que, satisfaciendo conjuntamente exigencias doctrinales, legislativas y prácticas, abarque la generalidad de los casos e incorpore al Código este contrato de prenda sin desplazamiento, también denominado de hipoteca mobiliaria, anticipado por el uso y hasta la fecha carente de verdadera definición en nuestros cuerpos legales”*.

Las intenciones del legislador y pretensiones de esta norma no podían ser mejores, aunque su resultado no acabó siendo el esperado.

En su primer artículo, el 1863 bis, declara que *“para asegurar el cumplimiento de una obligación podrá convenirse mediante pacto expreso que, no obstante lo dispuesto en el artículo 1863, el deudor conserve en su poder la prenda **sin desplazar su posesión al acreedor**. Este gozará, en su caso de la misma preferencia que aquel que tenga la prenda en su poder”*.

Se hace una sucinta referencia a “una obligación”, habiendo eliminado la referencia a “obligación principal” contenida en el artículo 1857.1º del Código Civil de 1889, lo cual creemos desacertado, no sólo por restringir el principio de especialidad, sino también por no aportar información adicional sobre cómo debiera interpretarse el mismo.

En otros aspectos, en cambio, establece una regulación con minucioso detalle. Así, en el artículo 1864 bis establece, en términos amplísimos, las personas o cosas que pueden darse en prenda, en el 1865 bis se refiere al objeto garantizado y a la posibilidad de su sustitución, y en los artículos siguientes al principio de publicidad, estableciendo incluso los casos en que la misma debe acceder al Registro de la Propiedad (artículo 1866 bis) e incluyendo especialidades incluso para la prenda sobre vehículos automóviles, disponiendo en este caso que el Registrador comunicará su inscripción a la Oficina administrativa correspondiente (artículo 1869 bis).

Exigía para la prenda formalización por escrito (artículo 1868 bis), y para contratos en que la obligación garantizada excedía de 5.000 pesetas, adicionalmente la intervención de Notario, Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de comercio (según fuera el caso).

Se establecía además un seguro de insolvencia (artículo 1870 bis), y la posibilidad de que el acreedor en todo momento pudiera inspeccionar las cosas dadas en prenda, siendo preciso que el deudor declarase que dedicaría las mismas a su uso natural, teniendo en relación con las mismas los deberes y responsabilidad de depositario (artículo 1871 bis).

Parecía, pues, un sistema bastante perfecto, pero aunque se realizaran e inscribieran bastantes hipotecas mobiliarias⁸⁵, el sistema no funcionó bien en general, en parte por no publicarse el reglamento o disposición especial⁸⁶ que determinase detalladamente los requisitos y circunstancias que debían de tener los contratos, los

⁸⁵ El artículo 1869 bis para los casos de inscripción en el Registro de la Propiedad establece: a tal efecto existirá un libro en el Registro de la Propiedad, denominado, “Hipoteca Mobiliaria”.

⁸⁶ Dicha disposición especial era exigida por el último artículo (“Artículo adicional”) de la Ley de 5 de diciembre de 1941.

endosos y las inscripciones en el Registro, así como las reglas procesales para el ejercicio de las acciones correspondientes. Todo ello motivó las críticas de la doctrina y la falta de plena aplicación de sus preceptos.

SANZ FERNÁNDEZ⁸⁷ critica el sistema de artículos bis, señalando que tenía que haberse configurado como una Ley Especial, añadiendo que dichos artículos bis contradecían y violentaban las normas del Código Civil, sin perjuicio de que además algunos de ellos recogían supuestos mercantiles (números 3º y 4º del artículo 1864 bis, que se referían a los industriales, fabricantes y comerciantes). Por otra parte, se plantea dudas sobre si dicha regulación: (i) derogaba las Leyes Especiales anteriores sobre prenda sin desplazamiento; (ii) regía o no en los territorios forales, inclinándose por la solución negativa; y (iii) se trataba de una Ley civil o mercantil.

MUCIUS SCAEVOLA⁸⁸ por su parte destaca que los tratadistas de derecho inmobiliario se planteaban dudas sobre la vigencia de dicha Ley de 1941, fundamentalmente por no haberse publicado la disposición especial a que se refería el artículo adicional final. La Resolución de la DGRN de 20 de diciembre de 1941 (La Ley 11/1941) se manifestó sobre la vigencia de dicha Ley, sin perjuicio de que posteriormente, a través de la Resolución de la DGRN de 6 de noviembre de 1950 (La Ley 11/1950) se declaró inscribible una escritura de prenda agrícola sin desplazamiento formalizada conforme al Real Decreto-Ley de 22 de septiembre de 1917, manifestando que tal normativa seguía vigente no obstante la Ley de 1941 ya que hasta el momento en que se promulgasen las disposiciones adicionales reglamentarias se producía una “*vacatio legis*” para retrasar deliberadamente la entrada en vigor de la nueva Ley.

No fue hasta 1954 que mediante la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento se derogaron los anteriores preceptos y se creó la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento de la posesión, con una regulación muy sistematizada y que aún está vigente.

⁸⁷ SANZ FERNÁNDEZ, Ángel. *Op. Cit.* Pág. 149.

⁸⁸ MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *Op. Cit.* Págs. 434 y 440.

Así, el propio legislador en la Exposición de Motivos de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento reconocía que “*la doctrina científica puso de relieve los graves inconvenientes de la privación al deudor de la posesión de la prenda sobre todo en cosas muebles de gran valor destinadas a fines agrícolas o industriales (...). La experiencia demostró que la prenda iba quedando reducida a cosas meramente suntuosas, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre; y cuando la necesidad obligaba a pignorar estas últimas, los funestos resultados prácticos de la garantía hacían patente la necesidad de otra figura jurídica que salvara sus inconvenientes*”.

4.5. LA PRENDA EN CATALUÑA

La prenda en Cataluña durante toda la Edad Media y hasta el Código Civil 1889 se rigió fundamentalmente por el Derecho Romano-Justiniano, con algunos preceptos del Derecho Canónico procedentes de *Las Decretales* (como la prohibición del pacto de anticresis, disponiendo que si el acreedor percibía frutos se aplicarían a la extinción del capital), así como algunas normas procesales que se estimaban derogadas después del Decreto de Nueva Planta y legislación posterior⁸⁹. También rigieron ciertos “*Usatges*”, como el que señalaba cuándo podían tomarse prendas al litigante que no comparecía en juicio⁹⁰.

La publicación del Código Civil de 1889 no debía suponer ningún cambio, ya que según su artículo 13, párrafo 2º, dejaba vigente en los territorios de derecho foral no sólo su propio derecho sino también el Código Civil como supletorio⁹¹. La vigencia del

⁸⁹ CASTÁN TOBENAS, José. *Op. Cit.* Pág. 486, donde puede verse la cita completa de *Las Decretales*.

⁹⁰ *Vid.* sobre los *Usatges* y su supervivencia. VIVES Y CEBRIÀ, Pedro Nolasco. “*Traducción al Castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no estén derogados o no son notoriamente inútiles*”. Tomo I, del Libro III, Título I. Barcelona: Imprenta de J. Verdaguer, 1832. Pág. 166.

⁹¹ Código Civil, artículo 13, párrafo 2º.

“*En lo demás, las provincias y territorios donde subsista derecho foral lo conservarán, por ahora, en toda su integridad, sin que sufra alteración su actual régimen jurídico escrito o consuetudinario, por la publicación de este Código, que regirá tan sólo como derecho supletorio en defecto del que lo sea, en cada una de aquellas por sus leyes especiales*”.

Derecho Romano en Cataluña de esta materia fue reconocida por la STS de 12 de diciembre de 1893.

Es por ello que BORRELL I SOLER⁹² afirma, reproduciendo el Derecho Romano-Justiniano, que *“es poden empenyorar les coses mobles existents o futures, com collites pendents, parts indivises d’una cosa, drets reals de superfície, emfiteusi i dret de percebre els fruits en l’usdefruit voluntari; fora, en general, les servituds reals, que usualment no es poden separar del predi; i el mateix dret de penyora es pot empenyorar, “pignus pignori datum”. Es poden empenyorar les obligacions; però aquesta penyora no atribueix drets reals, sinó el dret de vendre el crèdit i cobrar-se o exigir al deutor el compliment de l’obligació empenyorada i retenir-se en penyora la cosa cobrada. També es poden empenyorar les universalitats de fet o dret”*, norma mucho más amplia que la del Código Civil al admitir la subprenda, la prenda de universalidades, e incluso la de obligaciones.

En cuanto a la obligación asegurada, sin adentrarse en si debe ser una sola obligación o pueden ser varias, nos dice en términos amplios que *“el dret real de penyora es constitueix per assegurar un crèdit: és, doncs, accessori d’una obligació. El deute ha d’èsser vertader, però pot provenir de tota mena d’obligacions lícites, sien civils o naturals, pures, ajornades o condicionals. En el darrer cas la penyora és condicional; i, si la condició es compleix, dóna efecte retroactiu”*⁹³. También es, por tanto, más amplio que el Código Civil en cuanto a la obligación asegurada.

⁹² BORRELL I SOLER, Antoni M. *“Dret Civil vigent a Catalunya”*. Volum II (Drets Reals) (1ª Part). Barcelona: Impremta de la Casa de Caritat, 1923. Págs. 393 y 394.

T.d.A.: *“se pueden pignorar las cosas muebles existentes o futuras, como cosechas pendientes, partes indivisas de una cosa, derechos reales de superficie, enfiteusis y derecho de percibir los frutos en el usufructo voluntario; exceptuando, en general, las servidumbres reales, que usualmente no se pueden separar del predio; y el mismo derecho de prenda se puede pignorar, “pignus pignore datum”. Se pueden pignorar las obligaciones; pero esta prenda no atribuye derechos reales, sino el derecho de vender el crédito y cobrarse o exigir al deudor el cumplimiento de la obligación pignorada y retenerse en prenda la cosa cobrada. También se pueden pignorar las universalidades de hecho o derecho”*.

⁹³ BORRELL I SOLER, Antoni M. *“Dret Civil vigent a Catalunya”*. Volum II (Dret Reals) (2ª Part). Barcelona: Impremta de la Casa de Caritat, 1923. Pág. 395.

T.d.A.: *“el derecho real de prenda se constituye para asegurar un crédito: es, pues, accesorio de una obligación. La deuda tiene que ser verdadera, pero puede provenir de todo tipo de obligaciones”*.

Como vemos, pues, la prenda en Cataluña estaba regulada en términos mucho más flexibles que en el Código Civil. Pero no sabemos si tuvo mucha aplicación en esta época, ya que de una parte algún tratadista, como PELLA Y FORGAS⁹⁴ declaraba aplicables las normas comunes de los artículos 1857 a 1862 del Código Civil de 1889, aunque no las específicas de la prenda contenida en sus artículos 1863 a 1873, citando también la mencionada STS de 12 diciembre de 1893 que hizo aplicación de alguna de las disposiciones romanas. No hay que olvidar tampoco que la Ley Hipotecaria de 1861, convirtió, de hecho, a la hipoteca inmobiliaria en la cuasi única garantía real y que el ámbito de la prenda se amplió gracias a las leyes de prenda agrícola y demás que veremos y que eran aplicables a todo el país.

Y finalmente destacar que en la práctica forense, como señaló PINTÓ RUIZ⁹⁵ al hablar en un Simposio de las virtudes de la Compilación, señalaba que la misma acababa citando al Código Civil para no rebuscar en los textos del “*Corpus*”, o en la Jurisprudencia.

En resumen, el sistema romano en Cataluña en cuanto a la prenda continúa, al menos teóricamente, siguiendo las normas del Derecho Romano, hasta la Compilación del año 1960, inspirada en Derecho Romano y que sustituyó la normativa anterior (“*iuris continuatio*”)⁹⁶, pero que no recogió ninguna norma respecto a la institución de la prenda, por lo que siguió aplicándose el Derecho común, hasta la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble, a la que más adelante nos referiremos, así como a sus normas posteriores en esta materia.

4.6. CONCLUSIONES

lícitas, sean civiles o naturales, puras, aplazadas o condicionales. En el último caso la prenda es condicional; y, si la condición se cumple, da efecto retroactivo”.

⁹⁴ PELLA Y FORGAS, José. “*Código Civil de Cataluña*”. Tomo IV. Barcelona: Librería de A. Bosch, 1918. Pág. 410.

⁹⁵ PINTÓ RUIZ, José. Intervención recogida en “*Simposi de Dret Civil Català de Catalunya. XXV anys de la Compilació*”. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justícia, 1989. Pág. 445. ISBN: 84-393-1096-X.

De este Capítulo dedicado al estudio de la prenda en el Derecho Romano y en el Derecho histórico español, creemos se podrían deducir las siguientes afirmaciones:

- Que históricamente la prenda ha sido la garantía de pago de deudas más utilizada, si bien la aparición de la hipoteca y su publicidad y seguridad registral le restaron importancia.
- Que la prenda desde sus orígenes (bien sea por referencia legal, interpretación jurisprudencial o construcción doctrinal) se ha referido tanto a bienes muebles como a bienes inmuebles, y que la diferencia establecida en el Código Civil de 1889 reservando la figura de la prenda exclusivamente a bienes muebles y la figura de la hipoteca exclusivamente a bienes inmuebles fue objeto de debate y crítica, superada inmediatamente por Leyes Especiales, algunas de las cuales hoy siguen vigentes.
- Que no se ha definido con precisión el principio de especialidad bajo la prenda, incluso en ocasiones se ha confundido con el principio de accesoriedad, sin clarificar qué se entiende por obligación principal.
- En cuanto al objeto de la prenda (relacionado con el mencionado principio de especialidad), no hay referencias en la normativa analizada a una exigencia de distribuir la responsabilidad entre los bienes dados en garantía.

Debemos ahora entrar en el estudio de la prenda en la legislación vigente, comenzando por el concepto y ámbito del principio de especialidad.

⁹⁶ FOLLIA CAMPS, Robert. “*Significado e importancia de la Compilación*”. La Notaría (Revista del Colegio Notarial de Cataluña). Año 2010, Número 3. Pág. 43. ISSN: 0210-427X.

CAPÍTULO III.

FUNCIONES Y LIMITACIONES DE LA HIPOTECA Y LA PRENDA COMO DERECHOS REALES DE GARANTÍA

1. PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD EN DERECHO REGISTRAL: CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

1.1. INTRODUCCIÓN

Analizaremos en este Capítulo la esencia y extensión de dicho principio en el Derecho Registral, referido sólo a inmuebles, ya que fue donde nació, se impuso y tiene especial aplicación, con especial énfasis sobre si dicho principio debe aplicarse en toda su extensión a la prenda.

La doctrina hipotecarista tiende a su extensión, y la Dirección General de los Registros y del Notariado como norma general también la defiende, “*por razones de analogía y supletoriedad*”⁹⁷, citando además la aplicación supletoria de la ley hipotecaria dispuesta en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento⁹⁸.

1.2. DEFINICIÓN Y EXTENSIÓN

GARCÍA GARCÍA⁹⁹ dispone que “*el principio de especialidad es aquel principio hipotecario en virtud del cual todos los elementos de la publicidad inmobiliaria, la finca, el derecho, el titular, el título y el asiento, están sujetos a la idea de claridad, de tal modo que han de estar claramente identificados y clasificados*”.

⁹⁷ Resoluciones de la DGRN de 2 de enero de 2013 (La Ley 1984/2013) y de 3 enero de 2013 (La Ley 3255/2013) (BOE nº 33 de 7 de febrero y nº 39 de 14 de febrero, respectivamente).

⁹⁸ Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, Disposición Adicional tercera: “*En caso de insuficiencia de los preceptos de esta Ley, se aplicarán subsidiariamente los de la legislación hipotecaria en cuanto sean compatibles con la naturaleza de los bienes y con lo prevenido en los artículos anteriores*”.

⁹⁹ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. “*Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario*”. Tomo III. 1ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 2002. Pág. 1471. ISBN: 84-7398-574-5.

Dicho principio se denomina indistintamente de “especialidad” o de “determinación” pero dicho autor prefiere referirse a “especialidad” por su mayor amplitud, y también por su mayor tradición.

ROCA SASTRE¹⁰⁰, por su parte, después de citar un concepto amplísimo del mismo que comprende los principios de fe pública y legitimación registral, así como el de inscripción, afirma que *“es más bien una escuela o complemento del principio de publicidad, ya que para que la publicidad registral sea completa es preciso que los derechos reales figuren en el Registro con plena determinación de su extensión y alcance”*, razón por la cual entiende que técnicamente sería más correcto referirse al mismo como principio de “determinación”.

Para dicho autor el principio de especialidad (o determinación) se manifiesta en tres aspectos: finca inmatriculada, derecho inscrito y titular registral.

- En cuanto a la finca inmatriculada, el principio de especialidad actuaría en dos sentidos:
 - Unidad registral de finca, a cada una de las cuales se abre en los libros el correspondiente folio u hoja registral; y
 - Especificación de las partes integrantes de la finca, describiéndose la misma con arreglo a sus cualidades y características.
- Por lo que respecta a los derechos inscritos, el principio de especialidad obraría en dos direcciones:
 - Determinación precisa de la extensión de los mismos a base de tipos determinados y ordenados bajo cuño legal, sin que sea preciso que en los libros se puntualice su íntegro contenido; y

¹⁰⁰ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo II. Págs. 57 y 58.

- Especificación del valor de los derechos inscritos, especialmente tratándose del derecho de hipoteca. Así, en materia de hipotecas, cuando son varias las fincas hipotecadas, se exige la distribución del valor entre ellas a fin de que cada una responda frente a terceros de una parte del mismo. Además, ese valor debe fijarse en moneda nacional, sin perjuicio de que asimismo se indique el equivalente en signo monetario extranjero.
- En lo relativo a los titulares registrales, el principio de especialidad se produciría en dos aspectos:
 - Determinación del adquirente de los derechos objeto de inscripción; y
 - Cuando hay concurrencia de varios sujetos en la misma titularidad, determinación con datos matemáticos la participación que a cada uno corresponde en el derecho registrado.

Dicha concepción del principio de especialidad ha sido denominada “*tríplica*” por algunos autores más modernos, como GÓMEZ GÁLLIGO y GARCÍA GARCÍA, que manifiestan que es la que siguieron también HERNÁNDEZ GIL y RUIZ SERRAMALLERA. GARCÍA GARCÍA¹⁰¹, por su parte, con criterio más exhaustivo se refiere incluso a nuevos supuestos y distingue entre aspectos materiales y formales.

Al objeto de nuestro estudio, nos referiremos únicamente a dos aspectos:

- A la unidad de obligación garantizada; y
- A la individualización y determinabilidad del objeto.

Pero antes tenemos que hacer una referencia (aunque en parte se ha hecho al tratar en la parte histórica de la Ley Hipotecaria) a su origen e importancia.

1.3. ORIGEN E IMPORTANCIA

¹⁰¹ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Op. Cit.* Tomo III. Pág. 1477.

La exigencia del principio de especialidad, la encontramos en mayor o menor grado en todos los intentos de Codificación. Parece que el primero fue el Proyecto de Código Civil de 1836, si bien lo refirió sólo a las hipotecas, según nos afirma OLIVER Y ESTELLER¹⁰².

También en el Proyecto de Código Civil de 1851, como hemos visto anteriormente, se parte de este principio y su autor, como -hemos visto también- señala que la normativa se rige por los principios de publicidad y especialidad.

Al encargarse a la Comisión la redacción de la Ley Hipotecaria de 1861, se le dio, como única guía el principio de publicidad y la no admisión de las hipotecas generales, pero como afirma su Exposición de Motivos: *“(...) la hipoteca general, aunque se limite a los bienes presentes, y no se extienda (...) a los que en adelante puedan adquirirse, da por resultado la falta de publicidad, porque en tanto puede decirse que esta es pública, en cuanto está inscrita en el Registro con individual expresión de la finca a que se refiere y de la cantidad a que se extiende la garantía. La especialidad, pues, de la hipoteca es el complemento de la publicidad”*. Y más concretamente declara también dicha Exposición de Motivos que *“no hay pues más que un sistema aceptable: el que tiene por base la publicidad y la especialidad en las hipotecas”*.

No obstante, ya hemos visto antes que el citado ROCA SASTRE¹⁰³ dice que *“esta noción raquílica del principio de especialidad responde al concepto que en aquel momento evolutivo del principio dominaba sobre la materia”*. Posteriormente fue ampliándose su concepto en la doctrina hipotecaria y en la de la Dirección General de los Registros y del Notariado.

¹⁰² OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido. *Op. Cit.* Pág. 27.

¹⁰³ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo II. Pág. 57.

Destaca entre los autores GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ¹⁰⁴ que ya afirmaba en su día, entre otros asertos: *“el ámbito abarcado por el principio de especialidad es cada vez más extenso, mejor dicho, las sencillas reglas han evolucionado, y ya no se concretan de una mayor precisión al describir la finca hipotecada, el contenido de la hipoteca o el rango registral, sino que trascienden al sistema entero y se infiltran en todos sus elementos orgánicos”*.

Y entre los posteriores, además del citado ROCA SASTRE, hay que señalar a SANZ FERNÁNDEZ¹⁰⁵, quien después de señalar que *“en la actualidad, el desenvolvimiento del principio de especialidad es muchísimo más amplio”* y determinar aspectos de su amplitud añade: *“concebida en este sentido amplio la especialidad registral, se ha podido decir que trasciende al sistema entero y se infiltra en todos sus elementos orgánicos”*.

Y entre los actuales, podemos citar a GÓMEZ GÁLLIGO¹⁰⁶, que señala la importancia extraordinaria de este principio que excede de la clásica concepción hecha por la doctrina (circunscrita a la concreción de la finca, del derecho y del titular), y clasifica sus múltiples manifestaciones clasificándolas en tres órdenes, según se atienda a su aspecto material o sustantivo, el aspecto formal y el procedimental, en el que incluye el rango registral, y que desarrolla detalladamente. Y al ya citado GARCÍA GARCÍA¹⁰⁷ quien afirma que *“el principio de especialidad es como el aire en que vive un sistema inmobiliario de los llamados de desenvolvimiento técnico. Por eso, en la práctica se parte siempre de dicho principio, e incluso se le da por supuesto”*.

Por su parte, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha defendido siempre con notable vehemencia dicho principio.

¹⁰⁴ GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo. *“Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil”*. Tomo I. Madrid: Editorial Ministerio de Justicia (Sección de Publicaciones), 1948. Pág. 428.

¹⁰⁵ SANZ FERNÁNDEZ, Ángel. *“Instituciones de Derecho Hipotecario”*. Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953. Pág. 208.

¹⁰⁶ GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. *Op. Cit.* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Págs. 2389 a 2436. Este autor, además, cita a la mayoría de hipotecaristas, transcribiendo sus alabanzas al dicho principio de especialidad.

¹⁰⁷ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Op. Cit.* Tomo III. Pág. 1472.

Así , en la Resolución de la DGRN de 25 de abril de 2005 (RJ 2005/5538) (que estudiaremos más adelante) dispone que *“no es posible inscribir en el Registro una sola hipoteca que garantice todas aquellas obligaciones existentes y futuras, que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de suerte que la hipoteca “flote” sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor quiera ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, se deje caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee (...)”*, y en otras anteriores de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722) y de 3 de octubre de 1991 (RJ 1991/7491) consideraba que cada hipoteca sólo puede garantizar una obligación, y no varias, aunque de todas ellas sea titular un mismo acreedor, ni aún pretendiendo disfrazar toda esa diversidad a través de una unión artificial y meramente contable.

Así, RODRÍGUEZ PRIETO¹⁰⁸ destaca que *“el criterio es, por tanto, aún más riguroso que en las garantías personales, dentro de las cuales se admite, como hemos visto, la fianza general u ómnibus”*.

Ello, no obstante, para algunos autores no parece suficiente, y así GARCÍA GARCÍA¹⁰⁹ dedica un capítulo a criticar algunas de sus Resoluciones, por entender ser poco respetuosas con dicho principio, titulándolo *“Algunas desviaciones criticables del principio de especialidad en algunas Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado”*.

1.4. EXCEPCIONES AL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD

Pero a pesar de todas las alabanzas a dicho principio, hay en la legislación hipotecaria importantes excepciones que demuestran que no se puede mantener a ultranza este principio. Así, como ejemplos principales se pueden citar:

¹⁰⁸ RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando. *“Panorama actual de las garantías personales y reales mobiliarias e inmobiliarias, en el derecho privado español”*. Revista Jurídica del Notariado (RJN). Año 2004, Número Extra 1. Pág. 60. ISSN: 1132-0044.

¹⁰⁹ GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *Op. Cit.* Tomo III. Pág. 1498.

1.4.1. Excepciones relativas a la individualización y determinabilidad del objeto

El artículo 8 de la Ley Hipotecaria, en su apartado 2º, establece que se inscribirán como una sola finca, bajo un mismo número *“toda explotación agrícola, con o sin casa de labor, que forme una unidad orgánica, aunque esté constituida por predios no colindantes, y las explotaciones industriales que formen un cuerpo de bienes unidos o dependientes entre sí”*.

El artículo 44 del Reglamento Hipotecario, en sus apartados 2º, 3º y 4º, desarrolla dicho precepto legal y deja claro que no hace falta colindancia, sino unidad orgánica o de explotación para las explotaciones rústicas, o dependencia entre sí en las explotaciones industriales, pero nunca colindancia.

ROCA SASTRE¹¹⁰ hace notar que no obstante las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado (que reiteran la necesidad de *conexión económica* y excluyen varios supuestos) *“no se exige ninguna prueba de la existencia de la unidad orgánica o conexión económica”*, sino en principio la mera declaración del que pretende inscribirla así. Recordemos, además, que no hace falta, según el artículo 8 de la Ley Hipotecaria antes visto, que exista casa de labor que dé unidad real a la finca.

SANZ FERNÁNDEZ¹¹¹ se plantea si para determinar la unidad orgánica de explotación ello tiene que acreditarse o basta con la simple manifestación, inclinándose por dejarlo al arbitrio del Registrador, recordando que el artículo 45 del Reglamento Hipotecario exige que en la agrupación de fincas no colindantes se expresen sus características o causas que la motivan.

La reforma de la Ley Hipotecaria por la Ley de 21 de abril de 1909 reguló otra excepción al principio de especialidad al introducir en el artículo 8 de dicha Ley Hipotecaria la novedad de poder inscribir en hoja especial y bajo un sólo número los

¹¹⁰ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo II. Pág. 68.

¹¹¹ SANZ FERNÁNDEZ, Ángel. *Op. Cit.* Tomo II. Pág. 231.

treudos, servidumbres, censos y demás derechos reales, excepto las hipotecas, precepto que fue derogado por la reforma hipotecaria de 1944-1946 (Texto Refundido de 8 de febrero de 1946).

Pero lo que no contemplan estos autores es lo que ocurre cuando esta unidad de explotación desaparece y ello no se manifiesta al Registro de la Propiedad, que lamentablemente es lo que habitualmente sucede. En este caso varias fincas, sin dependencia, pueden continuar figurando como una sola a efectos registrales. Y más grave aún es cuando se vende la suerte principal que contiene la casa de labor. En este caso quedan como una sola entidad registral varias fincas, sin ningún nexo de unión, lo que constituye un ejemplo claro de quiebra del principio de especialidad en lo referente al objeto hipotecado.

Otras excepciones en cuanto a la necesidad de distribución del crédito hipotecario nos lo presentan los artículos 218 y 219 del Reglamento Hipotecario, que en contra de lo estipulado bajo el artículo 119 de la Ley Hipotecaria¹¹² y el artículo 216 del Reglamento Hipotecario¹¹³ declaran lo siguiente: el primero de ellos dispone que *“si se tratare de hipotecar varios derechos integrantes del dominio o participaciones pro indiviso de una finca o derecho, podrán acordar los propietarios o titulares respectivos, para los efectos del artículo anterior (que exige de dicha distribución) la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de los derechos, sin que sea necesaria la previa distribución”*.

Según ROCA SASTRE¹¹⁴ aunque lo anterior sea considerado por muchos autores como excepción, entiende que no lo es propiamente. En cambio, sí que considera como verdadera excepción la del artículo 218 del Reglamento Hipotecario al

¹¹² Artículo 119 Ley Hipotecaria.

“Cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un solo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder”.

¹¹³ Artículo 216 Reglamento Hipotecario.

“No se inscribirá ninguna hipoteca sobre varias fincas, derechos reales o porciones ideales de unas y otros, afectos a una misma obligación, sin que por convenio entre las partes, o por mandato judicial, en su caso, se determine claramente la cantidad de que cada finca, porción o derecho deba responder”.

¹¹⁴ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo IV. Págs. 355 a 361.

establecer que “cuando los diferentes pisos o departamentos de una casa pertenezcan a diversos propietarios conforme al artículo 396 del Código Civil, podrán acordar los dueños de aquellos la constitución de una sola hipoteca sobre la totalidad de la finca, sin que sea necesaria la previa distribución entre los pisos o departamentos”.

1.4.2. Excepciones relativas a la unidad de obligación garantizada

Son las más relevantes al objeto de nuestro estudio. Podemos citar como ejemplos: (i) la hipoteca en garantía de títulos endosables y al portador, (ii) la hipoteca de máximo, (iii) la hipoteca cambiaria, y (iv) las cédulas hipotecarias.

La hipoteca sobre títulos transmisibles por endoso endosables o al portador fue introducida ya por la reforma de la Ley Hipotecaria de 21 de diciembre de 1869, pero quedó más claramente configurada por la posterior reforma de 21 de abril de 1909 (edición oficial de 16 de diciembre de 1909). Está regulada actualmente en los artículos 154 y siguientes de la Ley Hipotecaria¹¹⁵ y 247 del Reglamento Hipotecario. Respecto a dicha hipoteca ya decía JERÓNIMO Y MARTÍNEZ¹¹⁶ “no siempre está distribuido el crédito hipotecario con tal rigor que pueda determinarse exactamente la cantidad que en cada momento grava la finca. Una emisión de títulos al portador garantizados con hipoteca grava a varias fincas sin especificar los números de las obligaciones a que respectivamente están afectas”. Afectaría, por tanto, a la unidad de obligación garantizada. ROCA SASTRE¹¹⁷ por su parte afirma que “la indeterminación personal del acreedor o titular es la característica fundamental de los títulos a la orden o al portador (...). Otra nota clásica es la incorporación del crédito al documento”; si bien añade “de ellos resulta que en estos títulos se produce una especie de impersonalización u objetivación del crédito”¹¹⁸.

¹¹⁵ Artículo 154 Ley Hipotecaria.

“La constitución de hipotecas para garantizar títulos transmisibles por endoso o al portador deberá hacerse por medio de escritura pública, que se inscribirá en el Registro de la Propiedad a que correspondan los bienes que se hipotequen (...)”.

¹¹⁶ GONZALEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo. *Op. Cit.* Tomo I. Pág. 451.

¹¹⁷ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo IV. Págs. 528 y 529.

¹¹⁸ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo IV. Pág. 529.

La hipoteca en garantía de letras de cambio (o hipotecas cambiarias) no estaban reguladas en la Ley Hipotecaria y fueron creación de la práctica y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado, y hoy tienen pleno reconocimiento legal en virtud del artículo 7 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento¹¹⁹.

Respecto de ellas, la DGRN, en su Resolución de 31 de octubre de 1978 (La Ley 91/1978)¹²⁰, declaró no sólo su admisibilidad, sino que cabe también una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones independientes. Y la Resolución posterior de fecha 18 de octubre de 1979 (RJ 1979/3285)¹²¹, añadió la declaración expresa de que *“no es preciso distribuir cada letra en la responsabilidad hipotecaria de cada finca, si son varias las fincas hipotecadas”*.

¹¹⁹ Artículo 7 Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento.

“Podrán también constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, en garantía de cuentas corrientes de crédito o de letras de cambio, con los requisitos que se establecen en los artículos 153 y 154 de la ley Hipotecaria”.

¹²⁰ Resolución de la DGRN de 31 de octubre de 1978 (La Ley 91/1978).

“Considerando que la expresada Resolución (refiriéndose a una de 23 octubre de 1973) tras enumerar las peculiaridades de este tipo de hipoteca (...), termina reconociendo lo conveniente que fuera facilitar su constitución (...) Considerando, en cuanto al defecto segundo que, si bien de los artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria y con una interpretación meramente literalista, podría pensarse que no puede constituirse una sola hipoteca en garantía de varias obligaciones independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1861 del propio Código Civil y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y sin ningún género de duda es el caso cuestionado, de acuerdo con el artículo 154 de la Ley Hipotecaria, lo que reconoce el propio Registrador en su informe (...)”.

¹²¹ Resolución de la DGRN de 18 de octubre de 1979 (RJ 1979/3285) (reproduce casi exactamente el Considerando anterior).

“Considerando que en cuanto al defecto señalado en el apartado B, la Resolución de este Centro de 31 de octubre de 1978 declaró que si bien de los artículos 1876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria y con una interpretación meramente literalista, podría pensarse que no puede constituirse una hipoteca en garantía de unas obligaciones que puedan ser independientes o autónomas, no cabe duda que a la vista de otros preceptos legales, como el artículo 1861 del propio Código Civil y de una interpretación lógica de la materia, tal posibilidad es factible, y así lo presuponen los artículos 154 y 155 de la Ley Hipotecaria, que parten de la existencia de una hipoteca única que garantiza títulos transmisibles por endoso, por lo que no es preciso distribuir por cada letra, en cuanto a cada finca (en el expediente que son varias) la responsabilidad hipotecaria”.

A la vista de estas Resoluciones y si tenemos en cuenta que estas letras de cambio garantizadas con hipoteca suelen ser objeto de endoso (y por tanto nacerían créditos separados e independientes a favor de diversas personas), cabe afirmar con rotundidad que respecto a las mismas no rige el principio de especialidad.

ROCA SASTRE¹²² señala que aunque la Ley Hipotecaria de 1861, repudiaba expresamente en su Exposición de Motivos dichas hipotecas (*“los créditos hipotecarios, como representación del territorio, no admiten, por su misma naturaleza, la movilidad de las letras de cambio y de los pagarés a la orden”*), alaba el cambio de criterio de la Reforma de 1869 y afirma que *“constituyó un avance formidable, avanzando incluso a algunas legislaciones extranjeras”*, y que *“por ello, la crítica ha de ser favorable en cuanto a la admisión de tales hipotecas”*.

La hipoteca de máximo. Afirma ROCA SASTRE¹²³ que *“la hipoteca de máximo es la que se constituye por una cantidad máxima en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales y cuya determinación se efectúa por medios extrahipotecarios”*. Lo que caracteriza a estas hipotecas es, pues, la indeterminación del crédito. Por ello el mismo autor¹²⁴ las contrapone a la hipoteca por títulos endosables o al portador, afirmando: *“así como en las hipotecas de máximo la indeterminación está en el crédito, en estas hipotecas (por títulos endosables o al portador) radica más bien en el titular”*.

Curiosamente las hipotecas de máximo no han figurado en la Ley Hipotecaria hasta la última reforma de la Ley 41/2007, que introduce el artículo 153 bis. Únicamente regulaba en su artículo 153 **la hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito**, disponiendo que *“podrá constituirse hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito determinándose en la escritura la cantidad máxima de que responda la finca y el plazo de duración, haciendo constar si éste es o no prorrogable, y, en caso de serlo, la prórroga posible y los plazos de liquidación de la cuenta”*. Y basándose en esta regulación se constituyó la doctrina general sobre la hipoteca de

¹²² ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo IV. Págs. 550 y 551.

¹²³ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo IV. Pág. 495.

¹²⁴ ROCA SASTRE, Ramón M^a. *Op. Cit.* Tomo IV. Pág. 529.

máximo, considerando como subespecie de la misma la de en garantía de cuentas corrientes de crédito.

De todas maneras, el problema respecto de ambas es la indeterminación del crédito y como se determinan sus líneas fundamentales. Las entidades acreedoras, partiendo de la no determinación del concepto de cuenta corriente de crédito, intentaron ensanchar las obligaciones (o créditos) que garantizaba, con la finalidad de que cubriera todas las deudas del hipotecante, por cualquier concepto, dentro de un plazo determinado y adicionalmente sin que perdieran su posibilidad de reclamación individualizada, dando paso a lo que se denominó por algunos autores como hipoteca flotante, sin perjuicio de que esta figura no estaba definida. Tal posibilidad -negada por algunos autores- como PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS¹²⁵ quien afirmaba que *“no cabe la hipoteca flotante o sea aquella en que el hipotecante y el posible acreedor fiel la cifra máxima por la que la finca responde y se deja al arbitrio del acreedor determina cuál o cuáles de las deudas que con él pueda contraer determinada persona son los que quedarán garantizados con la hipoteca”*.

Pero fue especialmente la Dirección General de los Registros y del Notariado la que se opuso a esta indeterminación del crédito, exigiendo una cierta precisión y especialmente una novación del eventual conjunto de créditos garantizados, de manera que perdieran su acción ejecutiva individual y quedaran refundidos en una sola deuda. La Resolución de la DGRN de 25 de abril de 2005 (RJ 2005/5538), citando a diversas resoluciones anteriores, declaró: *“es doctrina reiterada de este Centro Directivo (cfr. Resoluciones de (...)) que el principio de especialidad impone la exacta determinación de la naturaleza y extensión del derecho que se inscriba, (cfr. artículos 9.2.º de la Ley Hipotecaria y 51.6 del Reglamento Hipotecario), lo que, tratándose del derecho real de hipoteca, y dado su carácter accesorio del crédito garantizado, exige que, como regla general, se expresen circunstanciadamente las obligaciones garantizadas (causa, cantidad, intereses, plazo de vencimiento, etc.); y aunque -con notable flexibilidad a fin de facilitar el crédito- se permite en ciertos supuestos la hipoteca sin la previa determinación registral de todos sus elementos, siempre se imponen algunas exigencias*

¹²⁵ PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. *“Derechos Reales”*. Tomo II (Derecho Hipotecario). Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001. Pág. 131. ISBN: 84-95240-44-0.

mínimas, para impedir que tal derecho constituya, en realidad, una mera reserva de rango registral o una especie de hipoteca “flotante”, en la que, si bien queda fijada la cifra máxima de responsabilidad hipotecaria, queda, en cambio, al arbitrio del acreedor determinar si esta cifra máxima va a estar integrada por los importes, totales o parciales, de obligaciones ya existentes o con el importe de otras obligaciones que en el futuro pueda contraer con el mismo deudor a favor del acreedor. Por ello, no es posible inscribir en el Registro una sola hipoteca que garantice todas aquellas obligaciones existentes y futuras, que haya o pudiera haber entre acreedor y deudor, de suerte que la hipoteca “flote” sobre las diversas obligaciones garantizadas para, en el momento en que el acreedor quiera ejecutar alguna, algunas o todas las que, siendo vencidas, líquidas y exigibles no hayan sido satisfechas, se deje caer la hipoteca sobre la obligación u obligaciones incumplidas que el acreedor desee que estén cubiertas con la garantía hipotecaria y ejecutar ésta con la preferencia que respecto de otros acreedores deba tener el acreedor a consecuencia de la naturaleza del derecho real y la fecha de la inscripción en el Registro”.

A pesar de la construcción técnica de esta Resolución y de su posible acierto teórico, la práctica se ha impuesto y la Ley 41/2007 ha introducido un artículo (153 bis), en la que reconoce la posibilidad de dichas hipotecas, si bien admitiéndolas solamente cuando el acreedor sea una entidad financiera de las refiere en el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario (Ley 2/1981, de 25 de marzo). No entramos aquí en el estudio de esta nueva hipoteca flotante, pues tenemos que hacerlo con posterioridad al estudiar el estado actual y posible soluciones.

Las cédulas hipotecarias y bonos hipotecarios son títulos valores emitidos en serie, sólo por entidades financieras y con una garantía hipotecaria de tipo general. La emisión de cédulas era en principio, privilegio especial del Banco Hipotecario de España, creado por Ley de 2 de diciembre de 1872, que les concedió este privilegio, si bien actualmente las pueden emitir todas las entidades financieras incluidas en el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario¹²⁶, pueden tener la forma de bonos o de cédulas, y son títulos valores que se pueden emitir en serie o singularmente¹²⁷.

¹²⁶ Artículo 2 Ley del Mercado Hipotecario.

Su característica fundamental radica en que su repago (cuyo régimen ha sido asimilado a estos efectos en la Ley 41/2007) está garantizado por ministerio de la ley con una hipoteca que -sin inscripción registral- grava todas las hipotecas que en cualquier momento consten inscritas a favor de la entidad emisora (artículo 12 Ley del Mercado Hipotecario¹²⁸), y en el caso de los bonos las que se afecten a la emisión (artículo 13 Ley del Mercado Hipotecario¹²⁹).

De lo anterior se desprende indeterminación de los titulares, falta de inscripción registral y la extensión del gravamen a todas las hipotecas. ¿Cabe mayor indeterminación del principio de especialidad?

“Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:

- a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,*
- b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros,*
- c) las cooperativas de crédito,*
- d) los establecimientos financieros de crédito”.*

¹²⁷ Artículo 11 Ley del Mercado Hipotecario.

“Las entidades a que se refiere el artículo 2 que dispongan de préstamos o créditos hipotecarios con los requisitos establecidos en la sección anterior podrán emitir cédulas y bonos hipotecarios, en serie o singularmente y con las características financieras que deseen, con arreglo a lo que disponen los artículos siguientes. En particular, las cédulas y bonos hipotecarios podrán incluir cláusulas de amortización anticipada a disposición del emisor según lo especificado en los términos de la emisión. La realización de estas emisiones se ajustará al régimen previsto en la Ley del Mercado de Valores, siempre que, de acuerdo con ésta, resulte de aplicación”.

¹²⁸ Artículo 12 Ley del Mercado Hipotecario.

“El capital y los intereses de las cédulas estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre todas las que en cualquier tiempo consten inscritas a favor de la entidad emisora y no estén afectas a emisión de bonos hipotecarios, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la misma y, si existen, por los activos de sustitución contemplados en el apartado dos del artículo 17 y por los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a cada emisión, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

¹²⁹ Artículo 13 Ley del Mercado Hipotecario.

“El capital y los intereses de los bonos estarán especialmente garantizados, sin necesidad de inscripción registral, por hipoteca sobre los préstamos y créditos hipotecarios que se afecten en escritura pública, sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal de la entidad emisora, y, si existen, por los activos de sustitución contemplados en el apartado segundo del artículo 17 que se afecten en escritura pública y por los flujos económicos generados por los instrumentos financieros derivados vinculados a cada emisión, en las condiciones que reglamentariamente se determinen”.

Es quizás por ello que CASADO BURBANO¹³⁰ afirma que propiamente no debieran llamarse “hipotecarias” por no contar con garantía real propiamente dicha, y que la menor entidad de las garantías concretas de que disfrutan ha sido compensada por el legislador limitando la facultad de emitir las a muy pocas de las entidades financieras hipotecarias, esto es, aquéllas cuyo riesgo de insolvencia no es fácilmente pensable.

Para dicho autor constituyen las garantías de los bonos verdaderas subhipotecas a favor de los tenedores de bonos¹³¹, ya que gozan de garantía real mediante vinculación de un derecho concreto al pago de su capital e intereses.

En sentido análogo, CORDERO LOBATO al tratar la garantía del capital e intereses de las cédulas y bonos hipotecarios también la califica como subhipoteca (subhipoteca legal) de las cédulas y bonos hipotecarios¹³².

Finalmente, destacar la llamada **hipoteca en mano común**, también denominada **colectiva** o **unitaria**. Como señala CORDERO LOBATO¹³³, cuando la hipoteca asegura diversos créditos pertenecientes a distintos acreedores (hipotecas en garantía de créditos sindicados, hipotecas que aseguran acuerdos de refinanciación con varios acreedores, sean o no hipotecas flotantes del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria), y no todos ellos son cotitulares de todos los créditos garantizados, puede ser complejo -aunque no sería imposible- determinar la cuota en que cada acreedor participa en la titularidad del derecho de hipoteca.

¹³⁰ CASADO BURBANO, Pablo. “Un paso más en la movilización en la propiedad inmueble: El mercado hipotecario español”. Ponencias y comunicaciones presentadas en el V Congreso Internacional de Derecho Registral, 1983. Pág. 185. ISBN: 84-500-8787-2.

¹³¹ CASADO BURBANO, Pablo. *Op. Cit.* Pág. 188.

¹³² CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. Tomo I (Introducción a las Garantías Reales. Hipoteca). 3ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015. Pág. 670. ISBN: 978-84-9059-015-7.

¹³³ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. *Op. Cit.* Tomo I, Edición 2015. Pág. 802.

Por esta razón, con la finalidad de facilitar la inscripción de estas garantías, la Resolución de la DGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012/3168)¹³⁴ permitió que las mismas se constituyan sin necesidad de especificar la cuota de participación que, conforme al artículo 54 del Reglamento Hipotecario, es preceptiva con carácter general, admitiendo que pueda existir una pluralidad de acreedores en una hipoteca flotante, centrando el esfuerzo argumentativo entorno a las relaciones que pueden o deben establecerse -sobre la base de la autonomía de la voluntad- entre los co-acreedores hipotecarios flotantes.

Son de destacar algunos de los razonamientos de la mencionada Resolución de la DGRN para permitir su inscripción:

“La inexistencia de cuotas y el régimen de ejecución previstos respecto de la hipoteca flotante en la Escritura de Hipoteca son, además, perfectamente compatibles con la figura de la hipoteca flotante recientemente introducida en nuestro Derecho. No admitir esta posibilidad sería cercenar las posibilidades de desarrollo de la hipoteca flotante (pues gran parte de su atractivo radica en la posibilidad de agrupar bajo un paraguas de garantías común un conjunto de obligaciones diversas sin establecer departamentos estancos de obligaciones y responsabilidad que las distintas obligaciones se beneficien)”.

“(…), las categorías de parciaridad, mancomunidad y solidaridad en que comúnmente se clasifican las obligaciones en los supuestos de pluralidad de acreedores o deudores, no excluyen la posibilidad de que los contratantes organicen esa pluralidad de modo diferente, especialmente cuando la pluralidad afecte a obligaciones y acreedores. Admitida esa autorregulación en el plano obligacional, tampoco existe ningún obstáculo para que la misma se extienda, en la medida exigida por su carácter accesorio, al derecho real de hipoteca”.

Lo anterior supone un avance en cuanto a la configuración del principio de especialidad en sede hipotecaria, y que supera los argumentos de parte de la doctrina

¹³⁴ Reiterado posteriormente en las Resoluciones de la DGRN de 29 de noviembre de 2012 (RJ 2013/708) y de 1 de diciembre de 2012 (RJ 2013/1137).

que -en base al literal del artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria- defendía que la flotabilidad en dicho precepto se refería a la “flotabilidad de varias obligaciones”, pero no a la “hipoteca en mano común de varios acreedores”.

Tal y como apunta AZOFRA VEGAS¹³⁵, no hay duda alguna de que *“la DGRN en esa resolución confirma la validez y plena inscribibilidad de un pacto entre las partes por las que, no existiendo una única situación de co-titularidad sobre todos y cada uno de los créditos garantizados, definen las partes a su voluntad cuál debe ser la co-titularidad de la que gocen los acreedores hipotecarios sobre la hipoteca, admitiéndose en ese caso una co-titularidad en mano común, que hace innecesaria la constancia de las cuotas de los acreedores en el derecho real de hipoteca”*.

2. LA PRENDA Y EL PRINCIPIO DE ESPECIALIDAD. MULTIPLICIDAD DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS

2.1. INTRODUCCIÓN

Nos referimos a los tres tipos fundamentales de prenda en nuestro ordenamiento jurídico, a saber, la prenda regulada en el Código Civil, la prenda introducida por la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, y la Prenda regulada en el Libro V del Código Civil de Cataluña, prescindiendo de sus sub-especialidades reguladas en la dispersa normativa existente en materia de prenda, como ya señalamos en el prólogo. Y a ello añadiremos un estudio sobre la institución del *“pignus gordianum”* y a la prenda *“ómnibus”*.

No entraremos a analizar la llamada “prenda global” admitida en el artículo 98 la Ley de Contratos del Sector Público¹³⁶, pues más allá de la singularidad de dicha mención, nuestro ordenamiento no trata con carácter general dicha cuestión.

¹³⁵ AZOFRA VEGAS, Fernando. Tesis Doctoral *“La Hipoteca Flotante”*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2014. Pág. 351.

¹³⁶ Artículo 98 Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público (Garantía Global).

“1. Alternativamente a la prestación de una garantía singular para cada contrato, el empresario podrá constituir una garantía global para afianzar las responsabilidades que puedan derivarse de la

Como ya apuntamos en la parte histórica, el Código Civil significó un retroceso en cuanto a la extensión de la prenda tanto respecto al objeto como a la obligación garantizada, que se podía traducir en la frase *“una prenda por cada obligación garantizada”*.

No obstante y como también señalamos, al profundizar sobre el concepto “obligación principal” al que se refiere el artículo 1857.1º del Código Civil, entendíamos que la necesidad de obligación principal parece que no significaba que sólo se pudiera garantizar una única y sola obligación con una prenda, sino que -siguiendo la línea mayoritaria apuntada por los comentaristas clásicos- ello debía enmarcarse en un concepto más general, focalizado en el principio de accesoriedad e interpretando “obligación principal” en el sentido de que la existencia de tal obligación es requisito para la existencia de la prenda.

2.2. “*PIGNUS GORDIANUM*”

2.2.1. *Origen y justificación*

Ya hemos hablado de esta institución a lo largo del estudio histórico. Consiste en la facultad que dio el Emperador Gordiano al acreedor de prolongar la retención de la cosa dada en prenda a la seguridad de otra deuda no garantizada, mientras no fuera pagada.

Hemos visto también que dicha Institución fue recogida en *Las Partidas*, así como en el Proyecto de GARCÍA GOYENA, que lo tomó en parte del Código de Napoleón, y que en la actualidad está recogida en el párrafo segundo del artículo 1866 de nuestro Código Civil.

ejecución de todos los que celebre con una Administración Pública, o con uno o varios órganos de contratación”.

“3. La garantía global responderá, genérica y permanentemente, del cumplimiento por el adjudicatario de las obligaciones derivadas de los contratos cubiertos por la misma hasta el 5 por 100, o porcentaje mayor que proceda, del importe de adjudicación o del presupuesto base de licitación, (...)”.

Aunque se trate de una figura o institución poco usada y sin que haya dado lugar a grandes estudios, lo que admite LAUROBA LACASA¹³⁷, no obstante no ha dejado nunca de estar citada por los autores.

Así, LASARTE ÁLVAREZ, cuando se refiere a la misma, deja constancia de su residual utilización, únicamente estando presente en ámbitos muy determinados, como en los casos de garantías pignoraticias constituidas en favor de los denominados Montes de Piedad, dada la multiplicidad de fuentes en cuya virtud el Monte puede ser acreedor del prestatario, ofreciendo incluso un ejemplo de dicha cláusula, que a continuación transcribimos¹³⁸:

“Los bienes pignorados según el presente contrato responden, no sólo de las obligaciones específicamente derivadas del mismo, sino también de aquellas otras que el prestatario hubiera contraído con la Caja, tales como saldos deudores en cuentas, deudas provenientes de préstamos y/o créditos, saldos deudores por uso de tarjetas de crédito, etc. La acreedora podrá, en tales hipótesis, retener la prenda luego de liquidado el presente préstamo, hasta que el prestatario extinga todas las obligaciones aludidas, de modo que si así no se hiciere, aquélla queda facultada, desde ahora, para proceder a la venta de los objetos pignorados mediante su subasta”.

Actualmente, aunque el Código Civil francés haya expulsado el “*pignus gordianum*” de su articulado en la reforma de 2006¹³⁹, según LAUROBA LACASA

¹³⁷ LAUROBA LACASA, M^a Elena. *Op. Cit.* Pág. 390.

“Ya hemos citado el leve interés que suscita. Ha sido cuestionada y las regulaciones recientes del derecho de prenda (Francia en el 2006, Cataluña desde 1991) no lo contemplan”. Y cita en su nota 100 la opinión de PLANIOL Y RIPERT que *“la estimaban injustificada y concluían que el legislador hubiera hecho mejor en dejarla en el olvido”.*

¹³⁸ LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *“Derechos reales y Derecho hipotecario (Principios de Derecho Civil)”*. Tomo V. 6^a edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008. Pág. 24. ISBN: 978-84-9768-581-8.

¹³⁹ *Ordenance núm 2006-346* de 23 de marzo de 2006 que reforma a fondo el derecho de garantía reales en Francia.

forma parte de muchos Códigos vigentes¹⁴⁰, que ha publicado un documentado estudio de la misma, “*formando parte de unos estudios con vistas al Proyecto del libro quinto del C.C.Cat. relativo a los derechos reales (...) para ofrecer un panorama amplio del derecho comparado con vistas a la formulación de las mismas*”¹⁴¹, También ha sido estudiada en una monografía de FERNÁNDEZ CALVO¹⁴². Además fue objeto de una importantísima STS (que más adelante comentaremos) de 24 de junio de 1941 (RJ 1941/758), muy comentada por la doctrina, cuyos argumentos repite una posterior y más reciente, de 21 de febrero de 1997 (La Ley 1990/1997).

El interés de esta figura, al objeto de nuestro estudio, consiste que al prorrogar la retención por el acreedor a otra deuda diferente a la garantiza, incide en el principio de especialidad, en su aspecto de “unidad de obligación garantizada” o más simplemente, “a cada obligación una garantía”.

Los puntos más importantes, a nuestro juicio, a tener en cuenta son: su fundamento o justificación y su naturaleza, que constituyen una cuestión esencial, esto es, decidir si se trata de una mera retención o de una segunda prenda, y en este caso la posibilidad del “*ius distrahendi*”, y si goza de la prelación del artículo 1922 del Código Civil.

GARCÍA GOYENA, como hemos comentado en el estudio histórico, lo basaba en una convención tácita, estimando que si el acreedor no pedía una segunda prenda

¹⁴⁰ LAUROBA LACASA, M^a Elena. *Op. Cit.* Pág. 383.

“*El artículo 2082,2 del Code français reguló la prenda gordiana en su concepción moderna. Hacen lo propio el 1952,2 del CC del Reino de las Dos Sicilias, el art. 2136,2, CC del Estado de Cerdeña, el art. 1888 del CC italiano de 1965 y -luego el art. 2794.2 CC de 1942- o el art. 2082.2 CC belga. También diversos Códigos Civiles hispanoamericanos, como el argentino (que da una regulación completa y aborda el supuesto de modo independiente (arts. 3218 a 3221), el venezolano (art. 1852), el chileno (art. 2041) o el peruano (art. 1063), este último participando de su formulación clásica, como también la Ley 472 de la Compilación Navarra*”.

¹⁴¹ CASANOVAS I MUSSONS, Anna. “*Presentación de la Directora del Curso*”, en “*Garantías reales mobiliarias en Europa*”. LAUROBA LACASA, M^a Elena y MARSAL GUILLAMET, Joan (Eds.). Madrid: Editorial Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales), 2006. Pág. 14. ISBN: 978-84-9768-401-9.

¹⁴² FERNÁNDEZ CALVO, Ramón. “*La extensión de la prenda a una segunda garantía*”. Madrid: Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008. Pág. 186. ISBN: 978-84-96705-30-2.

para la nueva deuda, era porque consideraba que la prenda ya dada bastaba para la seguridad y pago de las dos deudas. LAUROBA LACASA¹⁴³ recoge la misma opinión, afirmando que *“en definitiva, se atiende a la voluntad presunta de las partes que recibe el correlativo respaldo legal”*. Y añade, además, dos argumentos: el de la tutela de la buena fe y equidad.

La buena fe se vincula, según la misma *“a la protección del acreedor, al estimar que contrae la nueva deuda confiado en la existencia de una garantía”*. Y la equidad *“se manifiesta en el cuidado del legislador en fijar para la segunda obligación un término de exigibilidad más breve (o paralelo)”*, citando en su apoyo a CRUZ MORENO.

Por último señala que mayoritariamente los autores franceses (y cita explícitamente como fundamentales a PLANIOL Y RIPERT) han fundamentado el instituto en el carácter indivisible de prenda.

2.2.2. Naturaleza

La doctrina en general se inclina por el simple derecho de retención¹⁴⁴, así como la Jurisprudencia en la STS de 24 de junio de 1941 antes citada, y en la que el Tribunal Supremo plantea claramente la cuestión a dilucidar: la interpretación que hay que dar al párrafo 2º del artículo 1866 del Código Civil que unos (la parte recurrente) entienden que es una garantía prendaria que afecta además de los créditos a que originariamente se afectó, con igual trascendencia a los posteriores exigibles, mientras que otros (la parte recurrida) entienden que no afecta a dichos créditos, en cuanto son terceros.

Para el Tribunal Supremo *“si se examina atentamente el artículo 1.866 del Código Civil y se le pone en relación con los preceptos concordantes, singularmente con el contenido en el artículo 1.858 del propio Cuerpo legal, es fácil concluir que el derecho de prenda no está caracterizado solamente por una facultad de retención a la*

¹⁴³ LAUROBA LACASA, M^a Elena. *Op. Cit.* Pág. 386.

¹⁴⁴ Puede verse la relación de autores partidarios de considerarlo como un simple derecho de retención en los citados textos de LAUROBA LACASA (pág. 382) y FERNÁNDEZ CALVO (pág. 118).

que, en efecto, se refieren expresamente los dos párrafos del precepto primeramente invocado, sino que también es de esencia en él, conforme al segundo de dichos preceptos y parejamente con el derecho de hipoteca, la facultad de enajenar las cosas constituidas en garantía para pagar al acreedor ("jus distrahendi")".

Igualmente declara que aunque en el Derecho positivo español no se haya construido una teoría del derecho de retención *"(...) no puede negarse, sin embargo, que en todos los casos en que en aquellos cuerpos legales se hace referencia al derecho de retención se concibe no como una ampliación del derecho primordial a que va anejo, sino como una facultad de mantener la tenencia de la cosa por título distinto del originario (...)".*

Y que la generalidad de la doctrina española, así como la extranjera y concretamente la jurisprudencia italiana, declara que *"(...) ese derecho de retención otorgado al acreedor prendario como prórroga de la facultad de retener, que con la de enajenar caracterizan el derecho de prenda, está limitado y circunscrito a las relaciones entre acreedor y deudor y constituye defensa de éste y no privilegio con relación a terceros (...)",* doctrina que estima aplicable al Derecho español.

Finalmente declara con respecto a los créditos privilegiados del artículo 1922 del Código Civil *"sólo incluye entre los créditos privilegiados para todos los efectos del último de los artículos los garantizados con prenda, concepto que no se identifica, como se ha demostrado, con el derecho de retención aisladamente considerado".*

La tesis del Tribunal Supremo fue en general muy aceptada por los juristas, que algunos calificaron de "espléndida"¹⁴⁵. Nos limitaremos a reproducir parte del comentario de DÍEZ-PICAZO¹⁴⁶: *"esta sentencia de 24 de junio de 1941 es quizá una de las sentencias más completas de nuestra jurisprudencia civil, tanto por el rigor de los razonamientos que en ella se van escalonando como por la profundidad de la*

¹⁴⁵ FERNÁNDEZ CALVO, Ramón. *Op. Cit.* Pág. 116.

¹⁴⁶ DÍEZ-PICAZO, Luis. *"Estudios sobre Jurisprudencia Civil"*. Volumen II. 1ª edición. Madrid: 1969. Pág. 254. Este comentario lo repite en sus *"Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial"*, y lo recogen otros autores, entre ellos el mencionado FERNÁNDEZ CALVO, que también critica la sentencia y el comentario.

erudición en el manejo de los antecedentes históricos y del derecho comparado de que hace gala. Bien puede, por ello ser considerada como un ejemplo”.

Frente a todo lo expuesto, hay autores que desde antiguo defendieron la naturaleza de prenda de la retención que declara el párrafo 2º del artículo 1866 del Código Civil. Ya vimos en la parte histórica que MUCIUS SCAEVOLA la calificaba como tal afirmando que *“en realidad, nos encontramos con una prenda que asegura el cumplimiento de dos obligaciones perfectamente diferenciadas”*, y CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE que la calificaba de *“prenda tácita”*. FERNÁNDEZ CALVO¹⁴⁷ no cita a dichos autores, pero sí a BONEL Y SÁNCHEZ en una obra de 1891, y a VIÑAS MEY en una monografía de los años 20. LAUROBA LACASA¹⁴⁸ menciona a RICARDO OYUELOS en una obra de 1932, y al citado CALIXTO VALVERDE Y VALVERDE.

En la actualidad la posición defendedora de la naturaleza prendaria de la retención del párrafo 2º del artículo 1866 del Código Civil está representada por los ya citados FERNÁNDEZ CALVO y LAUROBA LACASA.

El primero, autor -como se ha dicho también- de una monografía sobre el tema, ya en su título marca claramente su posición: *“La extensión de la prenda a una segunda garantía”*. Critica duramente la posición del Tribunal Supremo, y todos los argumentos utilizados¹⁴⁹ y entre otras afirmaciones, dice que *“el reproche fundamental a la Sentencia es, no obstante, el haberse quedado al hacer la abstracción de notas comunes de los casos de retención en la que de ésta se concibe no como una ampliación del derecho originario sino como una facultad de mantener la tenencia de la cosa por título distinto del originario”*¹⁵⁰.

Y declara tajantemente, en sus Conclusiones: *“Convencen los argumentos esgrimidos a favor de que el pignus gordianum es un caso de prenda; argumentos entre*

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ CALVO, Ramón. *Op. Cit.* Pág. 116.

¹⁴⁸ LAUROBA LACASA, M^a Elena. *Op. Cit.* Pág. 382.

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ CALVO, Ramón. *Op. Cit.* Págs. 121-127 y pág. 173 (Conclusiones).

¹⁵⁰ FERNÁNDEZ CALVO, Ramón. *Op. Cit.* Pág. 126.

los que descuellan los de índole histórica, el de la admisión en nuestro ordenamiento de las prendas legales y el de la falta de requisito del “debitum cum re iuctum”. A ello se añade el argumento literal de que según el Código procede su aplicación, aunque no se hubiera pactado la sujeción de la prenda a la seguridad de la segunda deuda ”¹⁵¹.

Para LAUROBA LACASA, “el artículo 1866,II contempla un supuesto de prenda en que la existencia de la garantía se deduce de modo concluyente del acuerdo entre las partes que se visibiliza en la configuración de la segunda obligación que contraen (...). En otras palabras, la garantía de la segunda deuda no nace como efecto específico, una vez satisfecha la primera, sino que se predica de la segunda obligación desde su constitución. Si la primera obligación se extingue -por cualquiera de las causas del artículo 1156 C.C.- la garantía se mantiene eficaz para la segunda obligación. Paralelamente, la ineficacia o nulidad del contrato constitutivo del derecho de prenda repercutirá también en la segunda obligación ”¹⁵².

2.2.3. La existencia, en caso de impago, del “ius distrahendi”

En caso de impago de esta segunda deuda surge la duda de si el acreedor tiene facultad de enajenar la cosa, esto es, de aplicar el “ius distrahendi”. Ya hemos visto que el Tribunal Supremo lo niega, pero tanto FERNÁNDEZ CALVO como LAUROBA LACASA la admiten sin reservas.

FERNÁNDEZ CALVO afirma, llanamente: “en caso de no ver satisfecho su crédito, el acreedor tiene dos medios para realizar la cosa. 1º Reclamar judicialmente el pago de éste y la venta de la prenda, que habrá de regularse por las prescripciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil, comprendiendo, actualmente, la realización judicial de la prenda la doble posibilidad de ir al procedimiento de ejecución ordinaria (artículo 517 y ss. LEC) o de acudir al procedimiento especial previsto en los arts. 681 de la Ley rituarial civil. 2º Proceder extrajudicialmente a la enajenación de la prenda por el procedimiento de subasta ante notario ”¹⁵³.

¹⁵¹ FERNÁNDEZ CALVO, Ramón. *Op. Cit.* Pág. 174.

¹⁵² LAUROBA LACASA, M^a Elena. *Op. Cit.* Pág. 392.

¹⁵³ FERNÁNDEZ CALVO, Ramón. *Op. Cit.* Págs. 151 y 152.

Igualmente, para LAUROBA LACASA¹⁵⁴ “*el acreedor dispone del ius distrahendi (ex art. 1855 C.C) en relación a la segunda obligación*”. (...) “*El artículo 1866 II CC es una decisión legislativa para un supuesto concreto, justificada en base a aquellas sencillas razones que propugnaron los primeros comentaristas y cuyos efectos hubieran podido conseguirse mediante la constitución -hoy lícita- de una prenda global (...). De hecho, se ha afirmado que el precepto deroga los criterios de imputación de pagos del artículo 1172 y ss. CC*”.

2.2.4. La preferencia del artículo 1922,2º del Código Civil

Dicho párrafo atribuye preferencia a los créditos “*garantizados con prenda que se halle en poder del acreedor, sobre la cosa empeñada y hasta donde alcance su valor*”. La cuestión es si existe también esta preferencia en caso de esta segunda deuda. La postura del Tribunal Supremo ya hemos visto era contraria, e igualmente la de todos los autores que lo consideran como un simple derecho de retención.

En cambio para FERNÁNDEZ CALVO¹⁵⁵ no hay duda sobre que este segundo crédito goza de la preferencia del artículo 1922,2º del Código Civil, recordando que es siempre preciso que la cosa esté en poder del acreedor, así como también la necesidad de constancia de la fecha por instrumento público para la oponibilidad a terceros. Igualmente señala que, salvo que se haya pactado indeterminado rango para las garantías, es de mejor derecho la prenda que se constituyó con anterioridad, esto el primer crédito especialmente garantizado.

Menos claramente defiende la misma tesis LAUROBA LACASA al decir, como hemos visto, que “*de hecho, se ha afirmado que el precepto deroga el principio de imputación de pagos del artículo 1170 del CC*”.

2.2.5. Conclusión

¹⁵⁴ LAUROBA LACASA, M^a Elena. *Op. Cit.* Págs. 393 y 396.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ CALVO, Ramón. *Op. Cit.* Pág. 154.

El derecho de retención o “*pignus gordianum*” del artículo 1966,2º del Código Civil poco tiene que ver con nuestro estudio si lo consideramos como el Tribunal Supremo, así como parte de la doctrina que lo califica como un simple derecho de retención, pero si aceptamos la tesis defendida por FERNÁNDEZ CALVO y LAUROBA LACASA, sobre su carácter prendario resulta una figura o institución muy interesante al extender una garantía a un crédito no inicialmente previsto, siendo entonces una excepción al principio de unidad de obligación garantizada en virtud del cual a cada obligación debiera corresponderle una garantía individualizada.

Conviene recordar aquí, la afirmación LAUROBA LACASA¹⁵⁶ que después de señalar el leve interés que suscita dicha institución, añade: “*sin embargo, las entidades bancarias suelen incluir en sus formularios una mención al artículo 1866,II CC y se ha considerado un supuesto interesante con vistas a futuras construcciones sobre garantías*”. Y precisamente, ya hemos dicho que su estudio formaba parte de los trabajos con vistas a la tramitación parlamentaria del Libro V del Código Civil de Cataluña, cuya publicación lleva el título de *Garantías reales mobiliarias en Europa*.

No obstante, la institución no fue recogida por el derecho Catalán y así lo afirma la misma. En cambio FERNÁNDEZ CALVO¹⁵⁷ estima como una manifestación del “*pignus gordianum*” en el derecho catalán el derecho de retención del 569-4 del Libro V del Código Civil de Cataluña por los gastos hechos para la conservación de la cosa dada en prenda, y en base a lo estimado por el Observatori de Dret Privat de Catalunya (Secció Patrimonial), afirma que “*el acreedor pignoraticio goza de la cosa dada en prenda, en garantía del reembolso de los gastos necesarios para la conservación de la cosa, de la facultad de instar su venta así como cobrarse con preferencia sobre el producto obtenido de la misma*”.

2.3. LA PRENDA “ÓMNIBUS”

2.3.1. Origen y justificación

¹⁵⁶ LAUROBA LACASA, M^a Elena. *Op. Cit.* Pág. 390.

¹⁵⁷ FERNÁNDEZ CALVO, Ramón. *Op. Cit.* Pág. 76.

La prenda “*ómnibus*”, más que como subtipo de prenda, creemos que debemos referirnos a la misma como cláusula “*ómnibus*”, pues la misma representa más que una modalidad de prenda, una consecuencia de una práctica bancaria tendente a garantizar las deudas presentes y futuras que surjan de las relaciones comerciales entre deudor y acreedor garantizado, no siendo de exclusiva utilización para la prenda, pues -como veremos más adelante cuando analicemos la hipoteca flotante- algunos autores (AZOFRA VEGAS) consideran que dicha cláusula puede ser considerada también como un antecedente a la flotabilidad de la hipoteca establecida en la Ley 41/2007.

Aunque nuestro Derecho no se pronuncia de forma general sobre la posibilidad de constituir garantías reales pignoraticias para asegurar una pluralidad indefinida de créditos presentes y futuros que el acreedor pignoraticio tenga contra el mismo deudor (salvo por las particularidades incluidas en el Libro V del Código Civil de Cataluña y con las limitaciones establecidas bajo el mismo, que analizaremos posteriormente en este Capítulo), en la práctica bancaria es habitual encontrar este tipo de clausulado¹⁵⁸.

ALONSO UREBA y MARTÍNEZ-SIMANCAS¹⁵⁹ nos ofrecen el siguiente redactado como modelo de clausulado “*ómnibus*” (cláusula extraída de libro realizado en colaboración con el Banco Central Hispano):

“Los valores pignorados lo están en tal concepto, no sólo en garantía de las obligaciones y responsabilidades referidas, sino también en garantía del cumplimiento de cualesquiera otras obligaciones, deudas, responsabilidades, descubiertos y operaciones de cualquier otra naturaleza que ya existieran o en el futuro establezca el pignorante y o el tercero garantizado con el banco”.

¹⁵⁸ GARRIGUES, Joaquín. “*Contratos bancarios*”. 2ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 1975. Págs. 317 y ss. ISBN: 84-400-9270-9.

¹⁵⁹ ALONSO UREBA, Alberto y MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián (Dir.). “*Derecho del Mercado Financiero (Formularios-Documentos. Contratos y garantías)*”. Tomo III, Volumen 2. Libro realizado en colaboración con Banco Central Hispano. Madrid: Editorial Civitas, 1994. Pág. 380. ISBN: 84-89124-06-X.

Misma definición utilizada también por PIEDRA SIERRA, Daniel. “*La Prenda Ómnibus como garantía bancaria. Su recepción en los Sistemas Jurídicos Internacionales*”. Revista Cubana de Derecho. Año 1999, Número 14. Pág. 42. ISSN: 0864-165X.

La razón de la extensión es clara, los operadores del mercado buscan gozar de una garantía lo suficientemente flexible y elástica que sea susceptible de abarcar todas las operaciones económicas entre las partes, sin necesidad de otorgar una nueva garantía o novar o modificar las existentes.

La prenda “*ómnibus*” cubriría, por tanto, “*todos los créditos que se originen entre acreedor pignoraticio y deudor, con independencia tanto de la fecha de constitución de la garantía, como del vencimiento del crédito garantizado*”¹⁶⁰.

CARRASCO PERERA¹⁶¹, cuando analiza la admisibilidad de esta figura, hace una analogía a los términos de la hipoteca flotante del artículo 153 bis de la Ley 41/2007, siendo de la opinión que la garantía no debiera estar indeterminada en cuanto al “*tiempo de duración*” y/o al “*límite máximo de responsabilidad*”, pues al igual que en la hipoteca flotante, dichas limitaciones serían necesarias para evitar dañar expectativas de terceros acreedores.

2.3.2. Naturaleza y efectos. Reflexiones acerca de la STS de 31 de marzo de 2014 (RJ 2014/1945).

La doctrina se pregunta sobre si una prenda “*ómnibus*” podría llegar a entenderse como una extensión de las previsiones contenidas en el apartado 2º de nuestro artículo 1866 del Código Civil relativas al derecho de retención.

VEIGA COPO estima que las cláusulas “*ómnibus*” suponen una extensión del propio derecho de prenda y por tanto irían más allá del mero derecho de retención; incluso parece inferir que al subsumirse el derecho de retención dentro del derecho de prenda, las cláusulas “*ómnibus*” comprenderían no sólo una extensión del derecho de

¹⁶⁰ VEIGA COPO, Abel B. “*Prenda Ómnibus, Prenda Rotativa de Acciones y Garantía Flotante*”. Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB). Año 2001, Número 82 (Abril-Junio). Pág. 37. ISSN: 0211-6138.

¹⁶¹ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. Tomo II (Garantías Mobiliarias). 3ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015. Pág. 272. ISBN: 978-84-9059-688-3.

prenda, sino también de los derechos que son intrínsecos al mismo y que habitualmente se incluyen dentro de la propia prenda, entre otros, el propio derecho de retención¹⁶².

Estaríamos, por tanto, ante una verdadera garantía flotante, que aseguraría el conjunto de obligaciones contraídas o por contraer entre un mismo acreedor y un mismo deudor.

Respecto a su admisibilidad y efectos, hay que referirse a la reciente STS de 31 de marzo de 2014 (RJ 2014/1945) (ponente Sr. Sancho Gargallo), que en un supuesto de cláusulas “*ómnibus*” incluidas en la pignoración de un depósito a plazo fijo en garantía de varios pagarés presentados al descuento, rechaza su extensión a créditos que tuvieran un origen distinto a operaciones realizadas directamente entre el acreditado y el banco acreedor, esto es, que provinieran de operaciones realizadas por terceros.

No obstante y al margen de lo anterior, no discute la efectividad de este tipo de cláusulas y da por válidos de forma general los clausulados “*ómnibus*”, siempre y cuando la relación jurídica subyacente a dicha cláusula “*ómnibus*” esté enmarcada dentro de la práctica bancaria y sea entre un mismo deudor y acreedor.

Para mejor entendimiento de esta sentencia, debemos hacer referencia a los antecedentes, según relato del propio Tribunal a lo largo de la misma (que resumimos a continuación)¹⁶³:

El Sr. Balbino, que tenía suscrito un contrato de depósito con Banco Popular, lo pignora para descontar con cargo al mismo dos pagarés firmados por la entidad Prorrody del Sur, de la que el Sr. Balbino era Administrador Único.

¹⁶² VEIGA COPO, Abel B. *Op. Cit.* “*Prenda Ómnibus, Prenda Rotativa de Acciones y Garantía Flotante*”. Pág. 34.

“(…) o bien extienden el derecho de prenda y de retención a todos los títulos o valores que por cualquier razón estén en posesión de la entidad crediticia frente a cualquier crédito de las mismas con sus clientes (…)”.

¹⁶³ STS de 31 de marzo de 2014 (RJ 2014/1945). Resumen Fundamentos de Derecho (en los que se relatan también los hechos).

En la misma póliza de pignoración, y concretamente en el Expositivo D) de la misma se añadía:

“deseando garantizar mediante la constitución de prenda los créditos que a favor del Banco resulten como consecuencia de las expresadas operaciones, así como los que resulten a favor del Banco como consecuencia de operaciones de préstamo, crédito, descuento de efectos, y otros documentos, avales, fianzas, descubiertos en cuenta y, en general de las operaciones de cualquier índole o naturaleza, que realice en el futuro el acreditado con el Banco en cualquiera de sus oficinas o sucursales (...)”

Los citados pagarés fueron pagados a su vencimiento; sin embargo, la entidad bancaria ejecutó la garantía para cobrar otros pagarés, de los que era firmante también la entidad Porrodya del Sur, y que le habían sido entregados en descuento por terceros.

El Sr. Balbino entendió que la pignoración no afectaba a los demás pagarés descontados, alegando no obstante el banco que el depósito estaba pignorado también en garantía de los créditos que resultaran a favor del banco como consecuencia de *“operaciones de préstamo, crédito, descuento de efectos, y otros documentos, avales, fianzas, descubiertos en cuenta y, en general de las operaciones de cualquier índole o naturaleza, que realice en el futuro el acreditado con el Banco en cualquiera de sus oficinas o sucursales”*.

El Juzgado de Primera Instancia, sin dudar acerca de la legitimidad de dicha cláusula, falló en favor del banco, condenando además en costas al demandante.

Y la Audiencia Provincial, en trámite de apelación, siguió el mismo criterio jurídico, estimando parcialmente el recurso y revocando la condena en costas.

Presentado el recurso a la Sala Primera del Tribunal Supremo, por infracción procesal y por casación propiamente dicha, se desestimó el primer recurso y se estimó el segundo, revocándose la sentencia de la Audiencia Provincial en el sentido de que quedan excluidos *“los créditos que el Banco pudiera tener frente al acreditado que*

*tuvieran un origen distinto, esto es, que provinieran de operaciones realizadas por terceros con el Banco”*¹⁶⁴.

NÚÑEZ IGLESIAS, en sus comentarios a dicha sentencia, afirma que una cláusula “*ómnibus*”, más allá de sus elementos de futuribilidad y globalidad, debe estar definida “*por la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas*”, y entiende que una referencia a “*operaciones de cualquier índole y naturaleza*” no contiene los elementos mínimos por los cuales puede quedar determinada¹⁶⁵.

Por otra parte, NÚÑEZ IGLESIAS critica la sentencia porque -si bien considera que ello puede excusarse “*por no haber sido alegado por el demandante*”- la garantía asegura inicialmente (Expositivo C de la póliza) “*obligaciones de una sociedad -de la que el pignorante es administrador único- con el Banco, y, luego, en la cláusula de extensión de la garantía (Expositivo D), obligaciones que pueda llegar a tener el pignorante con el Banco por operaciones realizadas por él con dicha entidad*”¹⁶⁶.

Como conclusión y resumen de lo anterior, a nuestro entender mediante dicha sentencia se asume la validez y ejecutabilidad de las cláusulas “*ómnibus*” enmarcadas dentro de la práctica bancaria y entre un mismo deudor y acreedor, obteniendo soporte por tanto las cláusulas “*ómnibus*” no sólo a nivel práctico o doctrinal, sino también en nuestros más altos tribunales. No se admite la extensión de la garantía a deudas provenientes de créditos de terceros, y no se pronuncia sobre el supuesto de si se pueden garantizar deudas ajenas (pignorante no deudor) y deuda propias (pignorante deudor).

¹⁶⁴ STS de 31 de marzo de 2014 (RJ 2014/1945) (Fundamento de Derecho Octavo).

“Esto último es lo que ha ocurrido en este caso, los créditos a los que el banco ha aplicado la garantía no provienen de operaciones concertadas por el acreditado con el banco, sino que se trata de pagarés firmados por el acreditado que fueron descontados en aquel banco por terceros, los tenedores de tales títulos”.

¹⁶⁵ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. “*Sentencia de 31 de marzo de 2014. Pignoración de un depósito a plazo fijo en garantía del pago de dos pagarés presentados al descuento por quien constituye la garantía, y de otras operaciones que realice en el futuro el acreditado con en el banco*”. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Año 2014, Número 96 (Septiembre-Diciembre). Pág. 575. ISSN: 0212-6206.

¹⁶⁶ NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *Op. Cit.* Pág. 570

Antes de finalizar esta sección, simplemente apuntar cierta controversia en cuanto a la cancelación de las prendas “*ómnibus*”. Más allá del carácter accesorio de cualquier derecho real de prenda, como consecuencia de la amplitud de dicha cláusula, que puede abarcar no sólo créditos presentes, sino también futuros¹⁶⁷ y que por tanto perviviría mientras existieran créditos pendientes de pago o de vencimiento, con la finalidad de no hacer de esta garantía una garantía prácticamente de imposible cancelación, apoyamos las sugerencias señaladas por CARRASCO PERERA en cuanto al establecimiento de un plazo máximo de duración de dicho gravamen.

2.4. LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

2.4.1. Preliminar

Ya hemos visto en la parte histórica que a partir de la vigencia del Código Civil nuestro derecho separa completamente las garantías reales respecto a los bienes inmuebles y los muebles.

Para los primeros se establece una inscripción en el Registro, y para los segundos la desposesión de los mismos. Esta desposesión implicaba la pérdida de uso para su dueño, por lo que perdía su utilidad, ya que normalmente la operación que se garantizaba con prenda era para el aprovechamiento económico de la misma. Por ello fue disminuyendo la utilización de la prenda como garantía, lo que incluso el propio legislador reconoció, añadiendo que la utilización de la misma había quedado casi reducida a cosas suntuarias.

El mismo legislador reconoce en la Exposición de Motivos de dicha Ley que en el pasado trató de paliar esta falta de flexibilidad en el régimen común de la prenda introduciendo algunas modalidades de garantía, tales como la prenda agrícola o ganadera, la prenda aceitera o la prenda industrial (que culminaron en la Ley de 5 de Diciembre de 1941, que añadió al Código Civil los artículos 1863 bis al 1873 bis), o

¹⁶⁷ En este sentido, VEIGA COPO (siguiendo a ANGELICI, Carlo) es partidario de que el objeto del contrato y de la obligación sean determinados o al menos determinables. (VEIGA COPO, Abel B. *Op. Cit.* “*Prenda Ómnibus, Prenda Rotativa de Acciones y Garantía Flotante*”. Pág. 37).

incluso la prenda de resguardos de almacenes de depósitos o “warrant”, que seguiría vigente y se encuentra regulada por el artículo 194 del Código de Comercio. No obstante, y como también vimos en la parte histórica, ello fue criticado de forma generalizada por algunos autores, de modo especial por SANZ FERNÁNDEZ.

A destacar respecto a la prenda sin desplazamiento de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento que es de aplicación en todo el territorio del Estado español, incluso respecto a las comunidades autónomas que tienen legislación especial sobre prenda ordinaria. Así, por ejemplo, en Cataluña puede constituirse una prenda ordinaria con sujeción a sus normas propias, mientras que para la prenda sin desplazamiento rige únicamente la Ley de 16 de diciembre de 1954.

2.4.2. Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión

Dicha Ley partió de un principio diferenciador en cuanto a los objetos que podían servir de garantía. Sin abandonar los viejos criterios de distinción entre bienes muebles e inmuebles, sí que abandona la norma del viejo aforismo “*res mobilis res vilis*”. Y dentro de los bienes muebles introduce la diferencia entre bienes plenamente identificables y los de menor identificación. La Exposición de Motivos de dicha Ley es suficientemente clara: “*El grado de perfección en cuanto a la identidad de la cosa (...) ha llevado a la Comisión a distinguir dos grupos de bienes: los de identificación semejante a la de los inmuebles y, por tanto, como éstos, claramente susceptibles de hipoteca, y los de identificación menos perfecta y, por consiguiente de un derecho de más difícil persecución, que quedan dentro de la figura clásica de la prenda, si bien sustituyendo por la publicidad registral el requisito del desplazamiento de la posesión*”.

No hemos de referirnos aquí al estudio de la hipoteca mobiliaria, porque queda fuera de este trabajo, sino exclusivamente de la prenda sin desplazamiento de posesión y especialmente sobre si su regulación afecta al principio de especialidad.

2.4.3. La Prenda sin Desplazamiento de la Posesión. Justificación y eficacia

Es una institución cuya naturaleza jurídica es difícil de precisar. Su regulación fue en general criticada desde un principio. Así VALLET DE GOYTISOLO afirmó¹⁶⁸ “¿Hasta qué punto está justificada la creación, en términos generales, de un privilegio mobiliario, dogmáticamente anómalo y prácticamente nuevo, como la prenda sin desplazamiento, ineficaz contra terceros y que se reduce poco más que a restaurar la prisión por deudas convencionalmente pactada y a dar lugar a una alteración, no siempre merecedora de respecto, del orden normal de la prelación señalado por el Código Civil?”.

Se ha discutido, también, si tiene carácter real, o de si se trata de un simple privilegio, o de si es una figura intermedia. VALLET DE GOYTISOLO como acabamos de ver lo configura como privilegio, no oponible a tercer poseedor. Y precisamente la base de la crítica citada se basaba en ello, afirmando que “Por ello esa prenda no puede oponerse al tercer poseedor, que está protegido por los principios que presiden el comercio de bienes muebles, apoyado en la presunción de titularidad plena que acompaña a la posesión. Tiene, por consiguiente, más de simple privilegio que de verdadera prenda. Asegura poco más que una prelación o preferencia al crédito con respecto a los demás, concede cierta facultad de inspección al acreedor, le facilita un procedimiento abreviado de ejecución y agrega una responsabilidad criminal al deudor si dispone del bien pignorado en perjuicio del acreedor”¹⁶⁹.

Menos, duro, aunque crítico también, se mostraba GARCÍA-PITA Y LASTRES, que después de citar que en la doctrina se han producido dudas sobre si se trataba de un verdadero “derecho real” o de un “simple privilegio” o de una “figura intermedia”, se inclina por atribuirle verdadera naturaleza de derecho real¹⁷⁰. Así estima que “el

¹⁶⁸ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “Esbozo de la Hipoteca Mobiliaria y de la Prenda sin Desplazamiento”, en “Estudios sobre Garantías Reales”. Madrid: Editorial Montecorvo, 1973. Págs. 406 y 407. ISBN: 84-7111-068-7.

¹⁶⁹ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *Op. Cit.* Pág. 406.

¹⁷⁰ GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. “La Hipoteca Mobiliaria y la Prenda y desplazamiento en Derecho Mercantil”, en “Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil”. Volumen 2 (Garantías Reales), Tomo 1 (Garantías Mobiliarias). Madrid: Editorial Civitas, 1996. Págs. 310 y ss. ISBN: 84-470-0653-0.

*Depositario, entonces, como mediador posesorio del Acreedor pignoraticio, ejercerá una forma de posesión que sirve de base a otra forma (mediata) de poseer los bienes pignorados*¹⁷¹. Para afirmar rotundamente que “*es lícito hablar del derecho real de “Prenda sin desplazamiento”, porque existen -en verdad- inherencia y reipersecutoriedad*”¹⁷².

Podemos señalar como características de esta prenda que la separan de la ordinaria:

- La necesidad de inscripción registral, como requisito de eficacia (artículo 3 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento), no de constitución como sucede en la hipoteca mobiliaria.
- La conversión del propietario de la cosa en depositario de la misma, o siguiendo la terminología de GARCÍA-PITA Y LASTRES, de mediador o poseedor en nombre del acreedor.
- La necesidad de determinar el “*status loci*” de la cosa dada en prenda.

En cuanto a los efectos, el fundamental es el de la reipersecutoriedad, cuando pasa a manos de terceros, reipersecutoriedad que le negaba VALLET DE GOYTISOLO como hemos visto. Y que en otra publicación sobre el tema¹⁷³, dedica varias páginas a este tema concluyendo que “*la prenda es ineficaz contra terceros adquirentes de buena fe, una vez hay salido de su status loci (antes o después de su adquisición) es decir, del lugar donde quedó constituida en depósito del deudor*”.

En cambio GARCÍA-PITA Y LASTRES, afirmaba, como hemos visto, que se trataba de un verdadero derecho real porque existía inherencia y reipersecutoriedad. Y

¹⁷¹ GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. *Op. Cit.* Pág. 314.

¹⁷² GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. *Op. Cit.* Pág. 315.

¹⁷³ VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. “*Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión*”. Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN). Tomo 11. Madrid, 1961. Págs. 43-148. ISSN: 0210-3249.

añade “*la prenda sin desplazamiento es oponible frente a terceros de mala fe, incluso será oponible frente a terceros de buena fe siempre que se mantenga el status loci, siempre que la cosa pignorada se encuentre localizada en el lugar en que se entiende depositada*”. Lo que al final le sitúa en posición parecida a VALLET DE GOYTISOLO.

Diez años más tarde GONZÁLEZ-BUENO¹⁷⁴ afirmaba que aunque la reipersecutoriedad no figura expresamente como en la hipoteca mobiliaria (artículo 16) y que algunos autores han interpretado en sentido negativo por la regla “*inclusio unius, exclusio alterius*”, entiende que es una posición un tanto forzada y que en cambio debe irse a una interpretación integradora que sea favorable a la misma, añadiendo “*por lo demás, privar a un derecho de realización de valor, como es la prenda sin desplazamiento, de su eficacia erga omnes supone una desnaturalización tan desmesurada que exigiría, para su virtualidad, una expresa declaración legal*”.

Y recientemente CARRASCO PERERA¹⁷⁵ afirma que “*el silencio de la Ley y el sentido común parece que imponen la conclusión de que al menos frente a adquirentes de buena fe la prenda sin desplazamiento no tiene eficacia real, y el bien pignorado quedará excluido de la responsabilidad por el incumplimiento del deudor, sin importar si ha mediado o no consentimiento del acreedor (...) Sin embargo, la pérdida de eficacia real de la prenda requiere la posesión efectiva del tercer adquirente (la prenda sin desplazamiento no es sólo preferente, sino que priva de eficacia a otra prenda sin desplazamiento posterior sobre el mismo bien), y normativamente esta posesión sólo podrá tener lugar si el bien pignorado ha salido del status loci determinado en la escritura o póliza en la que se constituyó la garantía*”. Afirmando también que en esto sigue las teorías defensadas por VALLET DE GOYTOSOLO y LACRUZ BERDEJO.

2.4.4. Prenda de Derechos de Crédito (Futuros). Prenda sin Desplazamiento vs. Prenda Ordinaria

¹⁷⁴ GONZALEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, Carlos J. “*Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. Especial análisis de su incidencia en el ámbito tributario*”. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996. Págs. 65 y 66. ISBN: 84-8193-287-6.

¹⁷⁵ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. *Op. Cit.* Tomo II, Edición 2015. Pág. 380.

Su construcción doctrinal fue bendecida por el Tribunal Supremo en la STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997/3429)) en la que se señala que *“la imposición bancaria a plazo origina en favor del imponente el nacimiento de un crédito contra el banco depositario por su importe, lo que tiene un valor patrimonial apto para ser objeto de un derecho de prenda. Dicho derecho no puede circunscribirse a las cosas materiales por una interpretación del art. 1864 del Código Civil, que estaría en contradicción con el artículo 1868 del Código Civil, el cual admite la prenda que produce intereses, lo que obviamente sucede con el crédito”*.

A la citada sentencia siguieron, entre otras, las siguientes sentencias del Tribunal Supremo: STS de 26 de septiembre de 2002 (RJ 2002/7873), STS de 27 de junio de 2003 (RJ 2003/4313), STS de 10 de marzo de 2004 (RJ 2004/1821), STS de 20 de junio de 2007 (RJ 2007/3455) y STS de 11 de marzo de 2008 (2008/4044), por citar algunas de las más relevantes.

Más allá de que la aceptación de la figura de la prenda de créditos exigía *“estresar la regulación del Código Civil ideada para las cosas muebles, para poder extender la misma a un bien intangible no incorporado a un título valor”*¹⁷⁶, en la práctica dicha prenda ordinaria (o con desplazamiento) funcionaba entendiendo la doctrina que la forma de manifestar la desposesión del deudor consistía, entre otros mecanismos, en la notificación al deudor del crédito pignorado.

No obstante, la Disposición Final Tercera de la Ley 41/2007 de 7 de diciembre, sin relación alguna con el propósito de dicha ley (que tiene por objeto el mercado hipotecario) reformó los artículos 2 y 54 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, proclamando que los créditos (aún futuros) podrán ser pignorados por medio de prendas sin desplazamiento y que para su válida constitución requerirán de inscripción en el Registro de Bienes Muebles¹⁷⁷.

¹⁷⁶ MENCHÉN CALVO, Javier, TARRAGONA FERNÁNDEZ, Elena y PÉREZ SANZ, Cándido. *“La prenda de derechos de crédito. Especial referencia a los derechos de crédito futuros”*, en *“Derecho de la empresa y de los mercados financieros (Ramón y Cajal Abogados. 30 años)”*. AA.VV. 1ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2016. Pág. 171. ISBN: 978-84-9135-314-0.

¹⁷⁷ Disposición Final Tercera Ley 41/2007.

El hecho de que los derechos de crédito pudieran ser sujetos tanto a prenda ordinaria con desplazamiento de la posesión como prenda sin desplazamiento generó cierta confusión en el mercado financiero y conllevó que la Asociación Española de Banca (AEB) y la Confederación Española de Cajas de Ahorro (CECA) elevaran consultas a la Dirección General de los Registros y del Notariado en torno a la interpretación que se podría dar a dicho precepto a la luz de la normativa ya existente, con la finalidad (entre otros) de valorar si podía inferirse una eventual pretensión del legislador en torno a la unificación de las garantías prendarias en materia de derechos de crédito en una única figura.

Ello fue resuelto mediante la Resolución de la DGRN de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008/809), disponiendo -frente a los que sostenían que la prenda ordinaria de créditos debía ser inscrita en el Registro de Bienes Muebles para que surtiera efectos frente a terceros- que *“de ese modo, convivirán dos tipos de prenda: la ordinaria en la que la desposesión del crédito se efectúa por la notificación y la prenda sin desplazamiento en la que la desposesión se efectúa por su publicidad registral”*. Y que en caso de concurrencia entre una prenda ordinaria y otra sin desplazamiento sobre el mismo objeto afirma que *“en el caso de que se constituya una prenda sin desplazamiento sobre un crédito previamente pignorado con una prenda ordinaria, si la fecha de éste consta en un instrumento público y es anterior a la de la inscripción, prevalecerá la prenda con desplazamiento u ordinaria”*.

Según IGLESIAS BRAGADO y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹⁷⁸, la anterior postura no parece del todo conforme con la literalidad de la Ley Concursal, por no

“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 a 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”.

¹⁷⁸ IGLESIAS BRAGADO, Carmen y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Leonardo. *“El nuevo marco de la prenda de créditos: Ficción o realidad. Algunas observaciones a propósito de la Disposición Final Tercera de la Ley 41/2007 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2008”*. Revista de Derecho del Mercado de Valores (RDMV). Año 2008, Número 3. Pág. 383. ISSN: 1888-4113.

exigir ésta documento público, sino fecha cierta. Así, citando a PÉREZ DE MADRID CARRERAS el privilegio concursal de la prenda sin desplazamiento *“deriva de la fecha de inscripción, que es cuando se constituye la prenda sin desplazamiento y no del documento público, como parece sugerir la DGRN”*.

Reproduciendo literalmente los términos de dicha Resolución, *“el sentido de la reforma es muy simple: abrir la posibilidad a que se pueda constituir prenda sin desplazamiento de créditos, más en modo alguno impedir, limitar o menoscabar la posibilidad de prenda ordinaria de tales créditos; y sin que la posibilidad de pignorar créditos sin desplazamiento implique un mejor trato concurrencial a dicha garantía por el hecho de su reflejo tabular, que a la misma prenda ordinaria o con desplazamiento de posesión”*.

Tras la Resolución de la DGRN, los acreedores financieros continuaron utilizando, por regla general, la prenda ordinaria o con desplazamiento. *“En primer lugar, porque la legislación concursal de aquellos momentos no distinguía ni otorgaba preferencia a ninguno de los tipos de prenda, más allá de lo señalado en el apartado anterior. Y, en segundo lugar, porque era un tipo de prenda más ágil y menos costosa de constituir”*¹⁷⁹.

No obstante, dicha tendencia volvió a modificarse a raíz de la reforma de la Ley Concursal operada por la Ley 38/2011, de 10 de octubre, que únicamente consideraba créditos con privilegio especial (en garantía de créditos futuros) *“cuando la prenda estuviera inscrita en un registro público con anterioridad a la declaración del concurso”*¹⁸⁰.

¹⁷⁹ MENCHÉN CALVO, Javier, TARRAGONA FERNÁNDEZ, Elena y PÉREZ SANZ, Cándido. *Op. Cit.* Pág. 173.

¹⁸⁰ Artículo 90.1.6º Ley Concursal (según reforma Ley 38/2011, de 10 de octubre). 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. 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”*.

Dicha reforma, que algunos no han dudado en considerar “*absurda*” o “*error de bulto*”¹⁸¹, generó asombro profundo y generalizado, creándose dos líneas de opinión, valorándose si -en línea de lo apuntan GELI FERNÁNDEZ Y COLLDEFORNS PAPIOL- la misma debía referirse y circunscribirse a la “*prenda de créditos*”, o bien a la “*prenda en garantía de créditos*”¹⁸², debate existente desde la Propuesta de Anteproyecto de Ley de reforma de 29 de mayo de 2010.

En la Propuesta de Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal de 29 de mayo de 2010 estaba presente el uso de la expresión “*en garantía de*”. Dicho redactado fue sufriendo modificaciones en el primer Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal de 16 de diciembre de 2010, acordándose un redactado prácticamente definitivo en el Anteproyecto de Ley de Reforma de la Ley Concursal de 18 de marzo de 2011¹⁸³.

Existen, no obstante, algunas aportaciones en el marco del proceso de reforma que parecen abonar la idea de que se estaba pensando, efectivamente, en la prenda “*sobre*” créditos futuros. Una de ellas es la intervención del profesor SASTRE PAPIOL, que fue ponente del Proyecto de Ley de Reforma¹⁸⁴; en referencia a la modificación del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, SASTRE PAPIOL indica que a partir de ahora “*los créditos futuros que nazcan después de la declaración del concurso*

¹⁸¹ GARCÍA VICENTE, José Ramón. “*La prenda de créditos futuros en el concurso*”. Anuario de Derecho Concursal (ADCon). Año 2006, Número 9. Págs. 51 y ss. ISSN: 1698-997X.

¹⁸² GELI FERNÁNDEZ PEÑAFLO, Eduardo y COLLDEFORNS PAPIOL, Eloi. “*La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal*”. InDret (Revista para el Análisis del Derecho). Año 2012, Número 3. Pág. 6. ISSN: 1698-739X.

¹⁸³ GELI FERNÁNDEZ PEÑAFLO, Eduardo y COLLDEFORNS PAPIOL, Eloi. *Op. Cit.* Págs. 8 y ss.

“*En el Anteproyecto de 18 de marzo de 2011, el texto original de la reforma ya aparecía en el número 6º del artículo 90.1 LC, donde se quedaría con carácter definitivo, dejando intacto el apartado 2 de dicho artículo. Por contra, el Gobierno no atendió las peticiones de la CECA en cuanto a la redacción del precepto, si bien estas no pasaron completamente desapercibidas (...)*”.

¹⁸⁴ SASTRE PAPIOL, Sebastián. “*Mesa y Portavoces Comisión de Justicia y Ponentes del Proyecto de Ley Concursal*”, en “*Materiales de la Reforma Concursal (2009-2011)*”. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén (Coord.). 1ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012. Pág. 479. ISBN: 978-84-9004-598-5.

se integrarán en la masa activa". La referencia a la integración en la masa activa creemos que permite entender que se está refiriendo a los créditos futuros como objeto de la prenda (prenda sobre créditos), y no como obligación garantizada.

En cualquier caso y ante la posible interpretación que pudieran hacer los tribunales y administradores concursales sobre la aplicación del artículo 90.1.6º, los acreedores financieros comenzaron a utilizar la prenda sin desplazamiento para aquéllos supuestos en los que se podían afectar derechos de crédito futuros.

Con todo, la doctrina se posicionó rápidamente en contra de la aplicación del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal en dichos términos.

ARA TRIADÚ¹⁸⁵ lo calificó como "*sobregarantía*", y PANTALEÓN PRIETO y GREGORACI FERNÁNDEZ¹⁸⁶ incluso sugerían hacer una "*interpretatio abrogans*" de la oración final del art. 90.1.6º, estimando que la inscripción registral no debiera atribuir privilegio alguno.

Afortunadamente, las discusiones sobre el privilegio concursal quedaron superadas mediante la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que a través de su Disposición Final Quinta, que modificó nuevamente el artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, otorgando la misma protección en caso de concurso tanto a prenda ordinaria como a la prenda sin desplazamiento¹⁸⁷.

¹⁸⁵ ARA TRIADÚ, Carlos. "*La sobregarantía y la eficacia de la prenda de créditos futuros en el concurso. Un nuevo debate a propósito de la Ley 38/2011*", en "*La reintegración de la masa*". Congreso de Antequera. IV Congreso español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía (19 a 21 de abril de 2012). BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique (Dir.). 2012. Pág. 436. ISBN: 978-84-470-4016-2.

¹⁸⁶ PANTALEÓN PRIETO, Fernando y GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz. "*El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros*", en "*Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*". Tomo II. DÍEZ-PICAZO, Luis (Coord.). 1ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2014. Pág. 2472 y ss. ISBN: 978-84-9059-303-5.
"*Una norma, por cierto, que no distinga en modo alguno entre prendas inscritas y no registradas ni, todavía menos, entre prendas notificadas y no notificadas al deudor del crédito pignorado*".

¹⁸⁷ Disposición Final Quinta la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.

"*El punto 6º del apartado 1, del artículo 90 queda redactado como sigue: 6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados*

2.4.5. La Prenda sin Desplazamiento “Sucesiva” y la “Subprenda” sin Desplazamiento

En esta materia ha habido una evolución muy positiva de nuestra legislación.

Inicialmente dichas posibilidades estaban expresamente prohibidas en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de la Posesión, cuya Exposición de Motivos se refería a la posibilidad de hipotecar o pignorar bienes previamente hipotecados o embargados como “situaciones jurídicas especiales”¹⁸⁸.

Lo anterior tenía reflejo en el artículo 2 de dicha normativa, que disponía lo siguiente:

“No podrá constituirse hipoteca mobiliaria ni prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados, pignorados o embargados, o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho, excepto en el caso de que se constituya la hipoteca o la prenda en garantía del precio aplazado”.

Mediante la Disposición Final Tercera de la Ley 41/2007, la prohibición fue superada, permitiéndose la constitución de hipoteca mobiliaria o prenda sin

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”.

¹⁸⁸ Exposición de Motivos Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (*Disposiciones Comunes*).

“(…) se ha creído conveniente no admitir la posibilidad de hipoteca o de prenda sin desplazamiento de bienes que, pudiendo serlo por su naturaleza, se hallan en situaciones jurídicas especiales; así ocurre con los bienes anteriormente hipotecados, pignorados o embargados, y con las cuotas indivisas de aquéllos. Aunque, en principio, no existe inconveniente teórico para admitirlas, se ha estimado que, desde un punto de vista práctico, debían excluirse, con el fin de dar a la nueva institución la mayor sencillez y seguridad posibles y evitar situaciones que conducirían a colisiones de derechos y que en el momento de la ejecución crearían un confusiónismo perjudicial para el buen desarrollo de ambas”.

“Al mismo fundamento obedece la prohibición de la subhipoteca y la de constituir prenda sin desplazamiento sobre bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria que se recogen más adelante”.

desplazamiento sobre bienes ya hipotecados o pignorados o incluso sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda¹⁸⁹, quedando dicho artículo en los siguientes términos:

“Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar.

También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho”.

Se mantenía, no obstante, la prohibición contenida en el artículo 55 de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, no permitiendo la constitución de prenda sin desplazamiento sobre bienes ya hipotecados, ni prenda ordinaria sobre bienes que se hallen pignorados bajo la modalidad de prenda sin desplazamiento.

Se trata de una reforma de alcance exclusivamente registral, que a nuestro entender homologaría los principios garantías sucesivas aceptados en sede hipotecaria a la prenda sin desplazamiento.

Parte de la doctrina se cuestiona los peligros que puede comportar la aparición de un tercer adquirente protegido, y creemos que si bien a dichas razones ya acudía en 1954 la Exposición de Motivos de dicha ley cuando se refería a *“evitar situaciones que conducirían a colisiones de derechos”*, considerando la publicidad general otorgada por el Registro de Bienes Muebles, parece que dichos supuestos debieran ser la excepción más que la regla general.

¹⁸⁹ Preámbulo Ley 41/2007 (VII).

“Asimismo, se establece un marco adecuado que permitirá la posibilidad de movilización de los créditos o préstamos garantizados con primera hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento”.

Dicho lo anterior, hay un elemento que no compartimos de la anterior reforma, que es el elevar a carácter de regulación normativa un pacto privado habitual entre las partes, como puede ser el pacto de no cedibilidad o no pignorabilidad.

CARRASCO PERERA¹⁹⁰ es muy claro y afirma con contundencia que “*una norma no puede pretender regular la validez sustantiva de una prenda sin desplazamiento*”, razonamiento que compartimos.

Finalmente, apuntar que el Capítulo V analizaremos dichas posibilidades respecto a una prenda ordinaria con desplazamiento de la posesión, ámbito en el que atendiendo a la no existencia de un Registro que otorga publicidad deberemos de valorar temas relativos a la acreditación del desplazamiento de la posesión o los acuerdos que debieran tomar los distintos acreedores en la propia prenda en cuanto a la ejecución.

2.4.6. La Prenda sin Desplazamiento “Flotante”

Pero para el objeto de nuestro estudio lo más interesante es determinar si la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento altera el principio de especialidad tanto respecto al crédito garantizado como al objeto dado en prenda.

En cuanto al objeto dado en prenda, a diferencia de la hipoteca mobiliaria, que establece dicho principio imponiendo en su artículo 14 la división del crédito cuando se hipotequen varios objetos¹⁹¹, en la prenda sin desplazamiento no sólo no existe esta disposición, sino que en la mayoría de los casos parece incluso imposible practicar esta distribución de responsabilidad, estableciéndose como bienes sobre los cuales se puede establecer prenda sin desplazamiento (y sin necesidad de distribuir la responsabilidad entre los mismos) los siguientes (que estarían más próximos a universalidades que a bienes individualmente identificables):

¹⁹⁰ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. *Op. Cit.* Tomo II, Edición 2015. Pág. 360.

¹⁹¹ Artículo 14 Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. “*En la hipoteca conjunta de varios establecimientos mercantiles, vehículos de motor, vagones, tranvías, aeronaves o derechos de propiedad intelectual o industrial, deberá distribuirse entre ellos la responsabilidad real por principal, y en su caso, por intereses y costas*”.

- Los frutos pendientes y cosechas esperadas (art. 52, 1º);
- Los frutos separados o productos de dichas explotaciones (art. 52, 2º), estén almacenados o no;
- Los animales, así como sus crías y productos (art. 52, 3º);
- Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones (art 52, 4º) (se refiere a maquinaria sin un número de identificación; caso de ser fácilmente identificables se incluyen en el art. 53, 1º y aunque podría exigirse la distribución, tampoco la exige);
- Las mercaderías y materias primas almacenadas (art. 53, 2º); y
- Las colecciones de objetos de valor artístico e histórico (art. 54); más allá que permite la pignoración de objetos individualizados, cuando forman parte de una colección no exige ninguna valoración individual de los mismos.

Esta alteración del principio de especialidad en cuanto al objeto (al referirse a universalidades), ¿puede darse también sobre el crédito garantizado, permitiendo que se garanticen varios créditos más o menos unitarios sin distribución?

Ante el silencio normativo, acudimos a las **Resoluciones de la DGRN de 2 de enero de 2013 (La Ley 1984/2013) y 3 de enero de 2013 (La Ley 3255/2013)**¹⁹² de contenido análogo, por no decir idéntico, relativas a la constitución de una garantía de prenda sin desplazamiento en garantía de obligación futura, de las cuales extractamos su razonamiento en torno al concepto de “conexión causal” para justificar la posibilidad de garantizar una pluralidad de obligaciones. Véanse a continuación los siguientes párrafos, presentes en las dos Resoluciones, a nuestro juicio suficientemente expresivos por sí mismos:

¹⁹² BOE nº 33 de 7 de febrero y nº 39 de 14 de febrero, respectivamente.

“En este sentido cabe admitir la constitución de una única hipoteca -y lo mismo ha de entenderse respecto del derecho de prenda- como cobertura de distintas obligaciones cuando éstas tienen conexión causal entre sí o relación de dependencia recíproca, de unas respecto de otras. No lo impide la aplicación del principio de especialidad ni el de accesoriadad de la hipoteca y de la prenda, siempre que las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores y la hipoteca constituida quede enlazada con esas distintas obligaciones, de suerte que aquélla quede debidamente supeditada a éstas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad (cfr. Resoluciones de 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 y 17 de marzo y 24 de abril de 2008).

Ahora bien, además de cumplirse las premisas señaladas (conexión causal, dependencia recíproca, definición de las obligaciones en sus aspectos definidores y enlace o vinculación entre las distintas obligaciones y la hipoteca, quedando ésta supeditada a aquellas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad), cuando esas diversas obligaciones garantizadas mediante una relación hipotecaria de carácter unitario no estén sometidas al mismo régimen jurídico y tengan distinto título para conseguir su efectividad hipotecaria además será necesario, según reiterada doctrina de este Centro Directivo, «por exigencias de determinación del derecho real constituido -artículos 9 y 12 de la Ley Hipotecaria-, establecer separadamente la cantidad que respecto de cada obligación cubrirá la garantía» (cfr. Resoluciones de 14 febrero y 15 de marzo de 1935, 26 y 31 de octubre de 1984, 20 de mayo y 23 y 26 de octubre de 1987, 1 de junio y 26 de septiembre de 2006 y 17 de marzo y 24 de abril de 2008)”.

En relación con lo anterior, destacamos que la DGRN parece admitir la constitución de una única hipoteca -también prenda sin desplazamiento- como cobertura de distintas obligaciones cuando éstas tienen conexión causal entre sí o relación de dependencia recíproca de unas respecto de otras. Siendo así, los principios de especialidad y de accesoriadad no se verían afectados, siempre que: (i) las distintas obligaciones estén determinadas en sus aspectos definidores, (ii) la garantía (hipoteca o prenda sin desplazamiento) quede enlazada con esas distintas obligaciones y supeditada a estas en su nacimiento, vigencia y exigibilidad, y (iii) las obligaciones garantizadas

estén sometidas a un mismo régimen jurídico y tengan un mismo título para conseguir su efectividad hipotecaria o prendaria.

En el caso enjuiciado no se dan estas condiciones puesto que no existe un único acto o contrato básico del que puedan surgir las futuras obligaciones, sino que las relaciones jurídicas existentes de las que podrían derivarse las obligaciones futuras garantizadas serían los afianzamientos pactados en dos pólizas de préstamo y una de crédito, por tanto con distintos regímenes jurídicos propios de las diferentes modalidades contractuales pactadas, distintas fechas de constitución y de vencimiento, y distintos acreedores financieros, de ahí que dichas eventuales excepciones se desestimen al caso concreto.

No obstante lo anterior, destacaríamos el carácter innovador de dichas resoluciones, que parte de la doctrina se refiere a ellas como las “*relativas a prendas sin desplazamiento “flotantes”*”¹⁹³.

2.5. LA PRENDA CATALANA

2.5.1. Normativa

Las garantías reales mobiliarias se encuentran actualmente reguladas para el ámbito territorial catalán en la Ley 5/2006, de 10 de mayo, que aprueba el Libro V del Código Civil de Cataluña.

El *Parlament de Catalunya* ha legislado abundantemente sobre el tema, habiendo promulgado hasta 3 leyes en un lapso temporal no muy extenso, teniendo como antecesoras la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble y la Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía.

Como señala MARSAL GUILLAMET¹⁹⁴ en estas sucesivas regulaciones “*se puede observar perfectamente la fungibilización experimentada por el objeto del*

¹⁹³ AZOFRA VEGAS, Fernando. *Op. Cit.* Tesis Doctoral “*La Hipoteca Flotante*”. Pág. 112.

derecho real de prenda” en línea contraria a la del Código Civil. Para dicho autor, “*la peculiaridad de la regulación de la prenda sobre objetos fungibles catalana es que no provoca la constitución de una prenda irregular, porque tal como expuso LAUROBA LACASA se trata de una fungilidad asimétrica ex conventione*”¹⁹⁵.

Si bien las tres regulaciones antes mencionadas, con sus particularidades, presentan una misma base y sustrato, la **Ley 22/1991 de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble** debe ser especialmente destacada, ya que es la que introduce una regulación propia y diferenciada a la prenda respecto al Código Civil.

Dicha Ley 22/1991, más joven que el Código Civil, estableció una serie de medidas dirigidas a dotar a la garantía de una mayor funcionalidad práctica.

Como señala GIMÉNEZ DUART¹⁹⁶, “*aparte de una regulación de la ejecución de la prenda (art. 14) mucho más detallada que su equivalente del CC (art. 1872) contiene dos importantes novedades:*

- La llamada “*prenda flotante*” como subtipo de la prenda de máximo (art. 9.3);
- y
- La “*prenda de cartera*”, como subtipo de la prenda de cosas fungibles (arts. 11.3 y 12.2)”.

Para dicho autor, tanto la prenda de máximo como la prenda de cosas fungibles “*son instrumentos perfectamente posibles en Derecho común* (opinión contraria la antes

¹⁹⁴ MARSAL GUILLAMET, Joan. “*Las prendas flotantes. Un término polisémico*”, en “*Garantías reales mobiliarias en Europa*”. LAUROBA LACASA, M^a Elena y MARSAL GUILLAMET, Joan (Eds.). Madrid: Editorial Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales), 2006. Pág. 355. ISBN: 978-84-9768-401-9.

¹⁹⁵ MARSAL GUILLAMET, Joan. *Op. Cit.* Pág. 356.

¹⁹⁶ GIMÉNEZ DUART, Tomás. “*Consideraciones en torno a la Ley Catalana 22/1991, de garantías posesorias sobre cosa mueble, y a sus implicaciones con el Código Civil*”, en “*El Futur del Dret Patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*”. València: Universitat de Girona i Tirant lo Blanch, 2000. Pág. 411. ISBN: 978-84-8442-060-4.

señalada de MARSAL GUILLAMET), en cambio la admisibilidad de la “prenda flotante” y de la “prenda de cartera”, es ya mucho más discutido en este ámbito”¹⁹⁷.

El Preámbulo o Exposición de Motivos¹⁹⁸ de dicha Ley enfatiza dichas dos novedades, al decir:

“En aquest sentit, es regula la penyora en la qual l’objecte donat en garantia respon fins a una quantia màxima, fixada en el moment de la seva constitució, d’una o més obligacions que es contreguin entre el mateix creditor i el mateix deutor, de manera simultània o successiva, i fins i tot quan se’n desconegui l’import, durant un període de temps convingut.

Així mateix, es regula la penyora de coses fungibles. Aquesta figura té com a base el pas del concepte de "penyora d’objecte" al de "penyora de valor". Això significa la possibilitat de substituir la totalitat o una part de les coses donades en penyora per d’altres de la mateixa espècie i qualitat, sempre que s’hagués pactat expressament, la qual cosa implica el manteniment de la garantia.

Aquesta regulació té una transcendència especial en el cas de la penyora d’un conjunt o paquet de valors, com ara accions, obligacions, bons, crèdits o efectes en general, operació freqüent en el tràfic jurídic actual”.

¹⁹⁷ GIMÉNEZ DUART, Tomás. *Op. Cit.* Pág. 412.

¹⁹⁸ Exposición de Motivos Ley 22/1991.

T.d.A.: *“En este sentido, se regula la prenda en la cual el objeto dado en garantía responde hasta una cantidad máxima, fijada en el momento de su constitución, de una o más obligaciones que se contraigan entre el mismo acreedor y el mismo deudor, de manera simultánea o sucesiva, incluso cuando se desconozca su importe, durante un período de tiempo convenido.*

Asimismo se regula la prenda de cosas fungibles. Esta figura tiene como base el paso del concepto de “prenda objeto” al de “prenda de valor”. Esto significa la posibilidad de sustituir la totalidad o una parte de las cosas dadas en prenda por otras de la misma especie y calidad, siempre que se haya pactado expresamente, lo cual implica el mantenimiento de la garantía.

Esta regulación tiene una especial transcendencia en el caso de prenda de un conjunto o paquete de valores, como pueden ser acciones, obligaciones, bonos, créditos o efectos en general, operación frecuente en el tráfico jurídico actual”.

Tenemos pues, desde los inicios de la regulación catalana, la posibilidad de constituir dos tipos de prenda que no caben en el Código Civil: la prenda flotante (o prenda que garantiza diversas obligaciones) y la prenda de cosas fungibles (singularmente la de una cartera de valores). Significan ambas, una derogación del principio de especialidad en la prenda que mantiene el Código Civil y la Dirección General de los Registros y del Notariado, y por si hubiera alguna duda, posteriormente el Preámbulo de la Ley 19/2002 de Derechos Reales de Garantía declara explícitamente que se elimina el principio de especialidad en la prenda¹⁹⁹.

2.5.2. La Prenda “Flotante”

A diferencia de la prenda convencional, en la “prenda flotante” ya no se garantiza una obligación (presente, condicional o incluso futura), sino una “pluralidad de obligaciones”²⁰⁰, que pueden tener diferente causa y diferente origen y que, pese a ello, se aseguran con “una sola prenda”²⁰¹.

Fue regulada inicialmente en el artículo 9.3 de la **Ley 22/1991**²⁰², que dispone:

¹⁹⁹ Ley 19/2002 (Preámbulo).

“S’elimina el principi d’especialitat a la penyora. Cal tenir en compte que, en un sistema de publicitat que es basa principalment en la possessió i, de manera secundària, en l’existència d’un instrument públic, el principi d’especialitat pot ésser de difícil concreció a la pràctica. En aquest sentit, la distribució de responsabilitat entre els diferents objectes donats en penyora ha d’ésser merament voluntària, en comptes de venir imposada per la Llei”.

T.d.A.: *“Se elimina el principio de especialidad en la prenda. Hay que tener en cuenta que, en un sistema de publicidad que se basa principalmente en la posesión y, de forma secundaria, en la existencia de un instrumento público, el principio de especialidad puede ser difícil de concreción en la práctica. En este sentido, la distribución de responsabilidad entre los distintos objetos dados en prenda debe ser meramente voluntaria, en vez de venir impuesta por la Ley”.*

²⁰⁰ GIMÉNEZ DUART, Tomás. *Op. Cit.* Pág. 413.

MARSAL GUILLAMET, Joan. *Op. Cit.* Págs. 359 y 360.

Ambos autores señalan que si bien algunos utilizan la denominación de “flotante” cuando lo indeterminado es el objeto de la garantía, ellos la reservan para *“la flotación de las obligaciones garantizadas con prenda”*; según MARSAL GUILLAMET dicha tesis sería sostenida también por CARRASCO PERERA, CARRETERO GARCÍA y DEL POZO Y TORMO.

²⁰¹ GIMÉNEZ DUART, Tomás. *Op. Cit.* Pág. 414.

²⁰² Artículo 9.3 de la Ley 22/1991.

“Tanmateix, la penyora pot garantir diverses obligacions ja contraetes o a contreure en forma simultània o successiva entre el mateix deutor i el mateix creditor, durant un període de temps i per una quantia màxima convinguts”.

Son, pues, tres los requisitos para la admisión de la misma, que se repiten en casi idénticos términos en la **Ley 19/2002** de Derechos Reales de Garantía (artículo 13.3):

- Que se trate de obligaciones garantizadas entre un mismo deudor y un mismo acreedor;
- Que se establezca el período máximo durante el cual puedan generarse las citadas obligaciones; y
- Que se fije un límite máximo de responsabilidad garantizada.

No obstante, el **Libro V del Código Civil de Cataluña** de 2006 aunque aparentemente regule un régimen similar al de sus antecesores, introduce las siguientes matizaciones en sus artículos 569-14.2 y en el artículo 569-15.1²⁰³.

El primero de ellos, relativo a las obligaciones garantizables con prenda dispone que: *“la penyora pot garantir obligacions de les quals es desconeix l'import en el moment de constituir-la. En aquest cas, s'ha de determinar la quantitat màxima que garanteix”*. Y el segundo, relativo a la pluralidad de prendas e indivisibilidad declara que *“un bé empenyorat no es pot tornar a empenyorar, llevat que sigui a favor dels mateixos creditors i es distribueixi la responsabilitat de les obligacions garantides”*.

T.d.A.: *“Asimismo, la prenda puede garantizar varias obligaciones ya contraídas o por contraer en forma simultánea o sucesiva entre el mismo deudor y el mismo acreedor, durante un período de tiempo y por una cuantía máxima convenidos”*.

²⁰³ Artículo 569-14.2 Libro V Código Civil de Cataluña.

T.d.A.: *“la prenda puede garantizar obligaciones de las que se desconoce el importe en el momento de su constitución. En este caso, debe determinarse la cantidad máxima que garantiza”*.

Artículo 569-15.1 Libro V Código Civil de Cataluña.

Por lo anterior, el régimen relativo a la “prenda flotante” en la normativa actualmente vigente en Cataluña quedaría regulado de la siguiente manera:

- Que se trate de obligaciones garantizadas ante un mismo acreedor (ofreciéndose una mayor flexibilidad respecto a regímenes anteriores, no haciéndose referencia a la unidad de deudor);
- Que se establezca un límite máximo de responsabilidad garantizada (no haciéndose referencia al período máximo durante el cual puedan generarse las citadas obligaciones); y
- Que se distribuya la responsabilidad garantizada (novedad del Libro V del Código Civil de Cataluña).

De los anteriores requisitos, si bien la necesidad de establecer un límite máximo de responsabilidad garantizada ha estado presente en todas las regulaciones de prenda en Cataluña, nos sorprende que en la regulación vigente contenida en el Libro V de Código Civil se haya eliminado las referencias al período de duración, cuya finalidad no sería otra que acomodar la duración de la obligación garantizada a la duración de la obligación comercial.

No obstante, CARRASCO PERERA entiende que la protección ofrecida por el plazo sería una protección artificiosa, por cuanto *“la duración determinada no tendría otra función, perversa, que la de excluir el derecho de desistimiento, que en otro caso hubiera correspondido al deudor”*²⁰⁴.

Respecto a la necesidad de unidad de acreedor conjuntamente con la necesidad de distribuir la responsabilidad garantizada, entendemos estaría íntimamente relacionado con la prohibición de las prendas sucesivas, prohibición que ha estado

T.d.A.: *“un bien pignorado no puede volverse a pignorar, salvo que sea a favor de los mismos acreedores y se distribuya la responsabilidad de las obligaciones garantizadas”*.

²⁰⁴ CARRASCO PERERA, Ángel y CARRETERO GARCÍA, Ana. *“El derecho de prenda en la Ley 19/2002, de Cataluña, de Derechos Reales de Garantía”*. Revista Jurídica de Catalunya (RJC). Año 2003, Número 4, Volumen 102. Pág. 987. ISSN: 1575-0078.

presente desde la primera regulación de la prenda en Cataluña; así, la artículo 10.1 de la Ley 22/1991 rezaba -sin apenas ofrecer excepciones- que *“una cosa pignorada no es pot tornar a pignorar”*²⁰⁵.

En línea con lo manifestado por CARRASCO PERERA, entendemos esa restricción obedece a *“las dificultades de gestionar la fase de seguridad y la fase de garantía de dos prendas posesorias sucesivas”*²⁰⁶, tanto en cuanto a temas de desplazamiento posesorio como en sede de ejecución.

Dicho lo anterior y como apunta HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, debe advertirse que, *“en la práctica, poco se ha avanzado en la solución de este problema, sobre todo si tenemos en cuenta los procesos de (re)financiación en los que participan varias entidades financieras, dada la imposibilidad práctica de cumplir con, al menos, uno de tales requisitos”*²⁰⁷.

Apuntar no obstante que todos estos temas serán objeto de análisis en profundidad en el Capítulo relativo a las garantías flotantes y las alternativas utilizadas actualmente en el mercado con la finalidad de lograr tal efecto.

2.5.3. Conclusiones. Breves apuntes sobre el ámbito de aplicación de la ley

La legislación catalana sobre la prenda permite afirmar que al eliminar el principio de especialidad, en sus dos aspectos de exigencia de *“unidad de obligación garantizada”* y de *“individualización y determinabilidad del objeto”* en sentido totalmente contrario al del Código Civil, es un preludio a algunas de las cuestiones que en este estudio se abordan.

²⁰⁵ Artículo 10.1 de la Ley 22/1991.

T.d.A.: *“una cosa pignorada no se puede volver a pignorar”*.

²⁰⁶ CARRASCO PERERA, Ángel y CARRETERO GARCÍA, Ana. *Op. Cit.* Pág. 989.

²⁰⁷ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Javier. *“Las prendas posesorias de rango sucesivo: una mirada a la prohibición de prendas sucesivas del Derecho Civil Catalán”*. Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Año 2011, Número 30 (Septiembre-Diciembre). Pág. 31. ISSN: 1578-956X.

El problema es lo limitado de su ámbito, el territorio sujeto al derecho catalán²⁰⁸ y la dificultad del punto de conexión para su aplicabilidad.

Tradicionalmente se han barajado cuatro posibles criterios legales -todos ellos con mayor o menor predicamento entre la doctrina- para dar respuesta a esta cuestión que nunca ha estado resuelta del todo²⁰⁹: (i) la ley que rige el crédito pignorado; (ii) la ley del domicilio del pignorante; (iii) la ley del domicilio del deudor del crédito pignorado; y (iv) la “*lex contractus*” aplicable al propio contrato de prenda.

El criterio más simple y parece el más extendido es el la “*lex res sitae*”, del artículo 10.1 del Código Civil y en este sentido se manifiesta CARRASCO PERERA²¹⁰.

En cambio GIMÉNEZ DUART²¹¹, al comentar la Ley 22/1991 de Garantías Posesorias sobre Cosa Mueble seguía un criterio mucho más amplio y en base al mismo artículo 10.1 del Código Civil, en sus números 5 y 10, afirmaba, también con rotundidad:

“Con tal de formalizar la prenda en Cataluña, con independencia de la vecindad que tengan las partes y del lugar de ubicación del objeto del pignus, cabe someterse voluntariamente a la Ley 22/1991, incluso en cualquiera de las modalidades (prenda flotante o prenda de cartera) no contempladas por los Códigos Civil y de Comercio”.

²⁰⁸ Artículo 111-3 Ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Código Civil de Cataluña (Territorialidad).

“El derecho civil de Cataluña tiene eficacia territorial, sin perjuicio de las excepciones que puedan establecerse en cada materia y de las situaciones que deban regirse por el estatuto personal u otras normas de extraterritorialidad”.

²⁰⁹ GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José. “*Assignment of claims in the Rome I Regulation: Article 14*”, en FERRARI, Franco y LEIBLE, Stefan (Eds.). “*Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*”. Munich: European Law Publishers, 2009. Págs. 217 a 249. ISBN: 978-3-86653-115-4.

²¹⁰ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. Tomo II. Editorial Aranzadi (Thomson Reuters). 2ª edición, 2008. Pág. 673. ISBN 978-84-8355-912-3.

²¹¹ GIMÉNEZ DUART, Tomás. *Op. Cit.* Págs. 419 y 420.

Señalar también a HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ²¹², que destaca la novedad introducida por del Real Decreto-Ley 5/2005 (que regula, entre otros, los acuerdos de compensación contractual y las garantías financieras), disponiendo en el apartado 3 del artículo 17 para las garantías financieras que la ley aplicable a la prenda de derechos de crédito será la ley que rige el crédito pignorado²¹³.

Al margen de las anteriores consideraciones, de acuerdo con el Reglamento Europeo conocido como Roma I²¹⁴, en particular, su artículo 3.1, las partes pueden pactar que el mismo se rija por la ley que tengan por conveniente, lo que acabaría y zanjaría el anterior debate.

No obstante y como señala ASENSIO BORRELLAS, la prenda no sólo es un contrato sino que también es un derecho real que se caracteriza por su eficacia frente a terceros, siendo esa “naturaleza real” del derecho “*lo que hace que las partes no puedan pactar el derecho o, en nuestro caso, el Código (catalán o común) aplicable a la misma y sea la norma conflictual correspondiente la que determine la legislación aplicable*”²¹⁵.

La solución al problema, en cuyo estudio no podemos entrar, es el que impide a la aplicación, en algunas ocasiones, de la legislación catalana, bien porque las partes voluntariamente acuerdan regirse por Código Civil, o bien porque existen dudas a la hora de determinar si el objeto de la prenda está en Cataluña.

²¹² HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Javier. *Op. Cit.* Pág. 30.

²¹³ Artículo 17.3 Real Decreto-Ley 5/2005.

“Cuando el objeto de garantía sean derechos de crédito, la ley aplicable a la eficacia frente al deudor o frente a terceros de la cesión o de la prenda será la que rige el crédito cedido o pignorado”.

²¹⁴ Artículo 3.1 Reglamento (CE) nº 593/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de junio de 2008 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales (Roma I).

“El contrato se regirá por la ley elegida por las partes. Esta elección deberá manifestarse expresamente o resultar de manera inequívoca de los términos del contrato o de las circunstancias del caso. Por esta elección, las partes podrán designar la ley aplicable a la totalidad o solamente a una parte del contrato”.

²¹⁵ ASENSIO BORRELLAS, Víctor J. *“Derechos Reales de Garantía y Garantías Posesorias (Retención, Prenda y Anticresis)”*. Colección Col.legi de Notaris de Catalunya. 1ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2015. Pág. 216. ISBN: 978-84-9086-030-4.

CAPÍTULO IV.

LA HIPOTECA FLOTANTE

1. CONSIDERACIONES PREVIAS

1.1. PROPÓSITO DE LA LEY 41/2007

La Ley 41/2007, de 7 de diciembre, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria introdujo importantes modificaciones en nuestro sistema hipotecario.

Dicha norma, que entró en vigor el día siguiente al de su publicación, viene a reformar gran parte del articulado de la Ley del Mercado Hipotecario (Ley 2/1981, de 25 de marzo), así como determinadas disposiciones de la Ley 2/1994, de 30 de marzo, sobre subrogación y modificación de los préstamos hipotecarios y de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, todo ello con el objetivo de dotar al mercado hipotecario español de unos niveles superiores de flexibilidad, sofisticación y eficiencia. Para ello, se introdujeron reformas relativas a las operaciones activas o de financiación efectuadas por las entidades de crédito (entre las cuales se encuentra la hipoteca flotante o global) y a las operaciones pasivas o de movilización de créditos y préstamos hipotecarios que las entidades llevan a cabo como mecanismo de refinanciación (flexibilizando el régimen aplicable a los títulos hipotecarios y estimulando la emisión de bonos hipotecarios).

En particular, se introdujeron nuevas figuras en el ordenamiento español como la hipoteca inversa o el seguro de dependencia, los requisitos mínimos de transparencia e información aplicables a las entidades de crédito en materia de contratación de préstamos y créditos hipotecarios, y el estatuto jurídico de las entidades de tasación, modificando también un buen número de disposiciones de carácter procesal, reformas todas ellas que si bien significativas pero que no son objeto de la presente.

En línea de lo anterior, en las declaraciones programáticas del preámbulo se hacía referencia a “*la modernización del régimen de protección mediante la búsqueda de una transparencia más efectiva, que permita a los prestatarios tomar sus decisiones en función del riesgo real de los productos*”, “*la mejora de los instrumentos de financiación*”²¹⁶ o “*alcanzar la neutralidad en el tratamiento regulatorio de los diversos tipos de créditos y préstamos hipotecarios ofertados en el mercado*”²¹⁷.

No obstante y como señala AZOFRA VEGAS en su Tesis Doctoral sobre la “Hipoteca Flotante”, detractores no le faltaron a esta Ley, recibiendo críticas muy afiladas especialmente en cuanto a dicha figura se refiere²¹⁸.

1.2. ARTÍCULO 153 BIS Y SITUACIÓN PRECEDENTE A LA LEY 41/2007

La Ley 41/2007 regula en su Capítulo IV (Mejora y flexibilización del mercado hipotecario) el artículo 11 (Modificación de la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946), cuyo apartado 4º dispone lo siguiente:

“Artículo 153 bis: También podrá constituirse hipoteca de máximo:

a) a favor de las entidades financieras a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario, en garantía de una o diversas obligaciones, de cualquier clase, presentes y/o futuras, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas,

b) a favor de las administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social, sin necesidad de pacto novatorio de los mismos.

²¹⁶ Ley 41/2007, Apartado I del Preámbulo.

²¹⁷ Ley 41/2007, Apartado V del Preámbulo.

²¹⁸ AZOFRA VEGAS, Fernando. *Op. Cit.* Tesis Doctoral “*La Hipoteca Flotante*”. Pág. 12, refiriéndose a:

DELGADO RAMOS, Joaquín. “*Cómo hundirse con una hipoteca flotante*”. La Gaceta de los Negocios, 15 de enero de 2008.

MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis. “*La hipoteca flotante*”. El Notario del Siglo XXI, número 17, enero-febrero 2008. Págs. 152 y ss. ISSN: 1885-009X.

CANALS BRAGE, Fernando. “*El incierto porvenir de la hipoteca en España (A propósito de algunos proyectos más o menos normativos)*”. Diario La Ley, 12 de abril de 2007. Pág. 1. ISSN: 1989-6913.

Será suficiente que se especifiquen en la escritura de constitución de la hipoteca y se hagan constar en la inscripción de la misma: su denominación y, si fuera preciso, la descripción general de los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las obligaciones garantizadas; la cantidad máxima de que responde la finca; el plazo de duración de la hipoteca, y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado.

Podrá pactarse en el título que la cantidad exigible en caso de ejecución sea la resultante de la liquidación efectuada por la entidad financiera acreedora en la forma convenida por las partes en la escritura.

Al vencimiento pactado por los otorgantes, o al de cualquiera de sus prórrogas, la acción hipotecaria podrá ser ejercitada de conformidad con lo previsto en los artículos 129 y 153 de esta Ley y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

En palabras de AZOFRA VEGAS, se supera en dicho artículo (nuevo 153 bis) y en escasos seis párrafos, *“toneladas de páginas escritas en artículos, recursos, resoluciones de la DGRN y alguna sentencia sobre la aplicación de los principios de accesoriedad, especialidad y publicidad al ámbito de la hipoteca global. No ha sido preciso modificar nada más. Y nuestro apreciado sistema hipotecario sigue en pie, sin desmoronarse como castillo de naipes, como vaticinaban algunos guardianes de la ortodoxia registral”*²¹⁹.

Otros, como CANLE FERNÁNDEZ hablan de “giro copernicano”²²⁰ en nuestro Derecho.

En definitiva, dándose cabida a la constitución de una única hipoteca en garantía de dos o más obligaciones, cualquiera que sea su naturaleza, incluso aunque no exista nexo alguno entre ellas, obliga a adaptar el rígido principio de accesoriedad cuya

²¹⁹ AZOFRA VEGAS, Fernando. *“Hipotecas Flotantes”*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2008, Número 707. Pág. 1181. ISSN: 0210-0444.

²²⁰ CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio. *“Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria”*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2011, Número 723. Pág. 306. ISSN: 0210-0444.

concepción clásica máxima era “una obligación-una hipoteca”²²¹, siendo ahora accesoria a “un conjunto de obligaciones garantizadas”.

No obstante, pese a lo novedoso de dicho precepto, el nombre de “flotante” ya había sido utilizado, no sólo por nuestra doctrina²²², sino también por la Dirección General de los Registros y del Notariado²²³, y concepto de flotabilidad de obligaciones podía incluso llegar a considerarse como un viejo conocido en nuestro ordenamiento. Más allá de que en la parte histórica ya nos hemos referido puntualmente a esta cuestión, vemos muy acertada las reflexiones de AZOFRA VEGAS en este sentido²²⁴, señalando a continuación las garantías que a su entender en mayor o menor medida podían llegar a ser identificadas como la hipoteca flotante (algunas de las cuales ya habían sido señaladas en el Capítulo anterior):

- Hipoteca general, hipoteca flotante general, hipoteca “*ómnibus*”. Se trata de una carga que gravita sobre todos los bienes inmuebles de un deudor, no sólo los presentes al tiempo de la constitución, sino incluso los futuros, en garantía de una o más obligaciones, ya presentes, ya futuras.
- Hipoteca de propietario. Hipoteca que gravita sobre un bien, en garantía de varias obligaciones del propietario (o un tercero), sin descripción individualizada de las obligaciones o con descripción vaga tales como “*cualquier pago que los acreditantes tuvieran con aquellos*”²²⁵; “*cuantas obligaciones surjan entre el deudor y el acreedor derivados de la actividad*

²²¹ Entre otros, ÁVILA NAVARRO, Pedro. “*La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)*”. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1990. Pág. 64 y ss. ISBN: 84-87262-09-0.

²²² REY PORTOLÉS, Juan Manuel. “*Hipoteca con cláusula de endowment. Hipoteca flotante*”, en Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1993. Pág. 136. ISBN: 84-87262-77-5.

²²³ El nombre de “flotante” se acuña a partir de la Resolución de la DGRN de 23 de diciembre de 1987 (RJ 1987/9722), y es el que con más frecuencia se ha utilizado por la doctrina para referirse a este tipo de hipotecas.

²²⁴ AZOFRA VEGAS, Fernando. *Op. Cit.* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Pág. 1183.

²²⁵ Resolución de la DGRN de 27 de julio de 1999 (RJ 1999/6083).

bancaria en general”; “obligaciones que tengan su causa en negocios u operaciones propias del tráfico de Bancos”²²⁶, “importe de los débitos que por cualquier concepto”²²⁷, “diversas operaciones crediticias”²²⁸, etc., de forma tal que es el propietario a quien cabe la selección de los créditos a los que se extiende el manto hipotecario.

- Hipoteca flotante pura. Hipoteca en garantía de diversas obligaciones, de cualquier tipo, presentes y/o futuras, sin necesidad de que exista nexo causal entre ellas, sin exigir, para su ejecución, la refundición de las varias obligaciones garantizadas en una única obligación mediante una novación extintiva a través de cuenta corriente o pacto de compensación que determine la pérdida de individualidad de las obligaciones separadas (y la extinción, en consecuencia, de cualquier otra garantía específica constituida en favor de aquéllas) y dejando al arbitrio del acreedor la selección de la obligación u obligaciones garantizadas que, encontrándose vencidas, determinan la ejecución del bien²²⁹.

- Hipoteca semi-flotante. Hipoteca sobre un bien en garantía de varias obligaciones, entre las que existe un nexo causal, y respecto de las que se produce, en beneficio y en contra de ambas partes, una novación de todas ellas en el saldo resultante de una cuenta corriente o de crédito, con pérdida de la individualidad de las obligaciones garantizadas así refundidas. Esta es la única que venía admitiendo la Dirección General de los Registros y del Notariado al amparo del 153 LH.

²²⁶ Resolución de la DGRN de 26 de noviembre de 1990 (RJ 1990/9333).

²²⁷ Resolución de la DGRN de 6 de junio de 1998 (RJ 1998/5226).

²²⁸ Resolución de la DGRN de 4 de julio de 1984 (RJ 1984/3851).

²²⁹ REY PORTOLÉS, Juan Manuel. *Op. Cit.* Pág. 136.

“(…) intentar revestir de garantía real a un elenco de obligaciones presentes y/o futuras que ligen a un sujeto (normalmente una entidad de crédito) con otro (normalmente de solvencia personal no muy fiable), con la doble pretensión de que la selección de las deudas que a la postre resulten garantizadas la efectúe el acreedor, y de que en ningún momento éstas sufran novación por refundición en el saldo de lo que no es más que una mera situación en la cuenta corriente contable entre aquellos dos sujetos”.

Asimismo, antes de la introducción del artículo 153 bis, la Dirección General de los Registros y del Notariado venía admitiendo la llamada “hipoteca global” con los siguientes requisitos²³⁰:

- Si quedan adecuadamente identificadas las distintas obligaciones;
- Si existe una relación jurídica básica o nexo entre las distintas obligaciones que se tratan de cubrir y se generen hasta el momento de la refundición en un único saldo, con alcance de novación extintiva, que agota su exigibilidad individualizada y, si ello no fuera así, se pacte expresamente al amparo del artículo 1204 del Código Civil o de la eficacia novatoria de su asiento en la cuenta corriente; y
- Siendo alguna de las obligaciones futuras, se exigía que *“en el momento de la constitución de la hipoteca exista una relación jurídica básica que vincule ya al deudor y que bien deje a la sola voluntad de una de las partes el nacimiento de la obligación asegurada con la hipoteca (...), o bien tal relación jurídica implique deberes respecto del posible acreedor cuya infracción de lugar precisamente al nacimiento de la concreta obligación asegurada”*²³¹.

En último lugar y más allá del amplio redactado final otorgado por la Ley 41/2007, resulta interesante exponer sucintamente los distintos redactados que fueron valorados en los diversos trámites parlamentarios hasta llegar al actual vigente:

- En el Anteproyecto de Ley de 27 de octubre de 2006²³² figuraba con una redacción sustancialmente similar a la actual, si bien requiriendo el pacto novatorio de las distintas obligaciones en la obligación final garantizada.

²³⁰ GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María. “La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2008, Número 707. Pág. 1246. ISSN: 0210-0444.

²³¹ Resolución de la DGRN de 17 de enero de 1994 (RJ 1994/239).

²³² Anteproyecto de Ley de modernización del mercado hipotecario, de regulación del régimen de las hipotecas inversas y del seguro de dependencia, aprobado por el Ministerio de Justicia en fecha 27 de octubre del 2006.

- En el Proyecto de Ley remitido por el Gobierno a las Cortes se excluía expresamente la necesidad de pacto novatorio.
- En el trámite ante el Congreso de los Diputados, retorna al texto la exigencia de pacto novatorio.
- Finalmente, en el trámite ante el Senado, con carácter previo a su definitiva aprobación, se retoma la exclusión expresa de la necesidad de pacto novatorio.

2. LA HIPOTECA FLOTANTE

2.1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS. MULTIPLICIDAD DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS

Mediante el artículo 153 bis, se admite la modalidad de hipoteca flotante “pura” o “plena”, mediante la cual es posible gravar un bien en garantía de obligaciones distintas, sean presentes o futuras, aunque carezcan de nexo causal entre ellas, sin que el hipotecante deba individualizar la parte de la responsabilidad hipotecaria total que garantiza cada obligación. Vencida alguna o algunas de las obligaciones garantizadas, podrá el acreedor, a su entera discreción, realizar el bien para satisfacción de todas, alguna o algunas de las obligaciones garantizadas vencidas, o de sólo una parte de ella(s), extinguiéndose en principio la hipoteca tras la ejecución (aunque alguna o algunas de las obligaciones garantizadas aún no hayan vencido).

Siguiendo a CARRASCO PERERA *“lo singular de la hipoteca flotante es que la cifra de responsabilidad hipotecaria sirve de garantía a una pluralidad de obligaciones, por ello se dice que la hipoteca «flota» entre las distintas obligaciones, por ser susceptible de asegurarlas indistintamente, sin fragmentación del máximo”*²³³.

²³³ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *“Tratado de los Derechos de Garantía”*. Op. Cit. Tomo I, Edición 2015. Pág. 853.

Por tanto, el elemento esencial de la hipoteca flotante sería, así, la “indiferenciabilidad”²³⁴ de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, que permitiría al acreedor dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas.

No existe condicionamiento alguno en cuanto a: (i) la naturaleza de las obligaciones garantizadas (“de cualquier clase”); (ii) ni en cuanto al número de las que pueden garantizarse (“varias”); (iii) ni en cuanto a su existencia al tiempo de constitución de la garantía, o a la posibilidad de combinarlas (“presentes y/o futuras”).

En palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como las obligaciones cubiertas pueden ser varias, no “*hace falta pactar novación alguna, ni refundir de ningún modo las múltiples obligaciones aseguradas en una sola*”²³⁵.

Incluso, siguiendo a CARRASCO PERERA, no exige el artículo 153 bis que las diversas obligaciones deban tener ninguna conexión causal, “*de modo que no es exigible el requisito, tan reiterado por la DGRN, consistente en que las diversas obligaciones aseguradas provengan de una relación jurídica común*”²³⁶.

Tampoco se exige la distribución de la responsabilidad hipotecaria entre los varios créditos garantizados, por lo que “*vencido alguno o algunos de ellos, el acreedor puede, a su libre arbitrio, realizar el bien hasta su total responsabilidad hipotecaria,*

²³⁴ AZOFRA VEGAS, Fernando. *Op. Cit.* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Pág. 1182.

²³⁵ Resolución de la DGRN de 23 de julio de 2014 (JUR 2014, 224769).

²³⁶ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. *Op. Cit.* Tomo I, Edición 2015. Pág. 877.
“*De hecho, hay que afirmar rotundamente que tal conexión causal no es exigible a las hipotecas flotantes, y ello aunque la DGRN, con posterioridad a la Ley 41/2007, haya continuado refiriéndose a la necesidad de que las diversas obligaciones aseguradas provengan de una relación jurídica común a toda la cobertura en garantía*”.

para la satisfacción de todas, algunas o alguna de las obligaciones garantizadas vencidas, o incluso de sólo una parte de ellas”²³⁷.

Lo anterior no implica en modo alguno que la hipoteca deje de ser accesoria, entendida dicha accesoria como relación entre la garantía hipotecaria y el incumplimiento de las obligaciones aseguradas, de suerte tal que si todas las obligaciones susceptibles de ser garantizadas son nulas, también lo será la hipoteca flotante.

En cuanto a los conceptos de “hipoteca de máximo” e “hipoteca flotante” creemos no pueden equipararse, *“en cuanto que la primera es una especie en la que está incluida la última*”²³⁸; esto es, una hipoteca flotante siempre será de máximo, pero, sin embargo, una hipoteca de máximo no necesariamente tiene que ser flotante, pues puede, por ejemplo, constituirse en garantía de una sola obligación presente pero de cuantía indeterminada.

Lo que en ningún caso es admisible es la indeterminabilidad del crédito garantizado, exigiéndose la determinación máxima de que responde la finca.

Intentando resumir todo lo aquí expuesto, acudimos nuevamente a CARRASCO PERERA, que dispone: *“pura flotabilidad que, como digo, ya permite el artículo 153 bis, pues sólo hay que determinar una cifra máxima garantizada y el modo de determinar el saldo final adeudado*”²³⁹.

2.2. BENEFICIARIOS DE LA HIPOTECA FLOTANTE

²³⁷ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel. *“Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación”*. Anuario de Derecho Concursal (ADCon). Año 2011, Número 22. Pág. 216. ISSN: 1698-997X.

²³⁸ SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz. *“Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario”*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2008, Número 707. Pág. 1246. ISSN: 0210-0444.

²³⁹ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *“Tratado de los Derechos de Garantía”*. Op. Cit. Tomo I, Edición 2015. Pág. 877.

El régimen es restrictivo. Sólo se permite hipoteca flotante en garantía de cualquiera de las entidades financieras indicadas en el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario (Ley 2/ 1981, de 25 de marzo)²⁴⁰ o de las Administraciones Públicas. Queda vedada, por tanto, la constitución de hipotecas flotantes en garantía de cualquier otro acreedor.

Según CANLE FERNÁNDEZ²⁴¹, las razones para el establecimiento de esta discriminación positiva en favor de las entidades financieras las ofrece el propio preámbulo de la Ley donde se justifica la restricción de esta modalidad desde el punto de vista activo “*a las entidades de crédito y no a cualquier acreedor, dada la especial normativa de supervisión a que están sometidas aquéllas*”. Sin embargo, ninguna referencia se contiene en la Exposición de Motivos respecto a las Administraciones Públicas como potenciales acreedores hipotecarios al amparo del artículo 153 bis.

Cualquier otra entidad que no sea “entidad de crédito” queda al margen de esta posibilidad, y entre ellas se pueden citar a los “*hedge funds*” (fondos de inversión alternativos o de gestión de activos), en todas sus modalidades, incluyendo los fondos de “*direct lending*” (crédito directo) y los fondos “*distressed*” (más conocidos como “fondos buitres”), que tan activos han estado en el mercado estos últimos años y siendo parte de llamado “sistema financiero en sombra”²⁴².

No se podrá, por tanto, autorizar una hipoteca flotante constituida en favor de un acreedor no bancario (esto es, cualquiera de los fondos antes mencionados). Surge, sin

²⁴⁰ Artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario.

“*Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:*

- a) los bancos y, cuando así lo permitan sus respectivos estatutos, las entidades oficiales de crédito,*
- b) las cajas de ahorro y la Confederación Española de Cajas de Ahorros,*
- c) las cooperativas de crédito,*
- d) los establecimientos financieros de crédito”.*

²⁴¹ CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio. *Op. Cit.* Pág. 312.

²⁴² MÍNGUEZ PRIETO, Rafael y BUIL ALDANA, Ignacio. “*Restricción crediticia, sistema financiero “en la sombra” y mercado distressed: una aproximación a sus principales aspectos regulatorios, legales y prácticos*”. Revista de Derecho del Mercado de Valores (RDMV). Año 2014, Número 14. Pág. 90. ISSN: 1888-4113.

embargo, la duda de la calificación que habría de dar a una hipoteca flotante constituida en favor de un acreedor bancario en garantía de una o más obligaciones en las que con posterioridad se subroga un acreedor no bancario o se ceden a éste.

Parecería que la inscripción de esa subrogación (o cesión de créditos) en el Registro de la Propiedad, por más que debiera ser consecuencia obvia del principio de accesoriedad de la garantía, chocaría con un argumento de legalidad derivado de la limitación subjetiva del acreedor hipotecario del 153 bis.

Según AZOFRA VEGAS, *“parece claro que no debería admitirse”*²⁴³. De la misma opinión es VALERO FERNÁNDEZ-REYES, manifestando que *“en el supuesto de que constituido e inscrito el contrato de hipoteca flotante a favor de las entidades del tipo examinando, se presente posteriormente una escritura de cesión del crédito o de subrogación por la vía del artículo 1211 del Código Civil, a favor de una entidad de las que no se encuentran habilitadas para ser titulares de la misma, entiendo que dicha cesión no será inscribible por identidad de razón con la regla de referencia”*²⁴⁴.

Otros, por el contrario, consideran que, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Hipotecaria²⁴⁵, la cesión será inscribible sin perjuicio de que el nuevo beneficiario al no ser de las entidades previstas en el artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria no tendrá el recurso excepcional a la certificación acreditativa de lo adeudado ni se beneficiará de la relajación de identificación de las obligaciones garantizadas.

Por nuestra parte, estando de acuerdo con el anterior razonamiento de AZOFRA VEGAS y VALERO FERNÁNDEZ-REYES, queremos destacar que, considerando la

²⁴³ AZOFRA VEGAS, Fernando. *Op. Cit.* Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Pág. 1204.

²⁴⁴ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel. *“La Hipoteca del Artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, denominada Flotante o Global”*. Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo, Nº 29. Colegio de Registradores de Madrid. Madrid, 8 de noviembre de 2010. <http://www.registradoresdemadrid.org/revista/29/Comentarios/LA-HIPOTECA-DEL-ARTICULO-153-BIS-DE-LA-LEY-HIPOTECARIA-DENOMINADA-FLOTANTE-O-GLOBAL-Por-Angel-Valero-Fernandez-Reyes.aspx>

²⁴⁵ Al entender que el artículo 12 de la Ley Hipotecaria permite con carácter general la constitución de una única hipoteca en garantía de varias obligaciones.

fuerte contracción del crédito que sufrió nuestro país desde el pasado 2007, no se puede obviar la presencia durante estos últimos años de estos fondos de inversión alternativa, los cuales han hecho operaciones de lo más diverso, desde financiar directamente a empresas a adquirir carteras de créditos fallidos (*“non-performing”*), entre otros, de préstamos hipotecarios, créditos sin garantía, deudas por tarjetas de crédito o incluso descubiertos en cuenta corriente.

¿Qué ocurre con las posibles hipotecas flotantes en garantía de todas esas operaciones? Muy probablemente en algunos casos dichas operaciones simplemente no se hayan llegado a formalizar, por el riesgo que supone la pérdida de la garantía asociada a la financiación, y en otros se habrán realizado acudiendo a mecanismos que permitan a tales fondos de inversión alternativa ser los beneficiarios económicos de las hipotecas aunque sin devenir los beneficiarios directos o reales de las mismas, objetivo que se puede intentar lograr mediante la formalización de contratos de sub-participación²⁴⁶ o incluso contratos entre acreedores (*“intercreditor agreement”*)²⁴⁷.

²⁴⁶ MÍNGUEZ PRIETO, Rafael y BUIL ALDANA, Ignacio. *Op. Cit.* Págs. 122 y 123.

“De conformidad con la sub-participación el cedente (acreedor original) cede su interés económico en el crédito a un tercero (partícipe), el cedente permanece como acreedor y titular legal del crédito, sin que el deudor y el partícipe se encuentran contractualmente vinculados por negocio jurídico alguno. Las relaciones jurídicas en virtud del esquema de la sub-participación son entre el deudor y el cedente-acreedor originario y entre el cedente-acreedor originario y el partícipe”. (...) “En derecho español la sub-participación se estructura como una sociedad interna entre el cedente (acreedor original) y el partícipe que tienen su fundamento legal en el artículo 1.696 CC sin perjuicio de que, en este caso concreto, el activo objeto del contrato de sociedad no sería la participación en una sociedad sino el crédito cedido. De conformidad con este régimen el tercero que participa ni adquiere una parte del crédito ni se crea una cotitularidad sobre el mismo, sino que el acreedor originario (cedente) sigue manteniendo la condición de acreedor (lender of record) y el derecho a percibir los flujos (y en su caso, los activos) correspondientes a su participación en la respectiva financiación, comprometiéndose a transferir al participante aquéllos a cambio de un precio”.

²⁴⁷ CAUSAPÉ RUIZ, Beatriz. *“Acquisition of distressed debt - Overview of distressed trading in selected jurisdictions (Spain)”*, en *“Investing in Distressed Debt in Europe: The TMA Handbook for Practitioners”*. BUIL ALDANA, Ignacio (Coord.). United Kingdom: Editorial Global Law and Business Ltd., 2016. Pág. 69. ISBN: 9781911078104.

“(...) funds will not be able to become mortgagors and would have to rely on the provisions of an intercreditor agreement, and as a consequence they may face the risk of not being recognized as holders of a privileged credit regarding the floating mortgage”.

T.d.A.: *“los fondos no podrán convertirse en acreedores hipotecarios y tendrán que confiar en los pactos que alcancen a través de contratos entre acreedores, y como consecuencia de ello asumirán*

2.3. CLÁUSULAS FINANCIERAS Y DE VENCIMIENTO ANTICIPADO

También en el Capítulo IV (Mejora y flexibilización del mercado hipotecario) de la Ley 41/2007, en concreto en el segundo párrafo de su artículo 11 se modifica la Ley Hipotecaria de 8 de febrero de 1946, quedando redactado su artículo 12 en los siguientes términos:

“Las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras de las obligaciones garantizadas por hipoteca a favor de las entidades a las que se refiere el artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario, en caso de calificación registral favorable de las cláusulas de trascendencia real, se harán constar en el asiento en los términos que resulten de la escritura de formalización”.

La práctica registral hasta dicha reforma había consistido en inscribir aquellas cláusulas que, a juicio del registrador correspondiente, merecieran la consideración de *“cláusula con trascendencia real”*, lo que acarreaba que la ejecución hipotecaria se efectuase sobre la base del contenido del asiento registral.

La disparidad de criterios entre los registradores (ello a pesar del intento de la Dirección General de los Registros y del Notariado de homogeneizar la cuestión a través de sus resoluciones) provocaba una situación de inseguridad que trató de resolver la Ley 41/2007.

Según RODRÍGUEZ PARADA²⁴⁸ supone *“la culminación de una evolución normativa tendente a la inclusión en las inscripciones de hipoteca de todas aquellas cláusulas que sean necesarias para que el Registro de la Propiedad ofrezca una*

el riesgo de no poder ser reconocidos como titulares de créditos privilegiados respecto a la hipoteca flotante”.

²⁴⁸ RODRÍGUEZ PARADA, Ana Isabel. *“Las reformas del mercado hipotecario y su impacto en la crisis económica”*. Actas de la reunión científica celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (2º Panel). Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones. 2010. Pág. 105.

completa información del derecho real inscrito y de la obligación a que se vincula, proporcionando la máxima transparencia e información a quien quiere contratar sobre el bien hipotecado o sobre la hipoteca inscrita (...)”.

La interpretación de este artículo, si bien en origen provocó una fuerte polémica doctrinal sobre su alcance respecto a la calificación registral²⁴⁹, su finalidad no es otra que intentar fijar mejor el contenido de la inscripción de hipoteca haciendo constar las cláusulas financieras, aunque carezcan de trascendencia real.

La Dirección General de los Registros y del Notariado ha determinado en varias de sus resoluciones²⁵⁰ lo siguiente: el registrador sólo puede calificar y por tanto inscribir, las cláusulas de trascendencia jurídico real inmobiliaria (principal de la deuda, intereses, importe máximo de la responsabilidad hipotecaria, obligaciones garantizadas, etc.). No obstante, como excepción, respecto de las cláusulas que carezcan de trascendencia real en hipotecas constituidas en favor de entidades de crédito, podrán hacerse constar en el Registro de la Propiedad (aunque queden fuera del ámbito de la calificación) las cláusulas financieras, incluidas las de vencimiento anticipado, siempre que las de trascendencia real hubieran sido calificadas favorablemente.

A nuestro entender, no obstante y siguiendo también a AZOFRA VEGAS²⁵¹, de la redacción final del redactado final de dicho artículo no se desprende la necesidad de inscripción de todas las cláusulas de vencimiento anticipado y demás cláusulas financieras, sino sólo de aquellas que tengan trascendencia real. Sostener lo contrario, adicionalmente supone negar la eficacia del artículo 51.6 del Reglamento

²⁴⁹ CANALS BRAGE, Fernando. *“La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 L.H. reformado por ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca”*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2009, Número 711. Págs. 143 a 213. ISSN: 0210-0444.

²⁵⁰ Resoluciones de la DGRN de 22 de febrero de 2008 (RJ 2008/2790), 28 de febrero de 2008 (RJ 2008/2792) y 29 de febrero de 2008 (RJ 2008/2793).

²⁵¹ AZOFRA VEGAS, Fernando. *“La reforma de la Ley Hipotecaria: las oportunidades perdidas”*. Diario La Ley, Año 2008, Número 6909. Págs. 1-8. ISSN: 1989-6913.

Hipotecario²⁵², que prohíbe la inscripción de cualquier cláusula que carezca de contenido real.

Al margen de dichas interpretaciones, no podemos olvidar las competencias que la Dirección General de los Registros y del Notariado²⁵³ atribuye al registrador para el efectivo control registral dichas cláusulas. En este sentido, MINGOT AZNAR, en sus comentarios a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2014 (RJ 2014/5512) concluye que *“la Dirección General ratifica la capacidad del registrador de denegar la inscripción, además de cuando la cláusula sea contraria a normas imperativas o prohibitivas, en aquellos otros casos en los que el registrador pueda considerar que la cláusula no debe ser inscrita, dentro del examen contextual de carácter limitado que conlleva el procedimiento registral”*²⁵⁴.

Se trataría, en definitiva, *“de dar a conocer todos aquellos elementos que inciden en la cuantía de la obligación asegurada y en su forma de determinación”*²⁵⁵.

²⁵² Artículo 51.6 Reglamento Hipotecario.

“Para dar a conocer la extensión del derecho que se inscriba se hará expresión circunstanciada de todo lo que, según el título, determine el mismo derecho o limite las facultades del adquirente, copiándose literalmente las condiciones suspensivas resolutorias, o de otro orden, establecidas en aquél. No se expresarán, en ningún caso, las estipulaciones, cláusulas o pactos que carezcan de trascendencia real”.

²⁵³ Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2014 (RJ 2014/5512), refiriéndose ésta asimismo a la STS de 16 de diciembre de 2009 (RJ 2010/702), y Resolución de la DGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012/3168), de evidente similitud (relativa a la refinanciación garantizada del Grupo Rey al Urbis).

²⁵⁴ MINGOT AZNAR, Manuel. *“Hipoteca flotante en garantía de refinanciación sindicada: actualización de los criterios de control registral de las cláusulas de vencimiento anticipado (Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2014)”*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB). Año 2015, Número 138 (Abril-Junio). Págs. 219-238. ISSN: 0211-6138.

²⁵⁵ RODRÍGUEZ PARADA, Ana Isabel. *Op. Cit.* Pág. 106.

CAPÍTULO V.

LA PRENDA FLOTANTE

1. FINANCIACIÓN SINDICADA. TRANSACCIONES Y OPERACIONES HABITUALES EN EL MERCADO. NECESIDAD DE FLOTABILIDAD DE LA PRENDA

1.1. *EL MERCADO DE CRÉDITO Y EL CONTRATO DE CRÉDITO SINDICADO*

Una de las características de la economía española es una fuerte dependencia en el mercado de crédito, pues es un hecho que nuestros mercados de capitales de renta fija, salvo el correspondiente a la deuda pública, no tienen un calado o profundidad que permita financiar como alternativa a la bancaria a las pymes²⁵⁶.

En España, al igual que en muchos países de la zona del euro y a diferencia de Estados Unidos (con predominio de los mercados de capitales), los préstamos bancarios constituyen la principal fuente de financiación externa de la empresas, existiendo datos de 2011 que evidencian que *“los préstamos de las entidades crediticias residentes representaban en torno al 80% del total de la financiación del conjunto de los hogares y de las sociedades no financieras”*²⁵⁷.

Cuando analizamos el mercado de crédito no podemos pensar exclusivamente en financiaciones de carácter bilateral entre un prestatario y un prestamista para financiar sus necesidades generales corporativas o un determinado plan de expansión, pues el mercado de crédito es mucho más complejo y profundo de lo que puede parecer, en concreto cuando se instrumentan a través del denominado contrato de crédito sindicado.

²⁵⁶ ARCE, Oscar, LÓPEZ, Elías, y SANJUÁN, Lucio. *“El acceso de las pymes con potencial de crecimiento a los mercados de capitales”*. Documentos de trabajo (CNMV). Año 2011, Número 52. Págs. 1-50. ISSN: 2172-6337.

²⁵⁷ CALVO BERNANDINO, Antonio y PAÚL GUTIÉRREZ, Jesús. *“El crédito al sector privado en España: del crecimiento desbordado a la fuerte restricción”*. Revista de Estudios Cooperativos (REC). Año 2012, Número 109. Pág. 15. ISSN: 1885-8031.

Los orígenes del contrato de crédito sindicado los encontramos en 1950 vinculados a la aparición del eurodólar, momento en el que el dólar estadounidense es utilizado por las entidades de crédito europeas para financiar operaciones de comercio exterior²⁵⁸, provocando la abundancia de eurodólares ingresados en depósitos fuera de Estados Unidos la creación de un tipo especial de contrato de crédito, denominado eurocrédito y que constituye el actual precedente del contrato de financiación sindicada²⁵⁹.

A efectos de definir “contrato de crédito sindicado”, que -como veremos es uno de los elementos que utilizaremos para entender el por qué de la necesidad de actualizar el régimen de nuestro ordenamiento jurídico en cuanto a flotabilidad de la prenda-, más allá de que gran parte de la doctrina se refiere al mismo, vemos muy apropiada la definición de MARTÍN BAUMEISTER, por causalizar las garantías como elemento definitorio para la concesión del mismo, en los siguientes términos²⁶⁰:

“El contrato de financiación sindicada constituye un negocio jurídico de préstamo y/o de crédito, en virtud del cual una pluralidad de prestamistas y/o acreditantes, que en la mayoría de los casos suelen ser entidades de crédito como bancos y cajas de ahorros -denominados, conjuntamente, sindicato de bancos (syndicate)- se obligan, mancomunadamente, a entregar o a poner a disposición un importe de dinero y el prestatario y/o acreditado, que habitualmente es un empresario societario mercantil, se obliga a abonar ciertas comisiones y a devolver el importe entregado o efectivamente dispuesto, incrementado en un importe de intereses, en un determinado plazo. (...) Conviene precisar que la utilización del sustantivo

²⁵⁸ AURIOLES MARTÍN, Adolfo Juan. “Créditos sindicados con interés variable”. Promociones Publicaciones Universitarias de Barcelona. Barcelona, 1987. Pág. 77. ISBN: 84-7665-103-1.

²⁵⁹ MARTÍN BAUMEISTER, Bruno. “El Contrato de Financiación Sindicada”. 1ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Civitas, 2013. Pág. 38. ISBN: 978-84-470-4165-7.

“El eurocrédito es un contrato de crédito denominado en (euro) dólares, generalmente a medio plazo, celebrado por un grupo de entidades de crédito internacionales, que repercuten sobre la parte financiada el precio de la refinanciación obtenida en el mercado de eurodólares a través de la aplicación de un tipo de interés ajustable cada cierto período de tiempo conforme a las condiciones existentes en ese mercado”.

²⁶⁰ MARTÍN BAUMEISTER, Bruno. *Op. Cit.* Págs. 53 a 55.

“financiación” expresa que el contrato puede comprender, indistintamente, un negocio jurídico de préstamo o de crédito o una combinación de ambos, mientras que el adjetivo “sindicada” hace alusión a la pluralidad de partes acreedoras y al derecho de éstas a ceder sus posiciones contractuales a favor de otras partes acreedoras. El sindicato de bancos constituye un negocio jurídico de cooperación atípico, que suele plasmarse en el propio contrato de financiación sindicada o en un documento separado denominado contrato entre acreedores (intercreditor agreement), que es suscrito por las entidades de crédito (...) Además, el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el prestatario y/o acreditado bajo el negocio jurídico de préstamo y/o crédito suele venir asegurado mediante la suscripción de ciertos negocios jurídicos reales o personales de garantía, que reciben la denominación de paquete de garantías (security package)”.

Existen infinidad de modalidades de contratos de financiación sindicada, tantos como finalidades, siendo habitual encontrar los siguientes tipos de financiaciones: (i) financiación corporativa (*“corporate finance”*), dirigida a financiar necesidades dentro del objeto social o actividad empresarial; (ii) financiación de adquisición (*“acquisition finance”*), dirigida a la adquisición tanto de activos (*“asset deal”*) como de empresas a través de la compra de sus respectivas acciones (*“share deal”*); (iii) financiación de proyectos (*“project finance”*), cuya finalidad principal es la construcción y explotación de un proyecto y cuyos términos y condiciones van íntimamente relacionados con la capacidad de generación de caja de dicho proyecto; y (iv) refinanciación de deuda, que obedece a la incapacidad de la parte financiada de hacer frente a sus obligaciones de pago, pudiendo englobarse dentro de esta modalidad cualquiera de las anteriormente citadas.

Estos últimos años las refinanciaciones de deuda han sido las grandes protagonistas. Tras la crisis económica sufrida en nuestro país desde otoño de 2007 (de la cual, afortunadamente, parece que ya estamos saliendo), los operadores del tráfico financiero y en particular las entidades de crédito, frente a la alternativa de solicitar o propiciar la apertura del correspondiente concurso de acreedores, se han mostrado, en la práctica, partidarias de ofrecer soluciones amistosas para refinarciar, dando continuidad a compañías y ofreciendo soluciones con la finalidad de estabilizar su situación crediticia.

Una de las dificultades que, no obstante, nos hemos encontrado en dichas refinanciaciones ha sido, como menciona VALERO FERNÁNDEZ-REYES, “encontrar una fórmula que permitiera garantizar de forma real o erga omnes esa refinanciación, tanto respecto de las antiguas deudas que ahora se modifican o sustituyen, como respecto del nuevo efectivo entregado, dado que los créditos que forman parte de la refinanciación van a seguir manteniendo su propia individualidad, contenido, vencimiento y posibilidad de ejecución aislada”²⁶¹.

No olvidemos que los créditos que integran una refinanciación suelen pertenecer a distintos acreedores, encontrándonos una multiplicidad de productos, bien en bilateral, bien sindicados, y en una multiplicidad de formatos, tales como contratos de crédito, de préstamo, líneas de avales, contratos de “factoring”²⁶², contratos de descuento²⁶³, e incluso contratos de cobertura de interés (dirigidos a mitigar las fluctuaciones de los tipos de interés asociados a dichas financiaciones).

¿Cómo garantizamos todo lo anterior? Como ya hemos visto y en cuanto a la hipoteca se refiere, mediante la hipoteca flotante se permite garantizar una pluralidad de obligaciones (presentes o futuras y de cualquier naturaleza), sin que las mismas pierdan su propia independencia y sin nexo causal entre ellas.

²⁶¹ VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel. *Op. Cit.* “Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación”. Pág. 209.

²⁶² VICENT CHULIÁ, Francisco. “Introducción al Derecho Mercantil”. Volumen II. 23ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012. Pág. 1885. ISBN: 978-84-9033-604-5.
“(…) el acreedor cede su crédito a otra persona (“factor”), que hace efectivo el crédito y se encarga igualmente de la contabilidad del primero, así como de cualquier actividad relacionada con el cobro del crédito”.

²⁶³ SASTRE PAPIOL, Sebastián. “El Contrato de Descuento Bancario”, en “Tratado de Derecho Mercantil”. Tomo 39 (Las entidades de crédito y sus operaciones), Volumen 2 (Las operaciones bancarias de activo). OLIVENCIA RUIZ, Manuel, FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos y JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael (Dir.). 1ª edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2007. Pág. 275. ISBN: 978-84-9768-442-2.

“Contrato con el cual el Banco, previa deducción del interés, anticipa al cliente el importe de un crédito frente a tercero, aún no vencido, mediante la cesión salvo buen fin del crédito mismo”.

No obstante, en cuanto a la prenda, existen serias limitaciones, algunas de las cuales ya hemos apuntado en Capítulos anteriores, y que van a ser objeto de reflexión y análisis en el presente.

1.2. FINANCIACIÓN SINDICADA, PARTES Y GARANTÍAS

Antes de abordar la forma de garantizar una multiplicidad de obligaciones mediante la figura de la prenda, creemos conveniente destacar los rangos definatorios del contrato de financiación sindicada, en particular, las relaciones entre las diferentes partes (especialmente entre los acreedores) y las garantías que habitualmente se otorgan en cobertura de los mismos.

1.2.1. Partes Financieras

De la propia terminología de “crédito sindicado” (también refiriéndose al mismo parte de la doctrina como “crédito consorciado”²⁶⁴) se desprende una pluralidad de operadores bancarios, y la primera pregunta que habría de contestarse a este respecto sería la determinación del vínculo obligaciones entre los acreedores.

DE GISPERT PASTOR la define como “*una obligación colectiva con unidad de prestación*”²⁶⁵, definición con la que estamos totalmente de acuerdo, no sólo porque ello se deduce del propio funcionamiento y mecánica de dicho modo de financiación (pues si una entidad financiera no pusiere a disposición del acreditado los fondos comprometidos, los demás acreditantes no están obligados a suplir su falta), sino también por la declaración expresa de mancomunidad contenida en nuestro Código Civil²⁶⁶, que la consagra como regla general en las obligaciones plurisubjetivas.

²⁶⁴ DE GISPERT PASTOR, María Teresa. “*Los créditos sindicados: su integración en el sistema jurídico español*”. Barcelona: Librería Bosch, 1986. Pág. 3. ISBN: 84-7294-204-X.

²⁶⁵ DE GISPERT PASTOR, María Teresa. *Op. Cit.* Pág. 46.

²⁶⁶ Artículo 1137 Código Civil.

“*La concurrencia de dos o más acreedores o de dos o más deudores en una sola obligación no implica que cada uno de aquéllos tenga derecho a pedir, ni cada uno de éstos deba prestar íntegramente, las cosas objeto de la misma. Sólo habrá lugar a esto cuando la obligación expresamente lo determine, constituyéndose con el carácter de solidaria*”.

Establecida la naturaleza mancomunada de la financiación sindicada, uno de los problemas con los que nos encontramos es -como señala RODRÍGUEZ PARADA- compatibilizarla con el carácter indivisible de la garantía²⁶⁷ (asumiendo que la garantía es hipotecaria o pignoraticia).

Ello ha generado confusión tanto en la doctrina como en la jurisprudencia. Así, la STS de 20 de enero de 2004 (RJ/2004/204) se refiere a que las entidades prestamistas establecen “*un régimen de solidaridad activa para la exigencia de su crédito*”²⁶⁸, mención que a nuestro juicio parece inferirse del régimen establecido para el ejercicio de las acciones en defensa del crédito, con independencia de las condiciones de la relación interna pactada entre los acreedores.

Destacar también la Resolución de la DGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012/3168), que en atención a las funciones que realiza el “Agente” entrelaza a nuestro entender conceptos aparentemente contradictorios como pueden ser la existencia a raíz de los contratos de sindicación de un “*conjunto de los acreedores que, aun conservando su individualidad, les dota de una dimensión colectiva*”²⁶⁹ y la negativa de que se traten de créditos parciarios.

²⁶⁷ RODRÍGUEZ PARADA, Ana Isabel. *Op. Cit.* Pág. 131.

²⁶⁸ STS de 20 de enero de 2004 (RJ/2004/204).

“existe un sustrato negocial establecido por entre las tres entidades prestamistas e iniciales acreedoras hipotecarias, en virtud del cual éstas, además de establecer un régimen de solidaridad activa para la exigencia de su crédito (proposición final del artículo 1137 del Código Civil (...), deciden una especial regulación de la relación interna existente entre ellas en cuanto exclusivas acreedoras, regulación perfectamente posible tal como nos muestra el artículo 1140 del Código Civil y que encarna en la preeminencia dada a una de tales acreedoras al atribuirle el cargo o función de entidad agente del crédito (...).”

²⁶⁹ Resolución de la DGRN de 8 de junio de 2011 (RJ 2012/3168).

“Pero tampoco se llega en el caso de los créditos sindicados a configurar una estricta mancomunidad o titularidad colectiva y en mano común, que requeriría que las facultades de ejercicio del crédito fuesen acordadas por la unanimidad de todos los partícipes, sistema excesivamente rígido que puede convenir en algunos casos o actuaciones, pero no en otros, en que se podría traducir en un excesivo o abusivo derecho de veto a favor de cada cotitular. En las situaciones de crédito sindicado se trata de favorecer la gestión de la concurrencia de la pluralidad de créditos a través de la citada figura del Banco Agente que, entre otras funciones, canaliza las relaciones externas entre el conjunto de los acreedores, que actúan unitariamente como sindicato, y el deudor”.

A nuestro juicio, y siguiendo también a RODRÍGUEZ PARADA, el hecho de que existan reglas de actuación común entre los acreedores para determinadas actuaciones (que son canalizadas a través de la figura del Agente), cada acreedor debe poder ejercitar la acción real por la parte de su crédito con carácter autónomo²⁷⁰.

1.2.2. Tipología de Garantías

El conjunto de contratos de garantía que aseguran las obligaciones garantizadas de una financiación sindicada recibe el nombre de paquete de garantías (“*security package*”)²⁷¹. La configuración del paquete de garantías depende en gran medida de la modalidad de financiación en cuestión, siendo las principales las siguientes:

- Garantía a primer requerimiento de determinadas sociedades, que habitualmente se denominan “filiales materiales”, y son aquellas cuya actividad represente un determinado porcentaje de los ingresos, del resultado neto de explotación antes de amortizaciones (EBITDA) y/o de los activos totales del grupo de sociedades.

Se trata de una garantía habitual en financiación corporativa o de adquisiciones. No obstante, en aquellos casos en que por algún motivo las filiales no pueden prestar garantía a primer requerimiento a favor de las partes financieras (por ejemplo, porque lo impide un socio o accionista minoritario), la garantía a primer requerimiento se suele sustituir por una prenda sobre las acciones o participaciones sociales que representan el capital social de dicha sociedad²⁷².

²⁷⁰ RODRÍGUEZ PARADA, Ana Isabel. *Op. Cit.* Pág. 132.

“La doctrina que negaba al acreedor hipotecario mancomunado tal facultad, sobre el carácter indivisible de la hipoteca, debe entenderse superada por el artículo 227 del Reglamento Hipotecario (...)”.

²⁷¹ FOLLÍA MARTÍNEZ, Manuel y LÉRIDA GARCÍA, María. “Chapter 51 (Spain)”, en “*ICLG: The International Comparative Legal Guide to: Lending and Secured Finance 2016*”. AA.VV. 4ª edición. London: Global Legal Group, 2016. Pág. 353. ISBN: 978-1-910083-90-1.

²⁷² MARTÍN BAUMEISTER, Bruno. *Op. Cit.* Pág. 201.

En financiación de proyectos, dichas garantías suelen focalizarse en la fase de construcción, configurándose como garantías de buen fin o de finalización del proyecto (*“completion guarantee”*).

En ocasiones y según la contingencia a cubrir, tales obligaciones no se causalizan directamente como contratos de garantía, sino como cartas de patrocinio (*“confort letters”*)²⁷³, a través de las cuales los socios manifiestan su voluntad de pertenecer como accionistas de la sociedad vehículo asumiendo además ciertas obligaciones, entre otras, relativas a suministro de apoyo técnico y material y/o de capacidad económica.

- Derecho real de hipoteca: esta garantía tiene especial protagonismo en financiaciones focalizadas a proyectos inmobiliarios (*“real estate finance”*). No obstante, debido a su elevado coste de formalización, en particular, sujeción a AJD e inscripción registral, según la tipología de operación y con la finalidad de mitigar dichos costes, en ocasiones se ajusta la responsabilidad hipotecaria en una franja inicial comparativamente baja, o incluso se acude a la promesa de hipoteca²⁷⁴.
- Derecho real de prenda, en todas sus modalidades (prenda ordinaria o prenda sin desplazamiento), según el tipo de activo, bien o derecho pignorado. Como señala VEIGA COPO, *“prácticamente todo bien, todo derecho o activo susceptible de un contenido y valor patrimonial puede, y de hecho es, ser objeto de garantía prendaria. La evolución de los tiempos, los arquetipos negociales y la irrupción atípica pero práctica de nuevas figuras ha allanado un camino fértil para la prenda y los objetos de garantía”*²⁷⁵.

²⁷³ VAÑÓ VAÑÓ, M^a José. *“El Contrato de Project Finance”*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2002. Pág. 194. ISBN: 84-8442-708-0.

²⁷⁴ SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús. *“Project finance en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada”*. Revista Española de Derecho Administrativo. Año 2014, Número 165. Págs. 183-228. ISSN: 0210-8461.

²⁷⁵ VEIGA COPO, Abel B. *“Tratado de la prenda”*. 1^a edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Civitas, 2011. Pág. 294. ISBN: 978-84-470-3687-5.

Es la garantía reina en cualquier financiación, pues salvo determinadas especificidades de prenda sin desplazamiento de la posesión (y otorgadas en escritura pública²⁷⁶) como norma general esta figura está exenta de tributación.

Destacamos entre las más habituales las siguientes:

- Prenda sobre las acciones o participaciones sociales representativas del capital social de una sociedad;
- Prenda sobre los saldos de cuentas corrientes;
- Prenda sobre los derechos de crédito derivados de contratos de proyecto (contrato de construcción, contratos de operación/gestión, contratos de arrendamiento, y, en general, cualesquiera contratos relacionados con el proyecto susceptible de generar ingresos);
- Prenda sobre los derechos de crédito derivados de pólizas de seguros;
- Prenda sobre los derechos de crédito derivados de préstamos intragrupo;
- Prendas sobre los derechos de crédito derivados del remanente de la ejecución;
- Prenda sobre los derechos de crédito derivados de las correspondientes devoluciones de IVA²⁷⁷ (en el caso de que la financiación contemple un tramo IVA); y/o

²⁷⁶ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. “La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros”. Anuario de Derecho Concursal (ADCon). Año 2012, Número 25. Págs. 42 y 43. ISSN: 1698-997X.

Según dicho autor “es título inscribible en el Registro de Bienes Muebles de la prenda sin desplazamiento de créditos no solamente la escritura pública sino también la póliza intervenida por notario (cfr. art. 3 & 2 LHMPD). Ni que decir tiene que la constitución en póliza en lugar de escritura entraña un ahorro fiscal en el impuesto de actos jurídicos documentados porque queda fuera del gravamen sobre actos jurídicos en concepto de cuota variable (arts. 28 y 31 RD Legislativo 1/1993; Resolución DGRN 18 marzo 2008)”, opinión que compartimos.

²⁷⁷ En relación con esta modalidad de prenda, advertimos que en virtud del artículo 17.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria “los elementos de la obligación tributaria no

- Prendas posesorias o sin desplazamiento sobre los activos que componen el proyecto (equipos, instalaciones y/o maquinaria).

No hay limitaciones para otorgar prenda, más allá de las derivadas de la propia naturaleza de la transacción.

- Así, el paquete de garantías que asegura las obligaciones garantizadas bajo un contrato de financiación de adquisición estará sometido a serias limitaciones derivadas del régimen de asistencia financiera establecido en los artículos 143.2 y 150.1 de la Ley de Sociedades de Capital²⁷⁸. En consecuencia, los bienes, activos o derechos de la sociedad adquirida (“*target*”) no podrán otorgarse en garantía de dicha financiación de adquisición, aunque en cambio sí podrán garantizar otras financiaciones no relacionadas con la adquisición, tales como la financiación que eventualmente se pueda otorgar a dicha sociedad para refinanciar su deuda de circulante²⁷⁹.

podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas”.

En contra de lo anterior, *vid.* STS de 12 de diciembre de 2002 (RJ 2003/305) y STS de 11 de julio de 2011 (RJ 2011/6350) (voto particular de los Magistrados D. Juan Gonzalo Martínez Mico y D. Emilio Frías Ponce), en las que se manifiesta que el derecho a devoluciones de IVA no debe ser considerado como un elemento de la obligación tributaria, sino como un elemento de una obligación de contenido económico a cargo de la Administración frente al sujeto pasivo y, por tanto, disponible y pignorable por parte del sujeto pasivo.

²⁷⁸ VICENT CHULIÁ, Francisco. *“Introducción al Derecho Mercantil”*. Volumen I. 23ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012. Pág. 653. ISBN: 978-84-9033-266-5.

“La norma en principio prohíbe toda clase de “leveraged-buy-outs” (o compras apalancadas o financiadas, a priori o a posteriori, por la propia sociedad cuyas acciones se compran, o sociedad “target”)”.

²⁷⁹ MARTÍN BAUMEISTER, Bruno. *Op. Cit.* Págs. 204 y 205.

“Con el fin de evitar la aplicación del régimen de asistencia financiera, las partes suelen crear paquetes de garantías diferenciados para asegurar cada tramo de financiación. Así, el tramo de financiación del precio de adquisición de la sociedad adquirida no puede ser asegurado con garantías otorgadas por la propia sociedad adquirida ni por sus filiales, por lo que habitualmente serán la entidad adquirente, sociedad vehículo y sus socios y accionistas quienes las otorguen. En el caso de los tramos de refinanciación de deuda, de financiación de circulante (operacional) o de inversión (capex) que se hayan concertado a favor de la sociedad adquirida, serán la sociedad adquirida y sus filiales quienes se obliguen a otorgar un paquete de garantías”.

- Destacar también las limitaciones que nos encontramos cuando pignoramos créditos futuros, ya tratado en el Capítulo III anterior.

2. DERECHO INGLÉS: “FLOATING CHARGES” Y FLOTABILIDAD DE LA PRENDA.

2.1. CONSIDERACIONES PREVIAS

Mediante el presente analizaremos de manera sucinta los tipos de garantías existentes y las figuras equivalentes a nuestro derecho real de prenda bajo Derecho anglosajón, a fin de poder tener una visión general del sistema de garantías en el Reino Unido.

Debido a su particular estructura, el Reino Unido, no se rige por un sistema jurídico unitario, y se dan cita tres sistemas jurídicos diferentes: (i) el Derecho inglés y galés; (ii) el Derecho escocés; y (iii) el Derecho norirlandés, centrándonos a los efectos de la presente sección en analizar la tipología de garantías reguladas bajo Derecho inglés.

En el Derecho anglosajón, el Derecho consuetudinario o Derecho Común (“*Common Law*”²⁸⁰), entendido como “*costumbre general inmemorial*”²⁸¹,

²⁸⁰ CARTWRIGHT, John. “*Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer*”. 2ª edición. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013. Págs. 3 y 4. ISBN: 978-1-84946-479-6.

“*In its narrowest sense it can mean the law found in or traced back to the decisions of a particular group of courts which existed in England from the early middle ages until the late nineteenth century—the King’s courts, also referred to as the common law courts. (...) On the other hand, the term “common law” is often used more widely to refer to the law found in the decisions of the courts in general (rules from the old Common Law Courts (“Common Law”) and rules from the old Courts of Equity (“Equity”)), as contrasted with the law found in legislative enactments (European Union Legislation; Acts of the UK Parliament; delegated legislation)*”.

T.d.A.: “*En su sentido más estricto, puede significar la legislación encontrada o a la que se remontan la decisiones de un grupo determinado de tribunales que sólo existieron en Inglaterra desde la temprana edad media hasta finales del siglo XIX, los tribunales del Rey, también conocidos como los tribunales de derecho común. (...) Por otra parte, el término “common law” es habitualmente más utilizado para referirse a la legislación encontrada en las decisiones de los*

históricamente gozaba de una “*posición preeminente respecto a las leyes (“statutes”), de manera que la interpretación de éstas se produce en los límites del Derecho Común*”²⁸².

El Derecho anglosajón se basa sobre todo en un análisis de sentencias y en la interpretación que éstas realizan de las leyes; por tanto, en comparación con el derecho de tradición civilista como el ordenamiento jurídico español, el sistema anglosajón tiene un menor nivel normativo, siendo la jurisprudencia una de las fuentes primarias.

Por todo ello, las fuentes del derecho inglés serían²⁸³:

- La jurisprudencia (“*case-law*”);
- La ley (“*statute*”, “*act*”, “*law*”);
- La costumbre (“*common law*”);
- La doctrina (o libros de autoridad); y
- La razón (o manera de actuar del Juez inglés).

tribunales en general (normas de los antiguos Tribunales de Derecho Común) (“Common Law”) y normas de los antiguos Tribunales de Equidad (“Equity”)), en contraposición con la legislación contenida en normas legales promulgadas (Legislación de la Unión Europea; Leyes del Parlamento Británico; legislación delegada)”.

²⁸¹ MORINEAU, Marta. “Una introducción al Common Law”. México, UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México), Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001. Pág. 26. ISBN: 968-36-7393-7.

“La costumbre: La palabra puede referirse a tres cosas distintas, la costumbre general, la costumbre mercantil y la costumbre local. La costumbre general, llamada también “costumbre general inmemorial” se identifica con el propio Common Law (...) La importancia actual que como fuente del derecho puede tener la costumbre en la acepción indicada, es escasa, habiendo sido absorbida, tiempo atrás, por el case-law y la legislación”.

²⁸² FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. “La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI”. 2ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. Pág. 24. ISBN: 978-84-309-4540-5.

²⁸³ MORINEAU Marta. *Op. Cit.* Pág. 23 y ss.

Asimismo, en el sistema anglosajón no se dispone de códigos que actúen como legislación supletoria en todo lo que no se haya regulado en un determinado contrato. Es notable destacar, que una característica común en el derecho inglés, es la autonomía de libertad de contratación²⁸⁴. En los contratos se regulan los términos y condiciones acordados entre las partes, quedando dichas partes al firmarlos totalmente vinculadas por su contenido²⁸⁵.

2.2. TIPOLOGÍA DE GARANTÍAS BAJO DERECHO INGLÉS

A continuación trataremos de plasmar una panorámica general de las garantías bajo derecho inglés. En algunos casos se mantendrá la terminología inglesa para evitar la confusión con figuras similares bajo el ordenamiento jurídico español.

Hay cuatro tipos diferentes de garantías que pueden ser otorgadas bajo Derecho inglés:

- “*Mortgage*” (equivalente a hipoteca inmobiliaria);
- “*Pledge*” (figura muy residual utilizada como prenda en casas de empréstitos, sociedades de empeños y montes de piedad);
- “*Lien*” (equivalente a derecho de retención); y
- “*Charge*” (equivalente a prenda ordinaria o prenda sin desplazamiento).

²⁸⁴ NÚÑEZ PAZ, María Isabel. “*Derecho Romano, Derecho Común y contratación en el marco de la Unión Europea*”. Universidad de Oviedo (Servicio de Publicaciones). 2000. Págs. 105 y ss. ISBN: 84-8317-223-2.

²⁸⁵ HEALE, Hugh (General Ed.). “*Chitty on Contracts*”. Volume I (General Principles). 30ª edición. London: Sweet & Maxwell (Thomson Reuters Legal Limited), 2008. Págs. 815 y 816. ISBN: 9781847035479.

“*It is well established that the party signing will ordinarily be bound by the terms of the written agreement whether or not he has read them and whether or not he is ignorant of their precise legal effect*”.

T.d.A.: “*Es bien conocido que la parte firmante quedará normalmente vinculada por los términos del contrato firmado, con independencia de que lo haya o no leído, y al margen de que pueda ser considerado ignorante a efectos legales*”.

Se incluye a continuación un cuadro-resumen ilustrativo de la posesión y titularidad de los bienes y activos en función del tipo de garantía:

	<i>“Mortgage”</i>	<i>“Pledge”</i>	<i>“Lien”</i>	<i>“Charge”</i>
Posesión	Deudor	Acreeedor	Acreeedor	Deudor
Titularidad	Acreeedor	Deudor	Deudor	Deudor

2.2.1. *“Mortgage”*

Definida como *“a transfer of title to the asset in question to the lender by way of security, with a right to the transfer back of the mortgaged property when the secured obligation has been satisfied”*²⁸⁶.

Se trataría, por tanto, de una figura con un contenido muy similar a nuestra hipoteca inmobiliaria, que se caracteriza por la transferencia de la titularidad del activo al acreedor hipotecario, conservando la posesión el hipotecante.

Tiene regulación legal (*“Law of Property Act”*, 1925), y se distingue entre *“legal mortgage”* y *“equitable mortgage”*, la primera transmitiendo el título de propiedad, y la segunda el interés (*“beneficial interest”*), siendo la más común y utilizada la *“legal mortgage”*.

La *“equitable mortgage”* puede incluso llegar a constituirse sobre una futura propiedad²⁸⁷.

²⁸⁶ AA.VV. *“The Lending and Secured Finance Review”*. London: Law Business Research Ltd., 2015. Pág. 35. ISBN: 978-1-909830-59-2.

T.d.A.: *“transmisión de la titularidad de un activo determinado al prestamista como garantía, con el derecho de retrocesión del activo hipotecado cuando la obligación garantizada haya sido satisfecha”*.

²⁸⁷ KEELER, John F. *“Some reflections on Holroyd v. Marshall”*. Adelaide Law Review, 468. 1970. Págs. 468-480. ISSN: 0065-1915.

2.2.2. “Pledge”

Sus rasgos principales serían “*transfer of possession, where the pledgee has the power to sell the secured assets and to use the proceeds of sale to discharge the secured obligation*”²⁸⁸.

Por lo anterior, aparentemente se trataría de una figura muy similar a la prenda en Derecho español, pues nuestro ordenamiento jurídico también tiene como elemento definitorio de la prenda la transmisión de la posesión a favor del acreedor, mientras que la titularidad del activo seguiría siendo del pignorante. Remarcar además que en Derecho inglés la posesión reviste una importancia tal que en algunos casos se ha llegado a considerar que la pérdida de la posesión podría llegar a afectar a la efectividad y validez de la prenda²⁸⁹.

En la “*pledge*” se dispone también que en caso de incumplimiento de las obligaciones de pago el acreedor pignoraticio puede vender directamente el activo pignorado, siempre que se proceda con la debida notificación (pactada anticipadamente por las partes).

Dicho lo anterior y más allá de su similitud terminológica con la figura de la prenda bajo nuestro ordenamiento jurídico, la “*pledge*” no sería equiparable a la prenda, siendo en el mundo anglosajón una garantía utilizada residualmente en financiación a

²⁸⁸ AA.VV. *Op. Cit.* “*The Lending and Secured Finance Review*”. Pág. 35.

T.d.A.: “*transmisión de la posesión, en la que el acreedor pignoraticio tiene la facultad de disponer de los activos dados en garantía y utilizar el producto de la venta para liberar la obligación garantizada*”.

²⁸⁹ “*Bassano v Toft & Ors*”. England and Wales High Court (Queen's Bench Division) Decisions (EWHC 377 (QB)) (26 February 2014).

<http://www.bailii.org/ew/cases/EWHC/QB/2014/377.html>

Aunque la sentencia finalmente dictamine en un sentido distinto, haciendo referencia expresa a que en este caso en concreto no se cedía la posesión (“*surrender of possession*”), sino que únicamente se entregaba la custodia (“*surrender of custody*”), lo anterior es el objeto principal de dicha sentencia: “48) *The claim by Borro: (...) The submission was that it was the parting with physical possession which destroyed the security interest*”.

T.d.A.: “48) *Petición del Prestatario: (...) la solicitud era que fue la transferencia de la posesión física la que aniquiló la garantía*”.

corto plazo en casas de empréstitos, sociedades de empeños y montes de piedad (“*pawn shops*”).

2.2.3. “*Lien*”

Caracterizada como “*under a contractual lien, the lienee merely has a passive right of retention until the secured obligations has been performed*”²⁹⁰.

Sería muy similar a nuestro derecho de retención, en el que el acreedor adquiere en un primer momento el derecho a retener la posesión de los activos hasta que se pague la deuda.

La “*lien*”, por tanto, más que una garantía otorgada de forma “*ad hoc*” por el deudor para una transacción en concreto, se originaría en el marco de una operación o transacción, en la que el acreedor quiere tener garantías adicionales sobre un bien ya dado en garantía en caso de incumplimiento.

En el supuesto de que una “*lien*” permita en caso de incumplimiento del deudor, no sólo retener, sino directamente vender el activo en cuestión, la misma sería reconfigurada como una “*charge*”²⁹¹.

2.2.4. “*Charge*”

Conceptualizada como “*a charge involves an agreement by the chargor that certain of its property be charged as security for an obligation. It entails no transfer of*

²⁹⁰ AA.VV. *Op. Cit.* “*The Lending and Secured Finance Review*”. Pág. 35.

T.d.A.: “*bajo una “lien” contractual, el acreedor tiene el derecho pasivo a retener la posesión hasta que las obligaciones garantizadas hayan sido satisfechas*”.

²⁹¹ HILLIER, Katie and LAWRENCE, Jonathan. “*When is a lien a charge and how much control is required for a financial collateral arrangement? (High Court)*”. England: Practical Law (Legal Update), 2012.

http://www.klgates.com/files/Publication/68fa4ba1-1eef-42d5-9477-afe5c39be242/Presentation/PublicationAttachment/c468bdb9-e0fa-4650-bb60-be1325cf5351/Lehman_Brothers_Intl.pdf

title or possession to the chargee (...) The more significant distinction is between fixed or floating charges”²⁹².

Técnicamente no existe una definición regulada por ley de la “*charge*”²⁹³, y a diferencia de otros instrumentos de garantía, las características principales de esta figura han sido reguladas a través de la jurisprudencia.

La “*charge*” cobra sentido cuando por razones prácticas un deudor no quiere perder el control sobre un activo (como puede ocurrir en los casos de activos que son utilizados en el curso ordinario de un negocio), tomando el acreedor una garantía sobre los derechos asociados al mismo.

No hay transmisión de la posesión ni de la titularidad del activo. El acreedor (“*chargee*”) se apropiaría de los derechos sobre los activos, entendiéndose esta figura más como un interés de propiedad (“*equitable proprietary interest*”).

Cualquier activo (tangible o intangible) puede ser considerado como “*charge*” (excepto los de tipo inmobiliario, en cuyo caso debe constituirse una hipoteca (“*mortgage*”).

No es esencial que el acreedor (“*chargee*”) sea el titular directo de la deuda, pudiendo serlo también un “*trustee*” (fideicomisario) u otra figura fiduciaria en favor de dicho acreedor, siempre y cuando ello sea regulado²⁹⁴.

²⁹² AA.VV. *Op. Cit. “The Lending and Secured Finance Review”*. Pág. 36.

T.d.A.: “una “*charge*” implica el acuerdo de un deudor a que ciertos activos sean gravados como garantía de una obligación. No implica transferencia de titularidad ni traspaso de la posesión al acreedor (...) La distinción más significativa se realiza entre garantías fijas o flotantes”.

²⁹³ AA.VV. “*Taking security: a quick guide*”. Practical Law Finance (based on an original version by HALL, Peter, Freshfields, Bruckhaus Deringer). UK Practice Note (Overview). Thomson Reuters, 2017. Pág. 3 y ss. ID 2-107-4032.

[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-107-4032?_lrTS=20170422192122038&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-107-4032?_lrTS=20170422192122038&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)

²⁹⁴ “*Lehman Brothers International (Europe) (in administration)*”. England and Wales High Court (Chancery Division) (EWHC 2997 (Ch)) (2 November 2012).

En la sección 2.3 siguiente se analizan las principales diferencias entre las “floating charges” y las “fixed charges”, siendo las figuras que mayor similitud presentan con nuestra regulación de garantías pignoraticias.

2.3. “FIXED CHARGES” Y “FLOATING CHARGES”

2.3.1. “Fixed Charges”

Sus rasgos principales serían “a fixed charge attaches to a specific asset and restricts the chargor from dealing with (for example, disposing of) that asset”²⁹⁵.

Así, podríamos definir una “fixed charge” como una garantía que se otorga sobre un activo determinado, proporcionando al acreedor los siguientes derechos:

- No permitirá que el pignorante disponga del activo sin el previo consentimiento del acreedor pignoraticio;
- El activo podrá venderse por el acreedor pignoraticio en caso de incumplimiento de las obligaciones garantizadas;
- Obligación del pignorante de mantener el activo (mientras el mismo esté bajo su posesión); y
- Reclamación prioritaria de los ingresos por la venta del activo en comparación a otros acreedores.

Lehman Brothers International (Europe) era beneficiaria de ciertas garantías financieras (“financial collateral”) en virtud de un acuerdo marco de custodia (“master custody agreement”), a través del cual se creaban garantías no sólo a su favor, sino también a favor de cualquier otra entidad Lehman Brothers (“any Lehman Brothers entity”), valorándose si ese redactado tan general era suficiente para otorgar derechos a filiales o subsidiarias de Lehman Brothers International (Europe).

²⁹⁵ AA.VV. *Op. Cit.* “The Lending and Secured Finance Review”. Pág. 36.

T.d.A.: “una “fixed charge” toma en garantía un activo concreto e impide al deudor gestionar dicho activo (por ejemplo, disponer del mismo)”.

Una de las características principales de una “*fixed charge*” reside en el control efectivo sobre el activo pignorado por el acreedor.

En este sentido, en la sentencia “*Ashborder BV v Green Gas Power Ltd*” se dispone que el establecimiento de cláusulas relativas a permitir la libre disposición por parte del pignorante de los activos otorgados como garantía en el curso ordinario de sus negocios (y sin consentimiento del acreedor), afecta a la capacidad de control del acreedor sobre dichos activos, y que por tanto tal garantía no puede configurarse como “*fixed charge*”, sino únicamente como “*floating charge*”²⁹⁶.

En la misma línea pero en sentido inverso, en “*Russell Cooke Trust Company Ltd v Elliott*” se resolvió que una garantía inicialmente descrita como “*floating charge*” debía reconfigurarse como “*fixed charge*” por las severas restricciones de disposición establecidas al pignorante²⁹⁷.

2.3.2. “*Floating Charges*”

²⁹⁶ “*Ashborder BV v Green Gas Power Ltd*”. England and Wales High Court (Chancery Division) (EWHC 1517 (Ch)) (29 June 2004).

En la operación enjuiciada en dicha sentencia, se otorgaron bajo un mismo contrato marco de garantías (“*debenture*”) tanto “*fixed charges*” como “*floating charges*”; pese al interés del acreedor en configurar una garantía en particular (licencias que permitían la extracción de petróleo y gas) como “*fixed charge*”, atendiendo a las disposiciones que permitían al pignorante la libre disposición de activos en el curso ordinario de sus negocios (y sin el consentimiento expreso del acreedor) se dictaminó (precisamente por ese motivo) que tal garantía únicamente podía configurarse como una “*floating charge*”.

²⁹⁷ “*Russell Cooke Trust Company Ltd v Elliott*”. England and Wales High Court (Chancery Division) (EWHC 1443 (Ch)) (9 March 2007).

“39) *For the reasons that I have given, it seems to me that those rights are plainly not those which are appropriate to a floating charge, but they are rights which, when one takes them globally, are consistent only with a fixed charge. I suppose that one could have a floating charge with certain restrictions on alienation, but there comes a point where the restrictions on alienation and disposal and dealing are such that the charge can no longer be said to be floating so far as that is a meaningful concept*”.

T.d.A.: “39) *Por las razones que he expuesto, me parece que, claramente, esos derechos no son los apropiados para una “floating charge”, sino que son derechos que, globalmente considerados, serían sólo compatibles con una “fixed charge”. Supongo que uno podría obtener una “floating charge” estableciendo ciertas restricciones a la enajenación, pero llega un punto en el que las restricciones a la enajenación, a la disposición y a la gestión son tan amplias, que ya no se puede decir que la garantía sea flotante por ser éste un concepto con significado propio*”.

Sus rasgos principales serían *“a floating charge generally attaches to a class of assets, and the chargor is permitted to deal with those assets in the ordinary course of business without the consent of the chargee pending an event in which causes the charge to “crystallise”. A typical floating charge will comprise the entirety of the borrower’s assets, whether existing or future, and whether tangible or intangible”*²⁹⁸.

Se trata de una modalidad de garantía que tiene más de cien años, es más, parte de la doctrina²⁹⁹ acude en ocasiones a una sentencia datada en 1903 (*“Yorkshire Woolcombers Association Ltd”*)³⁰⁰ a efectos de definirla:

“(…) it is a floating charge (1) if it is a charge on a class of assets of a company present and future; (2) if that class is one which, in the ordinary course of the business of the company, would be changing from time to time; and (3) if you find that by the charge it is contemplated that, until some future step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on its business in the ordinary way as far as concerns the particular class of assets”.

Por consiguiente, la esencia de una *“floating charge”* radicaría en las siguientes características:

²⁹⁸ AA.VV. *Op. Cit. “The Lending and Secured Finance Review”*. Pág. 36.

T.d.A.: *“mediante las “floating charges” habitualmente se toman en garantía una variedad de activos, quedando el deudor autorizado a gestionar esos activos en el curso ordinario de sus negocios sin precisar del consentimiento del acreedor, sujeto a la ocurrencia de un evento que produciría que dicha garantía cristalizase. Las “floating charges” típicamente comprenderían la totalidad de los activos de un deudor, presentes o futuros, y con independencia de que sean materiales o intangibles”.*

²⁹⁹ MARTIN-ROYLE, Claire. *“Floating charges - not necessarily what they say on the tin”*. The In-House Lawyer. London: Legalease, 2008. Pág. 73

³⁰⁰ *“Yorkshire Woolcombers Association Ltd”*. Court of Appeal (Chancery Division) (Ch 284) (27 May 1903).

T.d.A.: *“estaríamos ante una “floating charge” (1) si recae sobre una variedad de activos presentes y futuros de una compañía; (2) si tal variedad de activos es susceptible de cambiar en el curso ordinario de los negocios de la compañía; y 3) si, en el marco del otorgamiento de dicha garantía, queda contemplado que, mientras no se adopte ninguna medida futura por o en nombre de los acreedores beneficiarios de la misma, la compañía puede ejercer sus actividades de manera ordinaria en lo que respecta a esa concreta variedad de activos”.*

- No recae sobre un activo específico, sino sobre una variedad de activos (que pueden ser tanto presentes como futuros);
- Dichos activos pueden fluctuar, esto es, pueden modificarse y sustituirse por el desarrollo de la actividad de la sociedad; y
- Las facultades de control las retiene la sociedad (no el acreedor, como ocurría en la “*fixed charge*”), que puede seguir haciendo uso de dichos activos en el desarrollo normal de su actividad.

Nuestra doctrina también se refiere a ella, y remarca como elementos definitorios de la misma las características ya señaladas.

Así, FERNÁNDEZ DEL POZO³⁰¹ señala que una “*floating charge es aquella garantía sobre una pluralidad de bienes en la que se permite al gravado por la misma libertad de disponer de los elementos que componen la pluralidad “in the ordinary course of business”*”.

VEIGA COPO³⁰², en la misma línea, dispone que la esencia de la “*floating charge radica, primero, en que la sociedad conserva la management autonomy respecto al patrimonio sujeto a garantía*”.

Esa capacidad de disponer o “*management autonomy*” es esencial para discernir si estamos o no ante una “*floating charge*”.

³⁰¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. “*El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrales y la preferencia registral de los derechos inscritos*”. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005. Pág. 143. ISBN: 84-9768-174-6.

T.d.A.: “*en el curso ordinario de los negocios*”.

³⁰² VEIGA COPO, Abel B. *Op. Cit.* “*Prenda Ómnibus, Prenda Rotativa de Acciones y Garantía Flotante*”. Pág. 63.

“(…) *el gravamen no viene determinado por la naturaleza de la propiedad sobre la que es creado sino más bien por el grado de libertad concedido a la sociedad para negociar con este patrimonio en el curso normal de sus negocios*”.

Así, la sentencia “*National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Limited and others*”³⁰³, especificó como muy relevante a la hora de determinar si se trata de una “*fixed charge*” o una “*floating charge*”, demostrar el control real que la parte garantizada ejerce en la práctica sobre el activo ofrecido en garantía. La realidad es que, si a pesar de los términos que se establecen, el deudor puede seguir haciendo uso del activo en el desarrollo de su actividad, se tratará de una “*floating charge*” aunque en un principio se pretendiese otorgar una “*fixed charge*”.

La “*floating charge*” cubriría tal pluralidad de activos hasta que un evento futuro determine su **crystalización** (“*crystallisation*”).

La cristalización podría equipararse a un supuesto de incumplimiento bajo un contrato de financiación, ya esté referenciado a un impago o incumplimiento de ciertas condiciones, fijándose a partir de dicho momento el gravamen sobre bienes concretos existentes y haciendo devenir la garantía “*fixed*”.

La cristalización puede darse no sólo por casos acordados entre las partes, habiéndose establecido como automática en los siguientes casos:

- Cuando la empresa entra en liquidación³⁰⁴;

³⁰³ “*National Westminster Bank plc v Spectrum Plus Limited and others*” (House of Lords) (UKHL 41) (30 June 2005).

“*111) In my opinion, the essential characteristic of a floating charge, the characteristic that distinguishes it from a fixed charge, is that the asset subject to the charge is not finally appropriated as a security for the payment of the debt until the occurrence of some future event. In the meantime the chargor is left free to use the charged asset and to remove it from the security*”.

T.d.A.: “*111) En mi opinión, la característica esencial de una “floating charge”, y que la distingue de una “fixed charge”, es que el activo sobre el que recae tal garantía no es realmente apropiado para garantizar el pago de la deuda hasta el acaecimiento de un evento futuro. Mientras tanto, el deudor sería libre de usar el activo en cuestión y sustituirlo como garantía*”.

³⁰⁴ “*Crompton & Co Ltd.*”. Chancery Division (Ch 954) (1914).

“*I think there can be no question at all that according to ordinary principles the winding up puts an end to the period of suspension; and the reason that it does that is that the effect of the winding up is to put an end to the floating nature of the security*”.

T.d.A.: “*Creo que no cabe duda de que, de acuerdo con los principios generales, la liquidación pone fin al período de suspensión; y la razón por la que lo hace es que el efecto de la liquidación es poner fin a la naturaleza flotante de la garantía*”.

- Cuando el acreedor nombra un administrador concursal (“*receiver*”) de modo que el deudor no es capaz de gestionar libremente los activos³⁰⁵; y/o
- Cuando el deudor cesa en su actividad comercial³⁰⁶.

Según VEIGA COPO³⁰⁷, dicha cristalización automática podría perjudicar “*a posteriores acreedores que no conozcan esta cristalización automática o que no tengan modo alguno de conocerla*”, pudiendo afectar incluso a las relaciones de la sociedad con terceras partes según se le permita o no seguir con el curso ordinario de sus operaciones.

Como consecuencia de la cristalización, la capacidad de gestión de la sociedad sobre los activos otorgados en garantía se restringe, cuya custodia y administración se sustrae del poder del deudor y habitualmente se encarga a un administrador judicial (“*receiver*”) ³⁰⁸.

Destacar también que en caso de insolvencia del deudor, el titular de una “*fixed charge*” gozará en términos generales de prioridad de rango sobre los acreedores de una “*floating charge*”³⁰⁹.

Las “*floating charges*” son habitualmente formalizadas a través de la “*debenture*”³¹⁰, siendo asociada en operaciones de financiación a contratos de garantía

³⁰⁵ “*Taunton v Sheriff of Warwickshire*”. Chancery Division (Ch 319) (1895)

³⁰⁶ “*Evans v. Rival Granite Quarries Ltd.*”. Court of Queen's Bench (2 QB 979) (1910).
“(…) *an event occurring which is defined as bringing to an end the licence of the company to carry on business*”.

T.d.A.: “(…) *el acaecimiento de un hecho definido como el cese de la actividad comercial de una compañía para desarrollar su negocio*”.

³⁰⁷ VEIGA COPO, Abel B. *Op. Cit.* “*Prenda Ómnibus, Prenda Rotativa de Acciones y Garantía Flotante*”. Págs. 65 y 66.

³⁰⁸ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. *Op. Cit.* “*El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrales y la preferencia registral de los derechos inscritos*”. Pág. 143.

³⁰⁹ SERRANO FERNÁNDEZ, María. “*Garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés. La figura del charge*”. 1ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2016. Pág. 84. ISBN: 978-84-9135-044-6.

que pretenden dar cobertura de forma global a la mencionada universalidad o pluralidad de bienes, activos y/o derechos.

En cuanto a las obligaciones garantizadas, más allá de que la “*floating charge*” permite que las partes acuerden -atendiendo al principio de libertad de pactos- garantizar una multiplicidad de obligaciones, lo anterior prácticamente se daría por hecho no siendo un elemento caracterizador de dicha figura.

Finalmente y a modo de conclusiones en torno a la “*floating charge*”, creemos que si bien en muchas ocasiones como primera reacción acudimos al Derecho inglés para buscar la construcción de una flotabilidad de obligaciones garantizadas, entendemos que -más allá de la similitud terminológica- no sería la vía más apropiada, pues la esencia de la “*floating charge*” sería no en cuanto a las obligaciones garantizadas, sino respecto al objeto otorgado como garantía, esto es, el conjunto de activos presentes y futuros otorgados como garantía, así como la capacidad de gestión o control por el deudor de los mismos.

³¹⁰ AA.VV. *Op. Cit.* “*The Lending and Secured Finance Review*”. Pág. 36.

A debenture creates “*fixed security over as many of the chargor’s assets as possible, combined with a sweeper floating charge over all the assets of the chargor*”.

T.d.A.: “Una “*debenture*” constituye “una garantía fija sobre una variedad determinada de bienes del deudor, combinado con una garantía flotante susceptible de afectar a todos los bienes del deudor”.

Los tribunales han ido variando sus apreciaciones en torno a dicha figura. Así, en “*Lemon v Austin Friars Investment Trust Ltd*” (Court of Appeal (Chancery Division) (Ch 1) (1926)), se señalaba que una “*debenture*” podía ser entendida incluso como “*an acknowledgment of debt recorded in a written document*”.

T.d.A.: “*un reconocimiento de deuda recogido en un documento escrito*”.

Más adelante, en 2014, dicho tribunal (Court of Appeal) parece equiparar los conceptos de “*loan*” y “*debenture*” (“*Fons Hf v Corporal Ltd.*”. England and Wales Court of Appeal (Civil Division) (EWCA Civ 304) (2014)).

“*The terms “loan” and “security agreements” are now widely used in place of the terms “secured” and “unsecured debentures”, and in order to embrace the whole range of loan and debt securities (...), it has become usual to refer to them simply as debt securities, or in a more expanded form, as debentures, debenture stock, loan stock and notes and other debt securities*”.

T.d.A.: “Actualmente, los términos “*préstamo*” y “*contratos de garantía*” son utilizados de forma generalizada para referirse a “*debentures*” garantizadas y no garantizadas, y para abarcar un amplio espectro préstamos y títulos de deuda (...), es habitual referirse a ellos simplemente como títulos de deuda, o de una forma más amplia, como “*debentures*”, “*debenture*” de acciones, obligaciones, préstamos y notas y otros títulos de deuda”.

En este sentido, FERNÁNDEZ DEL POZO³¹¹ apunta que a efectos de otorgar garantías sobre cosas genéricas o universalidades, más allá de que ello es problemático bajo nuestro Derecho, habría una mayor afinidad en la figura de la prenda sin desplazamiento que no en la prenda ordinaria.

Hemos incluido la tabla a continuación que creemos resume sucintamente y a grandes rasgos lo que vendría a ser una “*floating charge*”, comparándola con nuestra figura de prenda posesoria (comparativa realizada con lo que vendría a ser una prenda ordinaria con desplazamiento de la posesión (estándar y no sofisticada) regulada en los artículos 1863 y siguientes del Código Civil).

Características	“<i>Floating Charge</i>”	<i>Prenda Posesoria</i>
<i>Formalidades</i>	Documento privado. Habitualmente formalizada, entre otros, a través de la “ <i>debenture</i> ”	Documento público (póliza o escritura pública), de lo contrario no tendrá la consideración de título ejecutivo
<i>Otorgante</i>	Personas jurídicas. Excluye personas físicas	Personas físicas y jurídicas
<i>Titularidad</i>	Deudor	Deudor
<i>Poseción</i>	Deudor	Acreedor (en caso de pignoración de derechos de crédito, se sustituiría por la notificación)
<i>Obligaciones garantizadas</i>	Sujeto a pacto entre las partes. No incide en la naturaleza de la “ <i>floating charge</i> ”	Asegura el cumplimiento de una “obligación principal”
<i>Objeto garantizado</i>	Variedad de activos (“ <i>shifting</i> ”	Cosas muebles

³¹¹ FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. *Op. Cit.* “El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrales y la preferencia registral de los derechos inscritos”. Pág. 144.

Características	“Floating Charge”	Prenda Posesoria
	<i>pool of assets</i> ”), que pueden ser tanto presentes como futuros	En caso de derechos de crédito, puede abarcar derechos de crédito futuros, si bien sólo si los mismos son determinables
Facultad control activos	Deudor En el caso de que el acreedor ostente dichas facultades de control, puede reconvertirse en “fixed charge”	Sujeto a pacto entre las partes. No incide en la naturaleza de la prenda
Derecho de retención acreedor	Sí	Sí
Ejecución	Necesidad de previa cristalización (“ <i>crystallisation</i> ”) Nombramiento de “ <i>receiver</i> ” Amplitud de facultades de disposición	El acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda (ni disponer de ellas). Enajenación a través de subasta pública o notarial Existen procedimientos alternativos según normativa (Real Decreto-Ley 5/2005, Libro V del Código Civil de Cataluña, etc.), con el límite de no vulnerar la prohibición de pacto comisorio
Registro	Sí “ <i>Companies House</i> ”	No

3. LA PRENDA FLOTANTE EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO. ALTERNATIVAS A LA MISMA

3.1. MULTIPLICIDAD DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS. TRASLACIÓN PRÁCTICA

Una de las operaciones más complejas que hemos vivido estos últimos años y la cual ha tenido un gran impacto mediático ha sido **refinanciación y reestructuración de la deuda de Abengoa**, anunciando la compañía el pasado 31 de marzo de 2017 vía hecho relevante a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)³¹² que había completado su reestructuración financiera (“*Restructuring Completion Date*”).

Ha sido una operación de refinanciación que ha durado prácticamente 2 años, en la que se han vivido muchas tensiones, de la que queremos destacar esencialmente dos elementos.

Por una parte, la pluralidad de acreedores financieros, estando divididos esencialmente por dos grandes grupos: entidades bancarias y tenedores de bonos, cuyos intereses no siempre estaban alineados. Estarían también los proveedores comerciales, con una tipología de deuda muy distinta a los anteriores. Y por otra parte, una heterogeneidad de productos financieros, esto es, contratos de préstamo y crédito (bilaterales y de tipo sindicado, esencialmente focalizados a financiación de proyectos internacionales), contratos de “*factoring*”, contratos de descuento y/o líneas de avales (de carácter técnico o financiero).

A modo meramente enunciativo, la propia prensa económica³¹³ cuando intentaba informar sobre la composición del conjunto de acreedores, hacía las siguientes subdivisiones:

A nivel bancos, banca nacional y banca internacional, cada uno de estos grupos representados por las entidades con mayor participación de deuda en la compañía (denominados también como el “*steering committee*”), y desglosando su financiación

³¹² Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Hecho relevante publicado el 31 de marzo de 2017 (con número de registro oficial 250185): <https://www.cnmv.es/Portal/HR/verDoc.axd?t={019d17eb-b16e-49e9-8af0-ecc017281224}>

³¹³ *Vid.* Expansión de fecha 2 de diciembre de 2015. Pág. 3 (Sección Empresas).

en los siguientes sub-productos: préstamos corporativos, circulante y financiación de proyecto (“*project finance*”), financiados en distintas monedas según la legislación aplicable a dichas operaciones, entre otras, euros, dólares, reales brasileños, etc.

Como grupo totalmente diferenciado, los tenedores de bonos, encontrándonos desde grandes inversores institucionales a personas físicas que habían invertido en esta tipología de producto.

Las soluciones ofrecidas en el marco de dicha refinanciación también eran muy heterogéneas. Así, en un comunicado de fecha 10 de marzo de 2016 vía hecho relevante a la Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV)³¹⁴, en el que informaba de los elementos esenciales de la reestructuración, que no pasaba por una mera refinanciación, sino que precisaba también de una recapitalización del grupo, se estructuraban los siguientes elementos como pilares fundamentales: (i) una parte de dinero nuevo (“*fresh money*”); (ii) deuda antigua (a capitalizar); (iii) deuda financiera existente relacionada con necesidades de circulante (objeto de refinanciación); y (iv) aumento de capital, dejando además constancia de que el dinero nuevo se beneficiaría de un rango superior de garantías respecto a la deuda antigua.

Adicionalmente a los grupos de acreedores mencionados, no podemos olvidar que gran parte de las financiaciones crediticias, especialmente si su vencimiento es a medio o largo plazo, van asociadas a derivados financieros³¹⁵, estructurados como

³¹⁴ Comisión Nacional del Mercado de Valores (CNMV). Hecho relevante publicado el 10 de marzo de 2016 (con número de registro oficial 236094): <https://www.cnmv.es/Portal/HR/verDoc.axd?t={4249760d-e77a-455f-afcf-d77dd28f64fb}>

³¹⁵ SANZ CABALLERO, Juan Ignacio. “*Derivados Financieros*”. 1ª edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2000. Págs. 87 a 89. ISBN: 84-7248-760-1.

“*Un derivado es un contrato financiero cuyo valor depende del valor de uno o más activos, tipos o índices subyacentes de referencia; (...) bajo dicha denominación se engloban diferentes especies de productos financieros cuyo denominador común, tanto desde una perspectiva económica, referida en este caso al valor del derivado financiero en el mercado, como contractual, referida en este caso a las deudas de valor asumidas por las partes y que constituyen el contenido obligacional típico de estas figuras contractuales, se encuentra en el hecho de tratarse de contratos que resultan finalmente en un pago en efectivo cuyo importe viene determinado por referencia al valor, en el mercado y en una fecha futura, de un instrumento financiero determinado, cual es el tipo de interés, el tipo de cambio, los valores negociables, los índices de renta variable o las mercancías o materias primas (commodities)*”.

contratos de cobertura dirigidos a cubrir oscilaciones en los tipos de interés, y que representarían una relación jurídica autónoma e independiente respecto al propio contrato de financiación. Los acreedores bajo dichos contratos de derivados son conocidos con entidades de cobertura, siendo también acreedores garantizados a efectos de configurar las garantías.

Como se desprende de lo anterior, el término refinanciación estaría asociado directamente a una multiplicidad de acreedores y a una heterogeneidad de productos financieros, los cuales no siempre tiene que ser tratados paritariamente y en consecuencia pueden pactarse distintos rangos de prelación (“*senior*”, “*mezzanine*”, “*junior*”, etc.).

En base a la operación de Abengoa anteriormente expuesta y a efectos de centrarnos en la figura de la prenda como garantía, vamos a **construir una relación de potenciales financiadores e instrumentos financieros** que pueden llegar a convivir con cierta habitualidad en reestructuraciones internacionales de deuda de grupos de sociedades (excluyendo emisiones de deuda u operaciones de titulización, a fin de no generar mayor complejidad), para valorar seguidamente la posible forma de instrumentar y/o compartir tales garantías³¹⁶.

Tipología Financiadore	Tipología Financiación	Producto	Posible Garantía
Entidad Financiera	<i>Financiación corto plazo (circulante)</i>	Líneas de descuento (importación y/o exportación), líneas de avales (técnicos o financieros),	Garantía corporativa (fianza, aval o garantía a primer requerimiento) Habitual régimen de

³¹⁶ Supuesto de hecho construido a partir de la operación de Abengoa, pero modificado y adaptado expresamente a efectos del presente estudio, para explicar -sobre la base de los problemas que habitualmente nos encontramos en operaciones de financiación o refinanciación- las limitaciones de la prenda, siguiendo la metodología ABP (Aprendizaje Basado en Problemas). FONT RIBAS, Antoni. “*Líneas maestras del Aprendizaje por Problemas*”. Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado (Ejemplar dedicado a: El reto del Espacio Europeo de Educación Superior). Año 2004, Número 49. Págs. 79-95. ISSN: 0213-8646.

Tipología Financiadore	Tipología Financiación	Producto	Posible Garantía
		<i>“factoring”</i> , etc.	solidaridad de todos los acreditados
	Financiación medio/ largo plazo (adquisiciones, proyectos, etc.)	Contratos de préstamo y/o crédito	Garantía corporativa + garantías reales (pignoraticia/ hipotecaria)
	Financiación internacional (proyectos en el extranjero)	Contratos de préstamo y/o crédito	Garantía corporativa + garantías reales (pignoraticia/ hipotecaria)
	Derivados financieros	Contrato de Cobertura de interés (CMOF ³¹⁷ o ISDA ³¹⁸)	Posible igualdad de rango con garantías otorgadas bajo la financiación
Fondo de inversión/ gestión de activos (“hedge funds”)	Financiación corto/ medio plazo	Contratos de préstamo y/o crédito (habitualmente con opción de conversión en capital)	Garantía corporativa + garantías reales (pignoraticia/ hipotecaria)

¿Posibles formar de compartir garantías?

³¹⁷ Contrato Marco de Operaciones Financieras, elaborado por la Asociación Española de Banca (AEB) y por la Confederación Española de Cajas de Ahorros (CECA), y protocolizado en Acta autorizada por el Notario de Madrid, Don Ricardo-Isaías Pérez Ballarín con fecha 17 de diciembre de 2013, con el número 1.068 de su Protocolo.

³¹⁸ ISDA - International Swaps and Derivatives Association, Inc.

En el supuesto del derecho real de hipoteca, podríamos acudir a la hipoteca flotante, con la limitación subjetiva de que únicamente podrán beneficiarse de la misma los acreedores garantizados que pudieran ser calificados como “entidad financiera” (excluyendo por tanto a fondos de inversión o de gestión de activos).

En ese caso y para el supuesto de que se exija priorizar entre acreedores según sean considerados acreedores “*senior*” con rango preferente o acreedores “*junior*” con rango posterior, podríamos también establecer distintos rangos de hipotecas.

Si acudimos al Derecho inglés, la figura de la “*floating charge*” nos ofrece una gran flexibilidad, permitiendo incluir no sólo una multiplicidad de acreedores, sino también afectar una gran variedad de activos (que pueden ser tanto presentes como futuros).

¿Y el derecho real de prenda? No olvidemos que esta garantía es una de las más comunes en este tipo de operaciones, no teniendo que soportar (en términos generales) la carga impositiva que grava la hipoteca (devengo de AJD)³¹⁹.

La primera pregunta que nos hacemos es si podemos acudir al concepto de “obligación principal” recogido en el artículo 1857,1º del Código Civil, justificando que el conjunto de financiaciones mencionadas forman parte de una unidad de operación y que tienen una relación de dependencia recíproca y/o nexo o conexión causal entre sí, unas respecto de las otras.

Nos encontramos no sólo ante una pregunta de muy difícil respuesta, sino también ante una situación de vacío legal. Al respecto, nuevamente nos preguntamos:

- ¿Pueden agruparse como “unidad de operación” acreedores de diferente naturaleza, tales como entidades financieras, proveedores de cobertura de interés y/o fondos de inversión?

³¹⁹ Real Decreto Legislativo 1/1993, de 24 de septiembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

- ¿Qué ocurre con aquéllos contratos, como los contratos de derivados, que por su propia naturaleza representarían una relación jurídica autónoma e independiente respecto al resto de contratos de financiación?

Por nuestra parte, creemos firmemente que la normativa relativa a la prenda debiera ser actualizada con la finalidad de -al menos- intentar recoger alguna de las cuestiones apuntadas, pues la seguridad del tráfico jurídico así lo requiere, y en esta línea trabajaremos en la propuesta de “*lege ferenda*” recogida en nuestro último Capítulo.

Podemos anticipar que en estos casos los operadores del mercado no han interpretado el principio de especialidad bajo la literalidad de “una obligación-una prenda”, y que se ha acudido a fórmulas para expandir su conceptualización a “unidad de operación”/ “nexo causal”.

En ocasiones en que lo anterior no ha sido materialmente posible, se ha recurrido a otras estructuras (que en ocasiones se califican como de ingeniería jurídica y que a continuación desarrollaremos). No nos estamos refiriendo a reinterpretar figuras como el “*pignus gordianum*”, o a una construcción expansiva de la prenda “*ómnibus*”, sino esencialmente a las siguientes³²⁰:

- Una posible estructura consistiría en la constitución de distintas prendas asignando un porcentaje a cada obligación garantizada, que por desgracia implicaría necesariamente tener que “trocear” el activo pignorado, asignando a cada obligación una parte del mismo.
- Otra estructura giraría en torno a la posibilidad de constituir distintas prendas con rangos posteriores o sucesivos (segundos, terceros, etc.).

³²⁰ FOLLÍA MARTÍNEZ, Manuel y BARRAL GIL, Ángel. “*Estructuración de garantías reales: algunos apuntes sobre la multiplicidad de obligaciones garantizadas. Admisibilidad y coexistencia de distintos rangos*”. Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA). Año 2014, Número 886 (5 de junio de 2014). Pág. 4. ISSN: 1132-0257.

- En defecto del establecimiento de distintos rangos, sería posible pignorar, ya no el activo en sí mismo, sino el eventual derecho de crédito que puede nacer en sede de ejecución, esto es, el sobrante de la subasta.
- Y por otro lado, existiría también la opción de constituir prendas concurrentes con un mismo rango (rangos iguales).

3.2. PRENDAS SUCESIVAS EN DISTINTOS RANGOS O CONCURRENTES EN IGUALDAD DE RANGO

3.2.1. Concepto y marco legal

Nos referimos a la posibilidad de que un activo pignorado pueda ser ofrecido como garantía a través de una nueva prenda, esto es, se constituyan prendas en rangos³²¹ (sucesivos o simultáneos) sobre un mismo activo.

Como ya hemos apuntado en Capítulos anteriores en sede de prenda nada dispone nuestro Código Civil (más allá de hacer una referencia genérica a “*asegurar el cumplimiento de una obligación principal*” en su artículo 1857,1º).

En cuanto a la legislación catalana, como norma general, no estaría permitida, señalando el artículo 569-15.1 del Libro V del Código Civil de Cataluña que “*un bien pignorado no puede volverse a pignorar, salvo que sea en favor de los mismos acreedores y se distribuya la responsabilidad de las obligaciones garantizadas*”. La excepción relativa a que sea en favor de los mismos acreedores, la deja prácticamente sin efectos prácticos, pues como indicábamos cuando nos referíamos al concepto de refinanciación la misma implica *per se* una multiplicidad de acreedores garantizados.

³²¹ DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). “*Instituciones de Derecho Privado*”. Tomo II (Reales), Volumen 3º (autor GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael). 1ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 2003. Pág. 251. ISBN: 84-470-2087-8.

Se aporta una definición a nuestro juicio muy clarificadora sobre qué se entiende por rango y el valor del mismo, focalizado en sede hipotecaria: “*El rango del derecho real de hipoteca, que es atribuido en virtud del principio de prioridad al acceder al registro, determina el valor económico de la garantía*”.

Destacar también el régimen de la prenda sin desplazamiento de la posesión, que a pesar de que desde su promulgación en 1954 contenía una prohibición expresa a garantías sucesivas referenciada no sólo en su articulado, sino a la que hacía incluso mención su Exposición de Motivos, mediante la reforma contenida en la Disposición Final Tercera de la Ley 41/2007 la prohibición fue superada, permitiéndose la constitución de prenda sin desplazamiento sobre bienes ya pignorados: *“Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que podrá constituirse hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignorados”*.

Finalmente y de modo anecdótico, simplemente apuntar que -como se ha visto en la parte histórica- ya en Las Partidas (Ley XXVII y Ley XXXIV) parece que se aceptaba la figura de la segunda o tercera prenda: *“Porque razones el que toma la cosa a postremas a peños ha mayor derecho en ella que el primero (...) A dos omes podria ser empeñada una cosa, al uno primeramente, e al otro después”*.

En base a lo anterior y sin pretender entrar en consideraciones sobre si el régimen previsto bajo nuestra normativa es o no afortunado, podríamos concluir lo siguiente:

Tipología de prenda	Posibilidad de prendas en rangos (sucesivos o concurrentes)
<i>Prenda ordinaria Código Civil</i>	Ausencia de regulación
<i>Prenda Ley Catalana</i>	Prohibición general, salvo que sea en favor de los mismos acreedores y se distribuya la responsabilidad de las obligaciones garantizadas
<i>Prenda sin Desplazamiento de la Posesión</i>	Aceptación de rangos sucesivos, pero no detalla régimen legal aplicable Ausencia de regulación de rangos concurrentes

Con motivo de la parquedad de la regulación de la prenda en sede de nuestro Código Civil, nos preguntamos si el silencio del legislador debe interpretarse de manera positiva o negativa, o incluso si debiéramos aplicar a estos efectos analógicamente las previsiones contenidas en sede hipotecaria o bajo la prenda sin desplazamiento de la posesión.

A efectos de intentar sentar un criterio, seguimos a CARRASCO PERERA que daría por válidos los principios hipotecarios en sede prenda sin desplazamiento³²², en tanto que entiende que ninguna de las singularidades que la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento contiene respecto al régimen de la hipoteca inmobiliaria se explica por la naturaleza mobiliaria de dichos bienes, sino por un deseo legal de evitar complejidad al desenvolvimiento de estas garantías.

Atendiendo a lo anteriormente expuesto, y en el entendido de que dicha regla general de supletoriedad de la normativa hipotecaria respecto de las garantías mobiliarias sin desplazamiento también podría extenderse a las garantías posesorias, podríamos aceptar de forma generalizada la constitución de prendas sucesivas, salvo en sede de prenda Catalana, debido a las restricciones impuestas bajo el Libro V del Código Civil de Cataluña.

Es más, la analogía al derecho hipotecario nos permitiría validar no sólo la opción de prendas sucesivas en rangos, sino también la de prendas concurrentes en igualdad de rango, al estar admitida en sede de ejecución hipotecaria la posibilidad de que existan varias hipotecas del mismo rango, en concreto en virtud del artículo 227 del Reglamento Hipotecario³²³.

³²² CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *“Tratado de los Derechos de Garantía”*. Op. Cit. Tomo II, Edición 2015. Pág. 157.

“Entendemos que, pese a la naturaleza mobiliaria de los bienes gravados, el régimen supletorio más apropiado para la prenda es el referido a la hipoteca inmobiliaria, no el que disciplina las garantías mobiliarias sin desplazamiento posesorio”.

³²³ Artículo 227 del Reglamento Hipotecario.

“Se considerarán preferentes, a los efectos del artículo 131 de la Ley, las cargas o gravámenes simultáneos o del mismo rango que el crédito del actor”.

Más allá de que las hipotecas en igualdad de rango no estarían explícitamente previstas en la legislación hipotecaria, al presuponer su existencia el Reglamento Hipotecario, la igualdad de rango no es discutida y existe consenso sobre su admisibilidad y existencia³²⁴.

Lo mismo ocurriría con los negocios jurídicos sobre el rango hipotecario, tales como la permuta de rango, la posposición de rango y/o la reserva de rango, cuyo reconocimiento si bien no es explícito en la Ley Hipotecaria, sí sería implícito a través del Reglamento Hipotecario³²⁵.

3.2.2. Practicidad de la garantía. Cláusulas contractuales y riesgos

Una vez admitida la posibilidad teórica de existencia de dichas garantías pignoraticias en rangos (simultáneos o sucesivos), hemos de plantearnos sobre su funcionamiento en la práctica, así como sobre la efectividad y seguridad que pueden ofrecer a los operadores del mercado, especialmente considerando que a diferencia de las hipotecas no existe un registro que pueda dar publicidad a los diferentes acreedores que puedan ser beneficiarios de los distintos rangos (existiendo exclusivamente en la prenda sin desplazamiento de la posesión).

En este sentido, nos realizamos las siguientes preguntas (gran parte de ellas afectan directamente a la prenda sucesiva, y algunas sólo a la prenda en igualdad de rango, aunque por ser coherentes en cuanto a la sistemática de este apartado las trataremos conjuntamente):

- ¿Se precisa el consentimiento del acreedor pignoraticio preferente para constituir la garantía de segundo rango?

- ¿Hace falta fijar un máximo de responsabilidad?

³²⁴ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. *Op. Cit.* Tomo I, Edición 2015. Pág. 728. AZOFRA VEGAS, Fernando. *Op. Cit.* Tesis Doctoral “*La Hipoteca Flotante*”. Pág. 316.

³²⁵ PAU PEDRÓN, Antonio. “*La capacidad en los negocios sobre inmuebles*”. *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI)*. Año 1996, Número 634. Págs. 808 y 809. ISSN: 0210-0444.

- ¿Cómo se acredita el desplazamiento de la posesión?
- ¿Quién es el depositario?
- ¿Cuáles son las reglas de ejecución?
- En caso de ejecución del primer acreedor, ¿se puede llegar a producir la purga de la garantía?
- ¿Puede el segundo acreedor ejecutar la garantía antes que el primero? En ese caso y en el supuesto de que el adjudicatario de la garantía sea un tercero de buena fe que desconocía el gravamen preferente, ¿puede oponerse a ese tercero el derecho de prenda (adquiriendo el activo gravado con primera prenda)?

No es fácil encontrar soluciones dentro de la parca regulación que nuestro ordenamiento ofrece a la figura de la prenda, pero intentaremos ofrecer respuesta con la finalidad de sentar los criterios por los que creemos debiera regularse dicha figura.

En relación con el consentimiento del acreedor pignoraticio preferente, creemos que no sería necesario, salvo en defecto de regulación contractual entre las partes, esto es, por la aplicación de las cláusulas denominadas de “*negative pledge*”³²⁶, mediante las cuales acreedor y deudor acuerdan de mutuo acuerdo restricciones en cuanto al otorgamiento de garantías adicionales. Recordamos a estos efectos lo señalado en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento tras la reforma de la Ley 41/2007, que disponía expresamente que dichos pactos carecerían de eficacia, contenido con el que -como ya apuntamos en la correspondiente sección en que tratábamos este tema- no compartimos. Dicho lo anterior y como seguidamente veremos cuando tratemos temas relacionados con el desplazamiento posesorio, en sede de prenda ordinaria con

³²⁶ LOAN MARKET ASSOCIATION (LMA) - Single Term Facility Agreement. Negative Pledge Clause.

“No Obligor shall (and the Company shall ensure that no other member of the Group will) create or permit to subsist any Security over any of its assets”.

T.d.A.: *“Ningún Obligado podrá (y la Sociedad se compromete a que ninguna otra sociedad de su Grupo pueda) constituir o permitir que subsista Garantía alguna sobre cualquiera de sus activos”.*

desplazamiento, el primer acreedor debiera estar en todo caso informado a efectos de acordar cuál de los acreedores es el depositario, o si se nombra a un tercero a estos efectos.

En el supuesto de que el objeto de la pignoración no fueran activos, sino derechos de crédito, el desplazamiento posesorio sería sustituido por la notificación, notificación que no alteraría las reglas de prioridad, por determinarse la preferencia entre acreedores en razón a la fecha de la notificación³²⁷.

Respecto a la fijación de una responsabilidad máxima, más allá de que ello es expresamente exigido en alguna normativa (como en el Libro V del Código Civil de Cataluña), no creemos que sea esencial a efectos de determinar la validez y eficacia de la garantía.

No obstante, en cuanto al desplazamiento de la posesión, estamos ante un elemento esencial. El artículo 1863 de nuestro Código Civil³²⁸ (al igual que el artículo 569-13 del Libro V del Código Civil de Cataluña) entiende la desposesión del deudor como un requisito constitutivo de la prenda. En la misma línea, DÍEZ-PICAZO³²⁹ señala que *“para que exista el derecho de prenda, es necesario que la cosa no continúe en poder del constituyente del derecho”*, y complementa CARRASCO PERERA³³⁰ que la desposesión debe ser *“verdadera”* y *“continuada”*. En la misma línea, LACRUZ BERDEJO³³¹ señala que el desplazamiento posesorio desempeña una función esencial de *“control patrimonial y de publicidad”*.

³²⁷ MARTÍN BAUMEISTER, Bruno. *Op. Cit.* Pág. 260.

³²⁸ Artículo 1863 Código Civil.

“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”.

³²⁹ DÍEZ-PICAZO, Luis. *“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”*. Tomo VI (Derechos Reales). 1ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Civitas, 2012. Pág. 367. ISBN: 978-84-470-4056-8.

³³⁰ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *“Tratado de los Derechos de Garantía”*. *Op. Cit.* Tomo II, Edición 2015. Págs. 165 y 166.

³³¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis. *“Elementos de Derecho Civil”*. Tomo III (Derechos Reales), Volumen 2 (Derechos Reales Limitados. Situaciones de Cotitularidad). 2ª edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. Pág. 211. ISBN: 84-9772-309-0.

Así, en el supuesto de constituir una prenda posesoria sobre un bien ya dado en prenda, como indica VEIGA COPO³³², nada impide la realización de dicho negocio jurídico, siempre y cuando se cumpla con la entrega y desplazamiento posesorio, pudiendo designarse como poseedor al primer acreedor pignoraticio o, en su caso, a un tercero para que detente dicha posesión.

Más allá de ciertas dificultades que nos podemos encontrar respecto a la colaboración del depositario-acreedor en sede de ejecución, según VEIGA COPO el verdadero “*talón aquiliano*”³³³ es la realización del valor de la garantía por parte de cualesquiera acreedores pignoraticios, pues al carecer de una base registral pública, la debilidad de la garantía radica en que si un acreedor prendario ulterior ejecuta la prenda, toda vez que el crédito garantizado del primer acreedor prendario no hubiese vencido, la adjudicación por parte de un tercero conforme a los cánones del artículo 464 del Código Civil³³⁴ implicaría la extinción del resto de prendas constituidas sobre ese mismo bien.

A nuestro entender, más allá de la conveniencia de la advertencia realizada por dicho autor, en la práctica creemos que esta situación no es tan fácil que se dé, en tanto en caso de prendas con varios rangos habitualmente los acreedores suscribirán entre ellos el llamado contrato entre acreedores (“*intercreditor agreement*”)³³⁵, con la

“Asegura al acreedor que el deudor -o quien constituyere la prenda- no enajenará como libre, a terceros adquirentes de buena fe, en fraude de su derecho, el bien mueble gravado; y, al mismo tiempo, pone sobre aviso a los sucesivos -o precedentes, no privilegiados- acreedores del mismo deudor, sobre la limitación de solvencia que experimenta el patrimonio del mismo, consecuente a la afectación preferente del objeto pignorado.”

³³² VEIGA COPO, Abel B. *Op. Cit.* “*Tratado de la prenda*”. Pág. 302.

³³³ VEIGA COPO, Abel B. *Op. Cit.* “*Tratado de la prenda*”. Pág. 305.

³³⁴ Artículo 464 Código Civil.

“La posesión de los bienes muebles, adquirida de buena fe, equivale al título”.

³³⁵ LOAN MARKET ASSOCIATION (LMA). *“The Real Estate Loan Book”*. London: Edwin Buckley & Co, 2015. Pág. 109. ISBN: 978-0-9554973-3-9.

“The intercreditor agreement documents the relationship between the various creditors with exposure to a borrower group. It contractually subordinates amounts owing to mezzanine lenders and certain other creditors so that the senior lenders rank in priority to them”.

T.d.A. *“El contrato entre acreedores documenta la relación entre varios acreedores con el grupo del prestatario. Subordina contractualmente los importes debidos a los prestamistas subordinados u otros acreedores, con la finalidad de que los prestamistas senior tengan prioridad frente a ellos”.*

finalidad de regular sus relaciones jurídicas, especialmente el producto de la ejecución, y la documentación de la operación debiera incorporar también las llamadas cláusulas de vencimiento cruzado (“*cross default*”)³³⁶, con la finalidad de que cualquier incumplimiento bajo cualquiera de las financiaciones garantizadas permita a las partes financieras denunciar unilateralmente el contrato de financiación (“*cross acceleration*”).

Para finalizar, únicamente destacar que un pacto entre acreedores, pese a ser aceptado por nuestros tribunales y haber sancionado el Tribunal Supremo³³⁷ la validez de dichos pactos de reparto del producto de la ejecución entre los co-acreedores, en cuanto a su naturaleza les atribuye un alcance meramente obligacional y no real.

3.3. PRENDA DE REMANENTE: PRENDA DE DERECHOS DE CRÉDITO FUTUROS DERIVADOS DEL REMANENTE DE LA EJECUCIÓN

3.3.1. Concepto y marco legal

No nos referimos a las prendas de derechos de crédito que se consideran legalmente implícitas -con base en el principio de subrogación real- en prendas posesorias (o en hipotecas inmobiliarias) para el supuesto de que la cosa gravada se

³³⁶ LOAN MARKET ASSOCIATION (LMA) - Single Term Facility Agreement. Cross Default Clause.

“Any creditor of any member of the Group becomes entitled to declare any Financial Indebtedness of any member of the Group due and payable prior to its specified maturity as a result of an event of default (however described)”.

T.d.A.: *“Cualquier acreedor de cualquier sociedad del Grupo está facultado para declarar cualquier Endeudamiento Financiero de cualquier sociedad del Grupo vencido y pagadero con anterioridad a su fecha de vencimiento correspondiente como consecuencia del acaecimiento de un supuesto de incumplimiento (tal y como el mismo sea descrito)”.*

³³⁷ STS de 20 de enero de 2004 (RJ/2004/204).

“(…) por tanto, no sólo es que no necesite para su validez la inscripción en el Registro de la Propiedad, sino que ésta, caso de haber sido solicitada, forzosamente habría de ser denegada por el registrador, dado que no se trata de cláusula inscribible, precisamente por esa naturaleza obligacional y no real”.

extinga, se dañe o se pierda, ni a la pignoración del crédito pignorado³³⁸, sino al acuerdo voluntario de acreedor y deudor de que el sobrante de la ejecución (también conocido como “*surplus*”) y que habitualmente correspondería al acreditado³³⁹, se otorgue formalmente como garantía de otros créditos.

Dicha tipología de garantía se utiliza, en ocasiones, como alternativa a la prenda de rango sucesivo (analizada en la sección anterior), especialmente ante la imposibilidad de formalizar nuevas garantías sobre los mismos activos, como ocurre en la legislación catalana (artículo 569-15.1 del Libro V del Código Civil de Cataluña)³⁴⁰.

No obstante y pese a que tanto una prenda sucesiva en rango como una prenda de derecho de crédito de remanente aparentemente tengan una finalidad similar en cuanto a su pretensión de ofrecer una garantía adicional al acreedor garantizado, conceptualmente son garantías totalmente diferenciadas.

Así, mientras que en el primer caso se ofrecería como garantía un activo ya pignorado a través de una nueva prenda (en igualdad de rango o con rango sucesivo), en la prenda de remanente de ejecución lo que se otorga en garantía no es el activo dado originariamente como garantía, sino un objeto totalmente distinto, que sería el sobrante de la ejecución, que no deja de ser un derecho de crédito futuro, cuyo nacimiento estaría sujeto a la existencia de dicho remanente.

³³⁸ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. *Op. Cit.* Tomo II, Edición 2015. Págs. 227 y 257 (respectivamente).

³³⁹ Artículo 692 Ley de Enjuiciamiento Civil (Destino de las sumas obtenidas en la subasta de inmuebles).

“*Por el Secretario judicial se dará al precio del remate el destino previsto en el apartado 1 del artículo 654, pero el remanente, si lo hubiere, se retendrá para el pago de quienes tengan su derecho inscrito o anotado con posterioridad al del ejecutante. Si satisfechos estos acreedores, aún existiere sobrante, se entregará al ejecutado o al tercer poseedor*”.

³⁴⁰ HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Javier. *Op. Cit.* Pág. 34.

La prenda de remanente sería, por tanto, una “*prenda ordinaria de crédito de primer rango*”³⁴¹, con la particularidad de que ese derecho de crédito es futuro, esto es, sólo se materializará y tendrá valor económico si de la ejecución de la primera garantía hay superávit. Se trataría, por tanto y a los efectos del artículo 1273 del Código Civil³⁴² de un derecho de crédito determinable.

Poco más a remarcar sobre su marco legal, pues ya hemos tratado en Capítulos anteriores la prenda de derechos de crédito futuros, y como también apunta VEIGA COPO, “*hoy, ni la práctica, ni la dogmática, ni tampoco la jurisprudencia dudan de la licitud y admisibilidad de una prenda de créditos futuros*”³⁴³.

Ello no significa que dicha garantía no esté exenta de riesgos, pues como veremos en la sección siguiente en la que se valora la practicidad de dicha garantía, existen ciertas dudas sobre su alcance y eficacia real.

3.3.2. Practicidad de la garantía. Cláusulas contractuales y riesgos

La primera reflexión que realizamos es sobre la determinabilidad y la individualización del objeto dado en garantía, pues más allá de que intentemos concretar dicho derecho de crédito futuro, el mismo puede no llegar ni a existir, pues dicha garantía sólo será efectiva cuando haya superávit en el procedimiento de ejecución de la primera garantía.

De lo anterior, nos hacemos las siguientes preguntas:

- ¿Cuál es el valor de una garantía que en el momento de su formalización no tenemos certeza incluso de si la misma llegará a nacer?

³⁴¹ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. *Op. Cit.* Tomo II, Edición 2015. Pág. 250.

³⁴² Artículo 1273 Código Civil.

“*El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes.*”

³⁴³ VEIGA COPO, Abel B. *Op. Cit.* “*Tratado de la prenda*”. Pág. 465.

- ¿Puede llegar a entenderse que la prenda se constituirá no en la fecha que formalmente otorguemos dicha garantía, sino cuando dicho derecho de crédito (remanente, superávit, o “*surplus*”) llegue efectivamente a nacer?
- ¿Cuál sería la prioridad de eventuales cargas posteriores con transcendencia real (embargos) que puedan surgir en un futuro antes de que el referido remanente cristalice y se materialice?
- ¿En qué momento debe ser notificada dicha prenda al deudor?

Conviene distinguir entre los créditos dinerarios ya nacidos pero todavía no exigibles, y los créditos por nacer (en el sentido de “*aún no nacidos*”). En opinión de MARTÍN BAUMEISTER, en el primer caso parece admisible la constitución de prenda con arreglo a las reglas de la cesión de créditos, mientras que en el segundo “*sólo cabría el otorgamiento de una promesa de prenda sometida a la condición suspensiva del nacimiento del crédito*”³⁴⁴.

MENCHÉN CALVO, TARRAGONA FERNÁNDEZ y PÉREZ SANZ³⁴⁵, atendiendo a la redacción literal del actual artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, son de la opinión que el momento temporal del nacimiento del crédito sería el momento en que “*la relación jurídica de la que nazcan los derechos de crédito pignorados (sobre cuyos derechos de crédito se constituye la prenda)*” existan y sean formalizados³⁴⁶.

Atendiendo a lo anterior, que compartimos, siempre que: (i) constituyamos la prenda de derechos de crédito de remanente en documento público, e (ii) identifiquemos

³⁴⁴ MARTÍN BAUMEISTER, Bruno. *Op. Cit.* Pág. 263.

³⁴⁵ MENCHÉN CALVO, Javier, TARRAGONA FERNÁNDEZ, Elena y PÉREZ SANZ, Cándido. *Op. Cit.* Pág. 184.

³⁴⁶ STS de 13 de marzo de 2017 (RJ 2017/981).

El Tribunal Supremo reitera su criterio en relación con la resistencia de las prendas sobre derechos futuros en el concurso y confirma que este tipo de garantías gozan de privilegio especial conforme al artículo 90.1.6º de la Ley Concursal, incluso bajo su redacción anterior a la Ley 40/2015, 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.

la relación jurídica de la que dichos derechos de crédito provienen, dicha prenda debería ser considerada como un crédito con privilegio especial, y gozaría de la protección que la Ley Concursal otorga a los mismos.

En cuanto al traslado posesorio (que en este caso se realizaría mediante la notificación al deudor), ya hemos dejado constancia de nuestra opinión en la sección anterior, entendiendo que la desposesión es un elemento esencial, citando a DIEZ-PICAZO, LACRUZ BERDEJO y a CARRASCO PERERA.

No obstante, para el supuesto concreto de la prenda de derechos de crédito, nos encontramos con una disparidad de criterios sobre la naturaleza que debiera tener tal notificación al deudor del derecho de crédito cedido, especialmente motivada -como ya hemos visto en el Capítulo relativo a la prenda sin desplazamiento- por la última redacción dada al artículo 90.1.6º de la Ley Concursal³⁴⁷ tras la reforma operada mediante la Disposición Final Quinta de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, que no exige notificación al deudor.

Parte de la doctrina estima, en línea de lo anterior, que simplemente se trataría de un requisito de publicidad cuya finalidad principal sería la protección del acreedor frente al pago que el deudor pudiera hacer al acreedor del titular del crédito objeto de la garantía, entre la cual sorprendentemente se encuentra CARRASCO PERERA, que si bien en el capítulo (Capítulo 26) relativo a constitución y objeto de la prenda manifestaba que la desposesión debía ser “verdadera” y “continuada”³⁴⁸, cuando en el Capítulo 28 analiza la prenda de créditos, parece flexibilizar dichos criterios y manifiesta -siguiendo a PANTALEÓN PRIETO- que “la notificación de la prenda-

³⁴⁷ Artículo 90.1.6º Ley Concursal.

“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 para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados”.

³⁴⁸ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “Tratado de los Derechos de Garantía”. Op. Cit. Tomo II, Edición 2015. Págs. 165 y 166.

cesión no es una forma de publicidad negativa ni positiva equivalente al traslado posesorio”³⁴⁹.

En línea de lo anterior, la Resolución de la DGRN de 18 de marzo de 2008 (RJ 2008/809) considera la notificación al deudor cedido como requisito de publicidad en la prenda ordinaria, pero que no adquiere el rango de requisito constitutivo.

Por otra parte y como ya hemos visto en secciones anteriores, en el artículo 569-13.3 del Libro V del Código Civil de Cataluña se contempla la notificación al deudor cedido dentro de los requisitos de constitución de la prenda.

Y en la misma línea, mencionar lo dispuesto por nuestro más alto Tribunal, cuya opinión compartimos, y que se han manifestado en varias ocasiones sobre el carácter constitutivo de la notificación, como la STS de 19 de abril de 1997 (RJ 1997/3929), la STS de 30 de abril de 2006 (RJ 2006/9487), o citando alguna más reciente, la STS de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009/1360)³⁵⁰.

Por intentar concluir sobre lo anterior, a efectos de la efectiva constitución de la prenda sobre el remanente de la ejecución, no creemos que la notificación debiera ser un problema, pues en la práctica de mercado dicha prenda no se suele constituir en un documento separado, sino dentro del clausulado de la propia prenda cuyo remanente en caso de ejecución queremos aprehender, por lo que el deudor ya es parte y puede dar el consentimiento mediante su comparecencia en la misma escritura.

3.4. PRENDAS POR PORCENTAJES

³⁴⁹ CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. *Op. Cit.* Tomo II, Edición 2015. Págs. 252 y 253.
PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “*Cesión de créditos*”. Anuario de Derecho Civil (ADC). Año 1988, Número 4. Pág. 1064 y ss. ISSN: 0210-301X.

³⁵⁰ STS de 3 de febrero de 2009 (RJ 2009/1360).
“*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 de acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto de aquella prenda*”.
“*Si se trata de prenda de derecho se constituye no por desplazamiento de la posesión sino por comunicación al deudor (...)*”.

3.4.1. Concepto y marco legal

Esta opción, conocida también como “paquetización”, consiste en -cuando la naturaleza del activo así lo permite- proceder a la división del propio activo en paquetes para que cada uno de los activos resultantes de esa operación de división pueda servir de garantía a cada una de las distintas obligaciones que se pretende garantizar.

Por tanto, se constituirían distintas prendas individuales e independientes entre ellas sobre cada paquete de activos, asignando un porcentaje a cada obligación que se pretende garantizar.

Dicha opción nada tiene que ver con las alternativas comentadas en las últimas secciones de la presente (unidad de obligación garantizada, prendas en rangos, pignoración del remanente de la ejecución, etc.), pues pese a que constituyamos una multiplicidad de prendas, en ningún momento hay identidad de objeto o solapamiento de obligaciones garantizadas, ya que cada prenda se constituiría individualmente sobre un paquete de activos determinados.

Tomemos como ejemplo las acciones o participaciones que integran el capital social de una sociedad, formándose distintos grupos de acciones sobre los que se constituirían individualmente cada una de las prendas en garantía de las distintas obligaciones garantizadas.

Lo anterior sería compatible con las distintas regulaciones analizadas en materia de prenda, tanto en sede de prenda ordinaria como de prenda sin desplazamiento, en tanto permitiría incluso llevar al extremo de la literalidad el principio “una obligación-una prenda”.

Nos preguntamos entonces si dicha alternativa podemos considerarla como la única e idónea para garantizar una multiplicidad de obligaciones, y la respuesta (como veremos a continuación) lamentablemente es que no, por dos motivos, el primero porque supone “trocear” el activo con los riesgos que ello implica en sede de ejecución,

y el segundo por la complejidad práctica que conlleva tener que subdividir obligaciones garantizadas y asignarles porcentajes o porciones de activos.

3.4.2. *Practicidad de la garantía. Cláusulas contractuales y riesgos*

Creemos que la mejor forma de valorar las ventajas e inconvenientes de la prenda por porcentajes es intentar construir nuestro análisis nuevamente a través de un ejemplo, que haremos en base a la relación ya vista de potenciales financiadores e instrumentos financieros que pueden llegar a convivir con cierta habitualidad en reestructuraciones de deuda de grupos de sociedades. No obstante, simplificaremos más su estructura asumiendo para este supuesto en concreto que todos ellos tienen como única garantía la totalidad de acciones o participaciones que integran el capital social de una sociedad, activo que a nuestros entender sería el más apropiado a este fin, pues un conjunto de acciones o participaciones son fácilmente susceptibles de individualización o paquetización.

Tipología Financiadore 351	Tipología Financiación	Producto/ Entidad Financiera		Garantía (Prenda Acciones) (100 acciones, numeradas de la 1 a la 100)
Entidad Financiera	<i>Financiación circulante</i>	Contrato de Factoring Sindicado	Banco 1 Banco 2 Banco 3 (Agente Banco 1)	Acciones nº 1 a 20
		Línea de Crédito	Banco 1	Acciones nº 71 a 74

³⁵¹ Se asume adicionalmente que en dicho proceso de financiación: (i) exclusivamente participan 3 entidades financieras, no habiendo financiadores de la naturaleza de fondos de inversión o gestión de activos (“*hedge funds*”), ni tampoco emisiones de deuda de ningún tipo; y (ii) las acciones se distribuyen en atención al valor económico de la obligación garantizada y sin prelación de rango entre los distintos acreedores.

Tipología Financiador 351	Tipología Financiación	Producto/ Entidad Financiera		Garantía (Prenda Acciones) (100 acciones, numeradas de la 1 a la 100)
		Contrato de Factoring	Banco 3	Acciones nº 75 a 78
		Línea de Avales (2 contratos)	Banco 2	Acciones nº 79 a 81
			Banco 3	Acciones nº 82 a 85
		Financiación Export (3 contratos)	Banco 1	Acciones nº 86 a 90
			Banco 2	Acciones nº 91 a 95
			Banco 3	Acciones nº 96 a 100
		<i>Financiación proyecto inmobiliario</i>	Contrato de Préstamo Sindicado	Banco 1 Banco 2 Banco 3 (Agente Banco 1)
	<i>Financiación internacional construcción planta USA</i>	Préstamo bilateral	Banco 1	Acciones nº 65 a 70
	<i>Derivados financieros (relacionados con la financiación de proyecto inmobiliario)</i>	Contrato de Cobertura de interés (CMOF) (3 contratos)	Banco 1	Acciones nº 50 a 54
			Banco 2	Acciones nº 55 a 59
			Banco 3	Acciones nº 60 a 64

Como se desprende de la tabla anterior, se constituirían 13 derechos reales de prenda, cada uno de ellos sobre un paquete de acciones concreto y en garantía de una determinada financiación. Por tanto, no se produce ninguna ruptura del principio de especialidad, que se respetaría como ya hemos mencionado incluso hasta el extremo de la literalidad del mismo “una obligación-una prenda”.

Su mayor inconveniente es que supone necesariamente “trocear” el activo con los riesgos que ello implica en sede de ejecución, salvo que los distintos acreedores hayan firmado un acuerdo entre acreedores determinando las reglas de ejecución, cuyo contenido tendría que apuntar a que la ejecución sólo podría hacerse conjuntamente y estar sujeta a unanimidad de los acreedores (o en su caso, mayoría cualificada).

De lo contrario, si no se limitara dicho derecho a ejecutar, se podría acabar sacando a subasta un porcentaje de las acciones de una compañía (y no la totalidad), lo cual acabaría perjudicando a todas las partes³⁵², incluso al ejecutante, en tanto: (i) a efectos del ejecutante, el valor de una participación minoritaria no favorece el obtener un precio de mercado de dicha participación; (ii) a efectos del adquirente, éste obtendrá una participación minoritaria (y no de control); y (iii) a efectos de la compañía ejecutada, ésta tendrá que gestionar su día a día con un minoritario, cuyos intereses probablemente no vayan en línea con el interés social de la sociedad.

Concluyendo sobre la figura antes referida, más allá de que las prendas por porcentajes respeten el principio de especialidad y se pueda evitar el troceamiento y pérdida de valor de la garantía mediante pactos de ejecución conjunta, en la práctica no es muy utilizada, por su complejidad instrumental y operativa, no sólo en su formalización cuando se constituye, sino también durante su vigencia, pues cualquier novación de importes o cambio de estructura de la financiación supone la necesidad de ir novando y adaptando los referidos paquetes o porcentajes.

³⁵² FOLLÍA MARTÍNEZ, Manuel y TOVAR FRENCH, Luis. “*Financiación sindicada y coyuntura económica*”. Revista Negocio. 18 de enero de 2010. Pág. 28.

CAPÍTULO VI.

CONCLUSIONES

1. CONCLUSIONES

1) Evolución de la figura de la prenda desde una perspectiva histórica.

- La prenda en Derecho Romano (*“pignus”*), bien sea por referencia legal, interpretación jurisprudencial o construcción doctrinal, comprendía tanto bienes muebles como bienes inmuebles. Incluso en una fase posterior, cuando se reguló la prenda sin entrega de la posesión (*“pignus conventum”*, también conocida como *“hypoteca”*), la misma se refería también tanto a bienes muebles como inmuebles.
- Las Partidas tampoco aluden a la hipoteca, y dedican a la prenda (*“peño”*) nada menos que cincuenta Leyes agrupadas en el Título XIII de la Quinta Partida, siendo una normativa que presenta una casuística muy variada y dando cabida incluso a la prenda de la cosa ya dada en prenda, que -como veremos- nuestro ordenamiento jurídico actual no regula de forma clara ni sistemática.
- No fue hasta la Codificación cuando se van disgregando las figuras de la hipoteca y de la prenda, reservando la prenda a bienes muebles y la hipoteca a bienes inmuebles, normativa no obstante excesivamente rígida y dogmática, hecho que intentó ser remediado mediante la promulgación de normas y leyes especiales, tales como la Prenda Agrícola, la Prenda Triguera y Aceitera, la Prenda Industrial, o la Ley de 5 de diciembre de 1941 (superada por la normativa de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 1954, actualmente vigente).

2) **Dispersión normativa (en ocasiones incompatible entre ella) y legislación de garantías anacrónica, más pensada para una economía agraria que no una moderna economía de servicios.**

- La dispersión normativa ha sido una realidad con la que se ha venido conviviendo hasta la actualidad. Actualmente coexisten una multiplicidad de cuerpos normativos en materia de prenda, habiendo grandes diferencias temporales en cuanto a la promulgación de los mismos. Así, los preceptos del Código de Comercio de 1885, del Código Civil de 1889 o de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 1954, alejados de nuestra moderna economía de servicios, deben convivir con el régimen previsto bajo el Real Decreto-Ley 5/2005, relativo a operaciones de garantía y obligaciones financieras, o con la regulación que da a la prenda el Libro V del Código Civil de Cataluña de 2006.

- La normativa antes indicada, adicionalmente, no siempre es compatible en su contenido y adolece de ciertas inconsistencias. A modo de ejemplo, el Código Civil (artículo 1857.1º) únicamente se refiere a “obligación principal”, mientras que la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento (artículo 2, tras la reforma de la Ley 41/2007) dio cabida a la constitución de garantías sobre bienes que ya estuvieren hipotecados o pignoralos, hecho que no contempla nuestro Código Civil (ni en positivo ni en negativo). Por su parte, la normativa de prenda en Cataluña (artículo 569-15.1) prohibió expresamente tal posibilidad disponiendo que un bien pignoralo no podía volverse a pignoralo, salvo que fuera en favor de los mismos acreedores, siempre y cuando se distribuyera la responsabilidad de las obligaciones garantizadas.

3) Ausencia de definición específica del principio de especialidad referido a la prenda. Necesidad de creación de figuras determinadas para dotar de funcionalidad a la prenda.

- Nunca se ha definido con precisión el principio de especialidad bajo la prenda. En ocasiones, incluso se ha confundido con los principios de determinación o accesoriedad, sin estar clarificado el concepto de “obligación principal” al que se refiere el artículo 1857.1º del Código Civil.

- A efectos de dotar de mayor funcionalidad y practicidad a la prenda, se han venido utilizando ciertas sub-especialidades de prenda, mediante las cuales se pretende expandir el referido rígido principio de especialidad, intentando flexibilizar la figura de la prenda y así garantizar obligaciones adicionales a la principal (si bien relacionada con ésta), lo que se ha venido haciendo a través de figuras como el “*pignus gordianum*” o la prenda “*ómnibus*”.

4) Funcionabilidad de la prenda, marco jurídico y actuaciones que se precisan para hacer más eficiente dicha figura y dotarla de una mayor seguridad jurídica.

- Más allá de que históricamente la prenda ha sido la garantía de pago de deudas más utilizada, el contexto antes mencionado conjuntamente con la aparición de un cuerpo normativo unificado y sistemático relativo a la hipoteca -combinado no sólo con su publicidad y seguridad registral, sino también con la flexibilidad que aporta para constituir una pluralidad de obligaciones garantizadas (tal y como se desprende de la redacción dada al artículo 153 bis tras la reforma de la Ley 41/2007)-, ha restado importancia a la prenda.
- ¿Qué podemos hacer para dotar de mayor seguridad y eficacia al régimen de la prenda, al mismo tiempo que flexibilizarlo para que pueda garantizar varias obligaciones?
- Ello ha sido precisamente la finalidad de este estudio, para lo cual hemos analizado la normativa vigente en materia de prenda, la doctrina científica y la jurisprudencia, e incluso normativa que podíamos entender aún, como podría ser la relativa a la hipoteca flotante de la Ley 41/2007 o incluso la regulación de las llamadas “*floating charges*” bajo Derecho anglosajón.

5) Flotabilidad de la prenda. Aproximación al régimen de las garantías flotantes de la Ley 41/2007 y a las “*floating charges*” de Derecho anglosajón.

- La normativa relativa a la hipoteca flotante de la Ley 41/2007 o incluso la regulación de las llamadas “*floating charges*” bajo Derecho anglosajón, más allá de que pueda ser inspiradora a efectos de valorar modificaciones en el principio de especialidad en sede prenda, no puede ser directamente aplicable ni transpuesta en sus mismos términos.
- En relación con la Ley 41/2007, mediante la introducción del artículo 153 bis se admitió lo que consideramos una hipoteca flotante “pura”, mediante la cual es posible gravar un bien en garantía de obligaciones distintas, incluso aunque carezcan de nexos causales entre ellas. En virtud de dicha figura, que sólo aplica a acreedores que puedan ser calificados como “entidades financieras” y a Administraciones Públicas, se pone fin a la concepción clásica del principio de especialidad interpretado como “una obligación-una hipoteca”, así como al criterio sentando por la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples resoluciones, en particular, la Resolución de la DGRN de 25 de abril de 2005 (RJ2005/5538).

Dicho lo anterior, no se puede obviar que la existencia de un Registro en sede hipotecaria (inexistente en la prenda ordinaria con desplazamiento de la posesión) tiene sus consecuencias favorables en cuanto a poder garantizar tal multiplicidad de obligaciones.

- Respecto a las “*floating charges*”, más allá de su similitud terminológica con la hipoteca flotante, no sería la vía más apropiada. Mientras que nuestra hipoteca flotante se caracteriza por poder garantizar una pluralidad de obligaciones, el elemento definitorio de una “*floating charge*” sería el objeto otorgado como garantía (variedad de activos presentes y futuros), dando control y autonomía de disposición al deudor, y precisando de la denominada cristalización para que el acreedor pueda tomar el control de tales activos dados en garantía y poder realizarlos.

Adicionalmente, el régimen legal aplicable a una “*floating charge*” no puede equipararse con la protección ofrecida por nuestro sistema de garantías, gozando el acreedor garantizado por prenda de un verdadero crédito con

privilegio especial bajo la Ley Concursal, y ostentando dicho acreedor cierto control sobre el activo dado en garantía, circunstancias no existentes en una garantía flotante bajo Derecho inglés.

6) Propuesta de “*lege ferenda*”.

- Nuestra propuesta de “*lege ferenda*”, que pivotaría alrededor de una flexibilización y redefinición del principio de especialidad, estaría basada en las siguientes directrices:
 - Unificar la heterogeneidad y contradicciones existentes en cuanto al concepto de “obligación garantizada” en la normativa de prenda, especialmente entre los preceptos de nuestro Código Civil, Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento, y normativa catalana (Libro V del Código Civil de Cataluña).
 - Redefinir qué se entiende por “obligación principal”, con base en las Resoluciones de la DGRN de 2 de enero de 2013 (La Ley 1984/2013) y 3 de enero de 2013 (La Ley 3255/2013), de contenido análogo y relativas a la constitución de una garantía de prenda sin desplazamiento en garantía de obligación futura, y de las cuales extractamos su razonamiento en torno al concepto de “nexo causal” (“*conexión causal entre sí o relación de dependencia recíproca, de unas respecto de otras*”).
 - Dar cobertura en sede de prenda y de forma generalizada a las pignoraciones sucesivas en distintos rangos o concurrentes en igualdad de rango, pensando especialmente en aquellos casos en que no podamos usar el concepto redefinido de “obligación principal” (según lo indicado en el párrafo anterior), bien por haber una multiplicidad de obligaciones garantizadas (independientes entre ellas y que no presenten conexión alguna), bien porque se acuerde entre las partes establecer rangos (simultáneos o sucesivos) entre las mismas. Para estos casos, hemos creído conveniente requerir que se

distribuya la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas, en línea de lo señalado en el Libro V del Código Civil de Cataluña (artículo 569-15.1), pero sin exigir unidad de partes.

Ello, como hemos estado viendo en el Capítulo V, se viene haciendo de forma regular en la práctica y sin apenas cobertura legal, especialmente en operaciones de refinanciación o reestructuración de deuda, como puede ser la operación de Abengoa o el supuesto de hecho basado en dicha operación y creado “*ex professo*” para este estudio siguiendo la metodología ABP (Aprendizaje Basado en Problemas), con la finalidad de explicar la casuística de dichas transacciones.

- Hemos evitado excesos legislativos, queriendo clarificar los conceptos, acudiendo subsidiariamente a los principios hipotecarios en defecto de regulación entre las partes, y promoviendo por tanto que sean las propias partes quienes fijen entre ellas las reglas fundamentales mediante las cuales rijan sus relaciones, especialmente en cuanto a ejecución se refiere.
- Se trataría, por tanto, de una propuesta de “*lege ferenda*” conceptual, huyendo de la casuística y exceso de detalle presente en muchas de nuestras normas recientemente promulgadas y acudiendo a conceptos, en línea de la claridad de la regulación presente en la época Codificadora.
- No proponemos modificar el régimen legal relativo al “*pignus gordianum*” o la prenda “*omnibus*”, pues dichas figuras ya han sido analizadas por la doctrina y jurisprudencia, y pese algunas discusiones sobre algunos de sus elementos, no hay dudas sobre su admisibilidad y eficacia.
- Tampoco realizamos propuesta alguna respecto a la prenda de derechos de crédito derivada del remanente de ejecución, ni en relación con la prenda por porcentajes, ya que dichas figuras no contravienen el principio de especialidad:

- En el primer caso, lo que se otorga en garantía no es el activo dado originariamente en garantía, sino un objeto totalmente distinto, que sería el sobrante de la ejecución; y
- En el segundo caso, se procede a la división del activo dado en garantía en paquetes para que cada uno de los activos resultantes de esa operación de división pueda servir como garantía, asignándose un porcentaje a cada obligación que se pretenda garantizar.

7) Otras propuestas de mejora relativas al régimen de prenda (no desarrolladas, por no ser objeto de este estudio).

- Creemos conveniente destacar ciertos temas que, pese a no ser objeto de nuestro estudio ni de nuestra propuesta de “*lege ferenda*”, han sido también comentados, señalando a continuación algunas ideas para el caso de que en un futuro pueda ser valorada la modificación de dichos preceptos, en particular:
 - Las diferentes opciones de ejecución en la prenda según la normativa aplicable, en concreto, el régimen de venta directa recogido exclusivamente en la prenda catalana (detallado en el artículo 569-20.3 del Libro V del Código Civil de Cataluña), que creemos podría ser una vía de ejecución válida dentro del régimen común de prenda reconfigurándose a través del “pacto marciano”; y/o
 - Las contradicciones existentes en cuanto a la naturaleza de la notificación en sede de prendas de derechos de crédito, existiendo preceptos en la normativa de la prenda que otorgan a la notificación al deudor el rango de requisito constitutivo (véase artículo 569-13.3 del Libro V del Código Civil de Cataluña), que entraría en directa contravención con normativa concursal que no lo exige (véase artículo 90.1.6º de la Ley Concursal).

- Todo ello lleva a la conclusión de que nuestro Derecho positivo de garantías no es coherente, y que probablemente la única solución sería promulgar una nueva ley general de garantías, focalizada en las necesidades de nuestra moderna economía de servicios, y que estuviera unificada y permitiera acabar con la actual heterogeneidad y dispersión normativa.
- En este sentido, el Congreso de los Diputados anunciaba el pasado febrero 2014³⁵³ -a través de sus notas de prensa- una serie de medidas dirigidas al fomento de la financiación empresarial, entre otras, la aprobación de una Ley de Garantías Mobiliarias Registrables con la finalidad de ampliar los bienes susceptibles de pignoración en operaciones de financiación, así como dotar de mayor seguridad a las garantías constituidas.
- La propuesta anterior estaría pendiente de desarrollo. Adicionalmente, creemos que los términos de su mero planteamiento volverían a incidir en una variedad de regímenes jurídicos, por una parte uno relativo a garantías mobiliarias inscribibles (al que se refiere), y otro (no mencionado) que sería el de garantías mobiliarias no inscribibles. A nuestro juicio, no obstante, el régimen legal de la prenda debería ser único y unificado para los dos tipos de garantías, inscribibles y no inscribibles, estableciendo en su caso las subespecialidades que correspondieran fruto de sus particularidades en cuanto a sus formalidades de constitución y perfección.

2. PROPUESTA DE “*LEGE FERENDA*”

Las propuestas de “*lege ferenda*” contenidas en este Capítulo se han ordenado siguiendo sistemáticamente el texto legal de, en primer lugar, el Código Civil, en

³⁵³ Congreso de los Diputados/ Sala de Prensa/ Notas de Prensa: 27 de febrero de 2014. Resoluciones aprobadas propuestas por el Grupo Popular.

http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/SalaPrensa/NotPre?_piref73_7706063_73_1337373_1337373.next_page=/wc/detalleNotaSalaPrensa&idNotaSalaPrensa=12170&anyo=2014&mes=2&pagina=1&mostrarvolver=S&movil=null

“Relativa a la adopción de medidas de fomento de la financiación empresarial:

5. *Aprobar una Ley de Garantías Mobiliarias Registrables que amplíe el grupo de bienes susceptibles de ser pignorados en operaciones de financiación, dotando de seguridad jurídica a las garantías constituidas y modernizando el funcionamiento del Registro de Bienes Muebles”.*

segundo lugar, La Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento y, en tercer lugar, el Libro V del Código Civil de Cataluña.

2.1. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL

- Artículo 1857

Son requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:

1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal, o varias obligaciones conjuntamente siempre y cuando tengan conexión causal entre sí o presenten una relación de dependencia recíproca, unas respecto de las otras.

2.º Que la cosa pignorada o hipotecada pertenezca en propiedad al que la empeña o hipoteca.

3.º 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.

- Nuevo Artículo 1857 bis

En el supuesto de constituir prenda sobre diferentes obligaciones independientes y que no presenten conexión alguna entre ellas, deberá distribuirse la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas, y en caso de que se otorguen en garantía bienes o derechos que ya estuvieren pignorados, deberán pactarse entre las partes las reglas de ejecución, atendiendo en defecto de acuerdo a las disposiciones establecidas en la normativa hipotecaria que pueda ser de aplicación.

2.2. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DE LA LEY DE HIPOTECA INMOBILIARIA Y PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO

- **Artículo 2**

1. Carecerá de eficacia el pacto de no volver a hipotecar o pignorar los bienes ya hipotecados o pignorados, por lo que

La hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión puede asegurar el cumplimiento de una obligación principal, o varias obligaciones conjuntamente siempre y cuando tengan conexión causal entre sí o presenten una relación de dependencia recíproca, unas respecto de otras.

2. En el supuesto de: (A) constituir hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión sobre diferentes obligaciones independientes y que no presenten conexión alguna entre ellas, deberá distribuirse la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas, y en el caso de: (B) otorgar en garantía bienes o derechos que ya estuvieren hipotecados o pignorados, aunque lo estén con el pacto de no volver a hipotecar o pignorar: (i) para la hipoteca mobiliaria se seguirán las disposiciones que sean aplicables contenidas en la Ley Hipotecaria; y (ii) para la prenda sin desplazamiento de la posesión deberán pactarse entre las partes las reglas de ejecución, atendiendo en defecto de acuerdo a las disposiciones establecidas en la normativa hipotecaria que pueda ser de aplicación.

3. También podrá constituirse hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento sobre el mismo derecho de hipoteca o prenda y sobre bienes embargados o cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho.

El presente apartado carecerá de efectos retroactivos.

2.3. PROPUESTA DE MODIFICACIÓN DEL LIBRO V DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

- **Article 569-12. Concepte de penyora**³⁵⁴

³⁵⁴ T.d.A.: Artículo 569-12. Concepto de prenda.

El derecho de prenda, ~~que~~ puede constituirse sobre bienes muebles, valores, derechos de crédito o dinero en garantía del cumplimiento de una obligación principal, o varias obligaciones

El dret de penyora, ~~que~~ es pot constituir sobre béns mobles, valors, drets de crèdit o diners en garantia del compliment d'una obligació principal, o diverses obligacions conjuntament sempre que tinguin connexió causal entre sí o presentin una relació de dependència recíproca, unes respecte d'unes altres.

Mitjançant la penyora, es faculta al creditor a posseir els béns o drets de crèdit abans esmentats, per ell mateix o per una tercera persona si s'ha pactat, i, en cas d'incompliment de l'obligació garantida, a sol·licitar-ne la realització del valor.

- **Article 569-15. Pluralitat de penyores i indivisibilitat**³⁵⁵

~~1. Un bé empenyorat no es pot tornar a empenyorar, llevat que sigui a favor dels mateixos creditors i es distribueixi la responsabilitat de les obligacions garantides.~~

En el supòsit de constituir penyora sobre diferents obligacions independents i que no presentin connexió alguna entre elles, haurà de distribuir-se la responsabilitat entre les obligacions garantides, i en cas que s'atorguin en garantia béns o drets que ja estiguessin pignorats, hauran de pactar-se entre les parts les regles d'execució, atenent a falta

conjuntamente siempre y cuando tengan conexión causal entre sí o presenten una relación de dependencia recíproca, unas respecto de otras.

Mediante la prenda, se faculta al acreedor para poseer los bienes o derechos de crédito antes mencionados, por él mismo o por una tercera persona si se ha pactado, y, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, para solicitar la realización del valor.

³⁵⁵ T.d.A.: Artículo 569-15. Pluralidad de prendas e indivisibilidad.

~~1. Un bien pignorado no puede volverse a pignorar, salvo que sea a favor de los propios acreedores y se distribuya la responsabilidad de las obligaciones garantizadas.~~

En el supuesto de constituir prenda sobre diferentes obligaciones independientes y que no presenten conexión alguna entre ellas, deberá distribuirse la responsabilidad entre las obligaciones garantizadas, y en caso de que se otorguen en garantía bienes o derechos que ya estuvieren pignorados, deberán pactarse entre las partes las reglas de ejecución, atendiendo en defecto de acuerdo a las disposiciones establecidas en la normativa hipotecaria que pueda ser de aplicación.

2. La garantía es indivisible, aunque se dividan el crédito o la deuda.

de pacte a les disposicions establertes en la normativa hipotecaria que pugui ser aplicable.

2. La garantia és indivisible, encara que es divideixin el crèdit o el deute.

3. CLÁUSULAS CONTRACTUALES

En línea de la propuesta de “*lege ferenda*”, adjuntamos a continuación cláusulas ejemplificativas relacionadas con la necesidad de garantizar una multiplicidad de obligaciones (con o sin conexión entre ellas), así como reflejando las cuestiones principales a tener en consideración en contratos entre acreedores (“*intercreditor*”).

3.1. CLÁUSULAS MULTIPLICIDAD OBLIGACIONES GARANTIZADAS (UNIDAD DE CONEXIÓN)

A los efectos de la redacción de estas cláusulas se asume que hay una serie de entidades financieras (definidas conjuntamente como las “Entidades Financieras”), que han concedido financiación crediticia a largo plazo y de circulante (definida conjuntamente como los “Contratos de Financiación”), recibiendo en garantía una serie de acciones (definidas como las “Acciones”) del acreditado (refiriéndonos a éste como el “Financiado” o el “Pignorante”, en tanto titular de las Acciones a pignorar), pues en esta propuesta de operación se financiaría a un único acreditado, que tomaría la financiación por todo el grupo, para luego distribuirla entre las distintas filiales (que serían adicionalmente garantes solidarios).

Es importante dejar constancia que ese conjunto de financiaciones que englobamos dentro de la definición de “Contratos de Financiación” tengan conexión causal entre sí (o presenten una relación de dependencia recíproca), incorporando adicionalmente -como se verá en la definición propuesta- referencias también a una unidad de operación (finalidad y propósito).

- **Manifestación “unidad de operación”**

Se deja constancia expresa de que los Contratos de Financiación (según se definen a continuación), si bien por motivos operativos se han formalizado como créditos separados, han sido concedidos con una única finalidad y propósito, y conforman una única operación de financiación con conexión causal entre ellas.

(En adelante, el Contrato de Crédito Sindicado, las Pólizas Bilaterales y los Contratos de Circulante serán denominados, conjuntamente, como los “Contratos de Financiación”).

- **Definición “Obligaciones Garantizadas”**

“Obligaciones Garantizadas de los Contratos de Financiación” significa todas las obligaciones presentes y futuras por el pago total de cantidades adeudadas, sean respecto a principal, intereses, costes, comisiones, honorarios, cargas y gastos, actuales o contingentes y debidas frente a las Entidades Financieras por el Financiado en virtud de los Contratos de Financiación, incluyendo los gastos incurridos en relación con la protección, conservación y ejecución de los derechos derivados para las Entidades Financieras bajo los Contratos de Financiación.

- **Clausulado general constitución prenda**

Sin perjuicio de la responsabilidad patrimonial universal del Financiado bajo los Contratos de Financiación, prevista en el artículo 1911 del Código Civil, que no se entenderá limitada en modo alguno por la firma del presente Contrato, el Pignorante constituye en este acto derecho real de prenda de primer rango a favor de las Entidades Financieras en garantía del cumplimiento exacto, íntegro y puntual de las Obligaciones Garantizadas de los Contratos de Financiación sobre la totalidad de las Acciones.

3.2. CLÁUSULAS PIGNORACIÓN REMANENTE

Sobre la base del ejemplo anterior, incorporaremos como obligación garantizada contratos de cobertura de interés (definidos como “Contratos de Cobertura”), que -como ya hemos comentado en Capítulos anteriores- se trata de contratos dirigidos a cubrir fluctuaciones en los tipos de interés, los cuales se suelen instrumentar en España a través de los llamados “Contrato Marco de Operaciones Financieras” (CMOF) y que habitualmente se otorgan como contratos bilaterales, desestructurándose de la financiación crediticia, no permitiendo tratarlos en consecuencia como “unidad de operación/ financiación”.

A efectos de redactar las cláusulas correspondientes, asumiremos que el acuerdo comercial entre el conjunto de acreedores garantizados sería garantizar el Contrato de Cobertura (formalizado exclusivamente entre el Financiado y el Banco Agente como Agente del Contrato de Crédito Sindicado antes citado) mediante prenda de remanente, esto es, prenda de derechos de crédito derivados del remanente de la ejecución de la prenda de Acciones antes constituida (que definiremos como la “Prenda de Derechos de Crédito”).

Denominaremos a la única entidad financiera que formalizaría el Contrato de Cobertura (que sería el Banco Agente) como “Entidad de Cobertura”, las obligaciones garantizadas derivadas del Contrato de Cobertura como “Obligaciones Garantizadas de la Cobertura”, y redactaremos la pignoración como una cláusula adicional dentro de la propia prenda de Acciones (y nos referiremos a ella como la Prenda de Acciones).

- **Clausulado global Prenda Remanente**

El Pignorante constituye en este acto un derecho real de prenda en favor de la Entidad de Cobertura sobre los derechos de crédito del Pignorante a percibir las cantidades remanentes tras la ejecución de la Prenda de Acciones y una vez satisfechas íntegramente las Obligaciones Garantizadas de los Contratos de Financiación, como garantía del total pago y cumplimiento del Contrato de Cobertura del Banco Agente (en adelante, las “Obligaciones Garantizadas de la Cobertura”). El Banco Agente acepta este derecho real de prenda (la “Prenda de Derechos de Crédito”).

Si el precio obtenido mediante la ejecución de la Prenda de Acciones (tras deducir los costes devengados en relación con la ejecución) excediera del importe de la deuda pendiente de pago en virtud de los Contratos de Financiación (el “Remanente”), se entregará el Remanente directamente al Banco Agente mediante transferencia a la cuenta bancaria que indique a estos efectos.

Conforme al artículo 1863 del Código Civil, la entrega de la posesión se entiende realizada con el otorgamiento de esta Prenda de Derechos de Crédito.

Las Estipulaciones relativas a declaración, compromisos y obligaciones del Pignorante se aplicarán “mutatis mutandi” a esta Prenda de Derechos de Crédito.

Para la ejecución de la Prenda de Derechos de Crédito, el Banco Agente podrá utilizar, a su elección, cualquiera de los procedimientos para los que esté legalmente facultado.

El Banco Agente podrá aplicar el Remanente directamente al pago de la cantidad reflejada en el certificado presentado, que establecerá el importe de la deuda exigible y vencida en relación con las Obligaciones Garantizadas de la Cobertura, cuyo importe las partes en esta Prenda de Derechos de Crédito aceptan a todos los efectos, incluida la ejecución. A los efectos del artículo 572 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en caso de ejecución de la Prenda de Derechos de Crédito, la cantidad líquida y pagadera al Banco Agente por el Pignorante será la cantidad especificada en dicho certificado presentado por el Banco Agente.

Dada la naturaleza dineraria del Remanente, el Pignorante y el Banco Agente acuerdan que no será necesario llevar a cabo un procedimiento de subasta para la ejecución del Remanente. El Banco Agente queda especialmente facultado para ejecutar la Prenda de Derechos de Crédito recuperando el importe de las Obligaciones Garantizadas de la Cobertura

mediante la compensación de dicho importe con el Remanente pignorado, que hará suyas con el único requisito de haberlo notificado previamente al Pignorante. Si el Remanente pignorado fuera superior a las cantidades adeudadas en virtud de las Obligaciones Garantizadas de la Cobertura, la diferencia, una vez descontados los costes y gastos, se entregará al Pignorante.

3.3. CLÁUSULAS PIGNORACIÓN RANGOS/ “INTERCREDITOR”

A efectos de constituir prendas en igualdad de rango o en rangos sucesivos, no se suelen incluir dentro de un único documento, en tanto cada prenda se formalizaría como documento separado. Dichas prendas no presentan complicaciones en su redacción, más allá de dejar claro en cada una de ellas el rango que respectivamente se les otorga, así como el traslado posesorio, pues se deberá dejar constancia en el documento de prenda de segundo rango quien es el depositario de las Acciones (título representativo de las Acciones), habitualmente nombrándose al acreedor de primer rango como depositario.

Lo que creemos más relevante a estos efectos sería la existencia de pactos entre los distintos acreedores relativos a la ejecución (contratos de acreedores o “*intercreditor*”), con la finalidad de regular internamente los distintos procedimientos de ejecución.

A efectos de la redacción de las reglas de colaboración y eventual ejecución entre los acreedores en el “*intercreditor*” (que denominaremos el “Contrato”), simplificaremos el ejemplo anterior y asumiremos que los acreedores son una serie de prestamistas (que definiremos conjuntamente como las “Entidades Financieras”) con distintas financiaciones bilaterales (que denominaremos conjuntamente los “Contratos de Financiación”) y cuyas garantías son pignoraticias (que definiremos conjuntamente como “Garantías”). Las anteriores operaciones constituirían transacciones independientes y sin existir “unidad de operación”, teniendo cada acreedor su set correspondiente de garantías y con el rango que se haya establecido para cada caso.

Las reglas de actuación de las Entidades Financieras será por “Mayoría” (salvo para los casos que se haya pactado unanimidad), que definiremos como el sesenta por ciento del riesgo vivo de las Entidades Financieras en virtud del conjunto de Contratos de Financiación.

Las entidades nombrarán de común acuerdo a un banco coordinador, que denominaremos el “Agente de Garantías”.

Como se verá, no se limita la facultad de declarar el vencimiento anticipado de una financiación, sino exclusivamente el acceso de las Garantías.

- Régimen de adopción de decisiones de las Entidades Financieras

- Regla general: Mayoría de las Entidades Financieras

Salvo que se disponga en otro sentido en este Contrato, cualquier autorización o renuncia relativa a un hecho o circunstancia puntual (“waiver”) en relación con los Contratos de Financiación, y siempre y cuando no constituya una modificación de carácter permanente de cualquiera de los Contratos de Financiación, deberá ser aprobada por la Mayoría de las Entidades Financieras.

- Voto unánime de las Entidades Financieras

Asimismo, las siguientes decisiones, así como cualquier modificación de carácter permanente de este Contrato, requerirán para su adopción el voto unánime de todas las Entidades Financieras:

- *Cualquier modificación que afecte a principal, fechas de pago de principal o intereses, tipo de interés ordinario o tipo de interés demora;*
- *Cualquier acto o modificación que afecte a la validez, eficacia, valor o exigibilidad de las Garantías; y*

- *Cualquier autorización para la cesión de los Contratos de Financiación.*

- **Declaración de vencimiento global**

- *Ante un supuesto de resolución o vencimiento anticipado, la Entidad Financiera que pretenda declarar el vencimiento anticipado deberá trasladar tal situación al Agente de Garantías, quien dará traslado de dicha pretensión al resto de Entidades Financieras para que cada una de ellas se pronuncie sobre si opta por la declaración de vencimiento anticipado de su respectivo Contrato de Financiación.*
- *Cada una de las Entidades Financieras comunicará al Agente de Garantías su posición respecto a la pretensión de declaración de vencimiento anticipado. El Agente de Garantías, una vez realizado el cómputo de la Mayoría exigible, comunicará el resultado final indicando expresamente qué Entidades Financieras han votado a favor y cuáles en contra. En el caso de declararse el vencimiento anticipado de los Contratos de la Financiación mediante el voto favorable de la Mayoría de las Entidades Financieras, los procesos de reclamación extrajudicial y judicial se regirán por lo dispuesto en el presente Contrato y, en su defecto, por el Contrato de Financiación correspondiente.*

- **Declaración de vencimiento individual**

- *Transcurridos diez días desde la comunicación por el Agente de Garantías a las Entidades Financieras de la intención por parte de una de ellas de declarar el vencimiento anticipado de su respectivo Contrato de Financiación sin que se haya alcanzado el acuerdo favorable previsto en la estipulación anterior, la Entidad Financiera solicitante podrá ejercitar su derecho individual a declarar el*

vencimiento anticipado de su respectivo Contrato de Financiación, pero no podrá ejecutar las Garantías.

- **Ejecución de las Garantías**

- *Para ejecutar las Garantías se requerirá que se haya producido la declaración de vencimiento anticipado de todos los Contratos de Financiación por voto de la Mayoría de las Entidades Financieras.*
- *Los importes obtenidos como consecuencia de la ejecución de cualquiera las Garantías (una vez descontados los costes y gastos) serán aplicados por el Agente de Garantías a la satisfacción de la totalidad de las cantidades adeudadas bajo los Contratos de Financiación, con sujeción estricta al siguiente orden de prelación de pagos:*

- (1) Entidades Financieras con Garantías de primer rango;*
- (2) Entidades Financieras con Garantías de segundo rango; y*
- (3) Entidades Financieras con Garantías de tercer rango.*

- **Carácter vinculante de las decisiones adoptadas por Mayoría**

- *Los acuerdos válidamente adoptados por la Mayoría de Entidades Financieras, vincularán a todas las Entidades Financieras, incluso a las disidentes y las que no hayan participado en la votación.*

BIBLIOGRAFÍA

- AA.VV. *“The Lending and Secured Finance Review”*. London: Law Business Research Ltd., 2015. ISBN: 978-1-909830-59-2.
- AA.VV. *“Taking security: a quick guide”*. Practical Law Finance (based on an original version by HALL, Peter, Freshfields, Bruckhaus Deringer). UK Practice Note (Overview). Thomson Reuters, 2017. ID 2-107-4032.
[https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-107-4032?_lrTS=20170422192122038&transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/2-107-4032?_lrTS=20170422192122038&transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&bhcp=1)
- ALONSO UREBA, Alberto y MARTÍNEZ-SIMANCAS, Julián (Dir.). *“Derecho del Mercado Financiero (Formularios-Documentos. Contratos y garantías)”*. Tomo III, Volumen 2. Libro realizado en colaboración con Banco Central Hispano. Madrid: Editorial Civitas, 1994. ISBN: 84-89124-06-X.
- ARA TRIADÚ, Carlos. *“La sobregarantía y la eficacia de la prenda de créditos futuros en el concurso. Un nuevo debate a propósito de la Ley 38/2011”*, en *“La reintegración de la masa”*. Congreso de Antequera. IV Congreso español de derecho de la insolvencia. VII Congreso de derecho mercantil y concursal de Andalucía (19 a 21 de abril de 2012). BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y SANJUÁN Y MUÑOZ, Enrique (Dir.). 2012. ISBN: 978-84-470-4016-2.
- ARCE, Oscar, LÓPEZ, Elías, y SANJUÁN, Lucio. *“El acceso de las pymes con potencial de crecimiento a los mercados de capitales”*. Documentos de trabajo (CNMV). Año 2011, Número 52. ISSN: 2172-6337.
- ASENSIO BORRELLAS, Víctor J. *“Derechos Reales de Garantía y Garantías Posesorias (Retención, Prenda y Anticresis)”*. Colección Col.legi de Notaris de Catalunya. 1ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2015. ISBN: 978-84-9086-030-4.

- AURIOLES MARTÍN, Adolfo Juan. *“Créditos sindicados con interés variable”*. Promociones Publicaciones Universitarias de Barcelona. Barcelona, 1987. ISBN: 84-7665-103-1.
- ÁVILA NAVARRO, Pedro. *“La hipoteca (estudio registral de sus cláusulas)”*. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1990. ISBN: 84-87262-09-0.
- AZOFRA VEGAS, Fernando. *“Hipotecas Flotantes”*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2008, Número 707. ISSN: 0210-0444.
- AZOFRA VEGAS, Fernando. *“La reforma de la Ley Hipotecaria: las oportunidades perdidas”*. Diario La Ley, Año 2008, Número 6909. ISSN: 1989-6913.
- AZOFRA VEGAS, Fernando. Tesis Doctoral *“La Hipoteca Flotante”*. Madrid: Universidad Complutense de Madrid, 2014.
- BAUZÁ MARTÍNEZ, Angelina. Tesis Doctoral *“La regulación jurídico-tributaria española del Establecimiento Permanente - Revisión a la luz del Derecho Comunitario”*. Barcelona: Universitat de Barcelona, 2011.
- BORRELL I SOLER, Antoni M. *“Dret Civil vigent a Catalunya”*. Volum II (Drets Reals) (1ª Part). Barcelona: Impremta de la Casa de Caritat, 1923.
- BORRELL I SOLER, Antoni M. *“Dret Civil vigent a Catalunya”*. Volum II (Drets Reals) (2ª Part). Barcelona: Impremta de la Casa de Caritat, 1923.
- CALVO BERNANDINO, Antonio y PAÚL GUTIÉRREZ, Jesús. *“El crédito al sector privado en España: del crecimiento desbordado a la fuerte restricción”*. Revista de Estudios Cooperativos (REC). Año 2012, Número 109. ISSN: 1885-8031.

- CANALS BRAGE, Fernando. “*El incierto porvenir de la hipoteca en España (A propósito de algunos proyectos más o menos normativos)*”. Diario La Ley, 12 de abril de 2007. ISSN: 1989-6913.

- CANALS BRAGE, Fernando. “*La inscripción de la hipoteca. Artículo 12 L.H. reformado por ley 41/2007. Su lectura por la Dirección General de los Registros y del Notariado y por el Colegio de Registradores. Contenido y efectos del asiento de inscripción del derecho real de hipoteca*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2009, Número 711. ISSN: 0210-0444.

- CANLE FERNÁNDEZ, José Ignacio. “*Consideraciones sobre la hipoteca flotante: el nuevo artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2011, Número 723. ISSN: 0210-0444.

- CARRASCO PERERA, Ángel y CARRETERO GARCÍA, Ana. “*El derecho de prenda en la Ley 19/2002, de Cataluña, de Derechos Reales de Garantía*”. Revista Jurídica de Catalunya (RJC). Año 2003, Número 4, Volumen 102. ISSN: 1575-0078.

- CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. Tomo II (Garantías Mobiliarias). 2ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2008. ISBN: 978-84-8355-903-1.

- CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. Tomo I (Introducción a las Garantías Reales. Hipoteca). 3ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015. ISBN: 978-84-9059-015-7.

- CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. “*Tratado de los Derechos de Garantía*”. Tomo II (Garantías Mobiliarias). 3ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015. ISBN: 978-84-9059-688-3.

- CARTWRIGHT, John. *“Contract Law: An Introduction to the English Law of Contract for the Civil Lawyer”*. 2ª edición. Oxford and Portland: Hart Publishing, 2013. ISBN: 978-1-84946-479-6.

- CASADO BURBANO, Pablo. *“Un paso más en la movilización en la propiedad inmueble: El mercado hipotecario español”*. Ponencias y comunicaciones presentadas en el V Congreso Internacional de Derecho Registral, 1983. ISBN: 84-500-8787-2.

- CASANOVAS I MUSSONS, Anna. *“Presentación de la Directora del Curso”*, en *“Garantías reales mobiliarias en Europa”*. LAUROBA LACASA, Mª Elena y MARSAL GUILLAMET, Joan (Eds.). Madrid: Editorial Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales), 2006. ISBN: 978-84-9768-401-9.

- CASTÁN TOBEÑAS, José. *“Derecho Civil Español, Común y Foral”*. Tomo II (Derecho de cosas) Volumen 2 (Los derechos reales restringidos). 11ª edición. Madrid: Editorial Reus, 1973.

- CAUSAPÉ RUIZ, Beatriz. *“Acquisition of distressed debt - Overview of distressed trading in selected jurisdictions (Spain)”*, en *“Investing in Distressed Debt in Europe: The TMA Handbook for Practitioners”*. BUIL ALDANA, Ignacio (Coord.). United Kingdom: Editorial Global Law and Business Ltd., 2016. ISBN: 9781911078104.

- COVIAN, Víctor. *“Enciclopedia Jurídica Española”*. Tomo XXV (Prenda). Barcelona, Francisco Seix Editor, 1910.

- DE GISPERT PASTOR, María Teresa. *“Los créditos sindicados: su integración en el sistema jurídico español”*. Barcelona: Librería Bosch, 1986. ISBN: 84-7294-204-X.

- DELGADO DE MIGUEL, Juan Francisco (Coord.). *“Instituciones de Derecho Privado”*. Tomo II (Reales), Volumen 3º (autor GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael). 1ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 2003. ISBN: 84-470-2087-8.

- DELGADO RAMOS, Joaquín. *“Cómo hundirse con una hipoteca flotante”*. La Gaceta de los Negocios, 15 de enero de 2008.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *“Estudios sobre Jurisprudencia Civil”*. Volumen II. 1ª edición. Madrid: 1969.
- DÍEZ-PICAZO, Luis. *“Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial”*. Tomo VI (Derechos Reales). 1ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Civitas, 2012. ISBN: 978-84-470-4056-8.
- DROBNIG, Ulrich. *“Presente y futuro de las garantías reales y personales”*. Revista Latinoamericana de Derecho (UNAM). Año 2004, Número I. ISSN: 1870-0608.
- DUPLÁ MARÍN, María Teresa. *“La recepción del Derecho Romano en el movimiento de unificación del Derecho privado y la Constitución Europea”*. Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña. Año 2003, Número 7. ISSN 1138-039X.
- FALCÓN, Modesto. *“Código Civil Español”*. Tomo IV. Madrid: Centro Editorial de Góngora, 1889.
- FERNÁNDEZ CALVO, Ramón. *“La extensión de la prenda a una segunda garantía”*. Madrid: Editorial Difusión Jurídica y Temas de Actualidad, 2008. ISBN: 978-84-96705-30-2.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *“La Justicia Constitucional Europea ante el siglo XXI”*. 2ª edición. Madrid: Editorial Tecnos, 2007. ISBN: 978-84-309-4540-5.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. *“El registro de bienes muebles: los bienes muebles registrales y la preferencia registral de los derechos inscritos”*. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2005. ISBN: 84-9768-174-6.

- FERNÁNDEZ DEL POZO, Luis. *“La oponibilidad concursal y extraconcursal de la prenda, ordinaria y sin desplazamiento, sobre créditos futuros”*. Anuario de Derecho Concursal (ADCon). Año 2012, Número 25. ISSN: 1698-997X.
- FOLLIA CAMPS, Robert. *“Significado e importancia de la Compilación”*. La Notaría (Revista del Colegio Notarial de Cataluña). Año 2010, Número 3. ISSN: 0210-427X.
- FOLLÍA MARTÍNEZ, Manuel y TOVAR FRENCH, Luis. *“Financiación sindicada y coyuntura económica”*. Revista Negocio. 18 de enero de 2010.
- FOLLÍA MARTÍNEZ, Manuel y BARRAL GIL, Ángel. *“Estructuración de garantías reales: algunos apuntes sobre la multiplicidad de obligaciones garantizadas. Admisibilidad y coexistencia de distintos rangos”*. Actualidad Jurídica Aranzadi (AJA). Año 2014, Número 886 (5 de junio de 2014). ISSN: 1132-0257.
- FOLLÍA MARTÍNEZ, Manuel y LÉRIDA GARCÍA, María. *“Chapter 51 (Spain)”*, en *“ICLG: The International Comparative Legal Guide to: Lending and Secured Finance 2016”*. AA.VV. 4ª edición. London: Global Legal Group, 2016. ISBN: 978-1-910083-90-1.
- FONT RIBAS, Antoni. *“Algunes reflexions a l'entorn dels grups d'empreses”*. Revista Jurídica de Catalunya (RJC). Año 1982, Número 4, Volumen 81. ISSN: 1575-0078.
- FONT RIBAS, Antoni. *“Líneas maestras del Aprendizaje por Problemas”*. Revista Interuniversitaria de Formación del Profesorado (Ejemplar dedicado a: El reto del Espacio Europeo de Educación Superior). Año 2004, Número 49. ISSN: 0213-8646.
- GARCÍA GARCÍA, José Manuel. *“Derecho Inmobiliario Registral o Hipotecario”*. Tomo III. 1ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 2002. ISBN: 84-7398-574-5.

- GARCÍA GOYENA, Florencio. “*Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil Español*”. Nota preliminar de LACRUZ BERDEJO, José Luis. Zaragoza: Editorial Cometa, 1974. ISBN: 84-600-5937-5.

- GARCÍA-PITA Y LASTRES, José Luis. “*La Hipoteca Mobiliaria y la Prenda y desplazamiento en Derecho Mercantil*”, en “*Tratado de Garantías en la Contratación Mercantil*”. Volumen 2 (Garantías Reales), Tomo 1 (Garantías Mobiliarias). Madrid: Editorial Civitas, 1996. ISBN: 84-470-0653-0.

- GARCÍA VICENTE, José Ramón. “*La prenda de créditos futuros en el concurso*”. Anuario de Derecho Concursal (ADCon). Año 2006, Número 9. ISSN: 1698-997X.

- GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco José. “*Assignment of claims in the Rome I Regulation: Article 14*”, en FERRARI, Franco y LEIBLE, Stefan (Eds.). “*Rome I Regulation. The Law Applicable to Contractual Obligations in Europe*”. Munich: European Law Publishers, 2009. ISBN: 978-3-86653-115-4.

- GARRIGUES, Joaquín. “*Contratos bancarios*”. 2ª edición. Madrid: Editorial Civitas, 1975. ISBN: 84-400-9270-9.

- GELI FERNÁNDEZ PEÑAFLORES, Eduardo y COLLDEFORNIS PAPIOL, Eloi. “*La preferencia de los créditos futuros garantizados con prenda tras la reforma del artículo 90.1.6º de la Ley Concursal*”. InDret (Revista para el Análisis del Derecho). Año 2012, Número 3. ISSN: 1698-739X.

- GIMÉNEZ DUART, Tomás. “*Consideraciones en torno a la Ley Catalana 22/1991, de garantías possessòries sobre cosa moble, y a sus implicaciones con el Código Civil*”, en “*El Futur del Dret Patrimonial de Catalunya (Materials de les Desenes Jornades de Dret Català a Tossa)*”. València: Universitat de Girona i Tirant lo Blanch, 2000. ISBN: 978-84-8442-060-4.

- GÓMEZ GÁLLIGO, Francisco Javier. “*Principio de especialidad registral*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 1994, Número 625. ISSN: 0210-0444.

- GONZALEZ-BUENO CATALÁN DE OCÓN, Carlos J. “*Comentarios a la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento. Especial análisis de su incidencia en el ámbito tributario*”. Pamplona: Editorial Aranzadi, 1996. ISBN: 84-8193-287-6.

- GONZÁLEZ Y MARTÍNEZ, Jerónimo. “*Estudios de Derecho Hipotecario y Derecho Civil*”. Tomo I. Madrid: Editorial Ministerio de Justicia (Sección de Publicaciones), 1948.

- GOÑI RODRÍGUEZ DE ALMEIDA, María. “*La determinación del crédito en la garantía hipotecaria (hipotecas globales o flotantes en garantía de varias obligaciones indeterminadas)*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2008, Número 707. ISSN: 0210-0444.

- GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Benito. “*Códigos o estudios fundamentales sobre el derecho civil español*”. Tomo V. 2ª edición. Madrid: Librería de Sánchez, 1871.

- HEALE, Hugh (General Ed.). “*Chitty on Contracts*”. Volume I (General Principles). 30ª edición. London: Sweet & Maxwell (Thomson Reuters Legal Limited), 2008. ISBN: 9781847035479.

- HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, Javier. “*Las prendas posesorias de rango sucesivo: una mirada a la prohibición de prendas sucesivas del Derecho Civil Catalán*”. Revista Actualidad Jurídica Uría Menéndez. Año 2011, Número 30 (Septiembre-Diciembre). ISSN: 1578-956X.

- HILLIER, Katie and LAWRENCE, Jonathan. “*When is a lien a charge and how much control is required for a financial collateral arrangement? (High Court)*”. England: Practical Law (Legal Update), 2012.
http://www.klgates.com/files/Publication/68fa4ba1-1eef-42d5-9477-afc5c39be242/Presentation/PublicationAttachment/c468bdb9-e0fa-4650-bb60-be1325cf5351/Lehman_Brothers_Intl.pdf

- IGLESIAS, Juan. *“Derecho Romano (Instituciones de Derecho Privado)”*. 6ª edición. Barcelona: Ediciones Ariel, 1972.

- IGLESIAS BRAGADO, Carmen y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Leonardo. *“El nuevo marco de la prenda de créditos: Ficción o realidad. Algunas observaciones a propósito de la Disposición Final Tercera de la Ley 41/2007 y la Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 18 de marzo de 2008”*. Revista de Derecho del Mercado de Valores (RDMV). Año 2008, Número 3. ISSN: 1888-4113.

- JÓRS, Paul y KUNKEL, Wolfgang. *“Derecho Privado Romano”*. Traducción de la 2ª edición alemana por PRIETO CASTRO, L. Barcelona: Editorial Labor, 1937.

- KEELER, John F. *“Some reflections on Holroyd v. Marshall”*. Adelaide Law Review, 468. 1970. ISSN: 0065-1915.

- LACRUZ BERDEJO, José Luis. *“Elementos de Derecho Civil”*. Tomo III (Derechos Reales), Volumen 2 (Derechos Reales Limitados. Situaciones de Cotitularidad). 2ª edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2004. ISBN: 84-9772-309-0.

- LASARTE ÁLVAREZ, Carlos. *“Derechos reales y Derecho hipotecario (Principios de Derecho Civil)”*. Tomo V. 6ª edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2008. ISBN: 978-84-9768-581-8.

- LAUROBA LACASA, Mª Elena. *“La prenda gordiana, ¿una figura a tener en consideración? (Derecho de retención y prenda gordiana)”*, en *“Garantías reales mobiliarias en Europa”*. LAUROBA LACASA, Mª Elena y MARSAL GUILLAMET, Joan (Eds.). Madrid: Editorial Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales), 2006. ISBN: 978-84-9768-401-9.

- LOAN MARKET ASSOCIATION (LMA). *“The Real Estate Loan Book”*. London: Edwin Buckley & Co, 2015. ISBN: 978-0-9554973-3-9.

- MADRID PARRA, Agustín. *“Los valores hipotecarios tras la Ley 41/2007”*. Derecho de los Negocios. Año 2008, Número 214-215. ISSN: 1130-5711.
- MANRESA Y NAVARRO, José M^a. *“Comentarios al Código Civil Español”*. Tomo XII. 3^a edición. Madrid: Editorial Reus, 1921.
- MARSAL GUILLAMET, Joan. *“Las prendas flotantes. Un término polisémico”*, en *“Garantías reales mobiliarias en Europa”*. LAUROBA LACASA, M^a Elena y MARSAL GUILLAMET, Joan (Eds.). Madrid: Editorial Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales), 2006. ISBN: 978-84-9768-401-9.
- MARTÍN BAUMEISTER, Bruno. *“El Contrato de Financiación Sindicada”*. 1^a edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Civitas, 2013. ISBN: 978-84-470-4165-7.
- MARTIN-ROYLE, Claire. *“Floating charges - not necessarily what they say on the tin”*. The In-House Lawyer. London: Legalease, 2008.
- MARTÍNEZ GIL-VICH, José Luis. *“La hipoteca flotante”*. El Notario del Siglo XXI, número 17, enero-febrero 2008. ISSN: 1885-009X.
- MAYNZ, Carlos. *“Curso de Derecho Romano”*. Tomo I. Traducido por POU Y ORDINAS, Antonio José. 2^a edición. Barcelona: Jaime Molinas Editor, 1892.
- MENCHÉN CALVO, Javier, TARRAGONA FERNÁNDEZ, Elena y PÉREZ SANZ, Cándido. *“La prenda de derechos de crédito. Especial referencia a los derechos de crédito futuros”*, en *“Derecho de la empresa y de los mercados financieros (Ramón y Cajal Abogados. 30 años)”*. AA.VV. 1^a edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2016. ISBN: 978-84-9135-314-0.
- MINGOT AZNAR, Manuel. *“Hipoteca flotante en garantía de refinanciación sindicada: actualización de los criterios de control registral de las cláusulas de vencimiento anticipado (Comentario a la Resolución de la DGRN de 3 de octubre de 2014)”*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB). Año 2015, Número 138 (Abril-Junio). ISSN: 0211-6138.

- MÍNGUEZ PRIETO, Rafael y BUIL ALDANA, Ignacio. *“Restricción crediticia, sistema financiero “en la sombra” y mercado distressed: una aproximación a sus principales aspectos regulatorios, legales y prácticos”*. Revista de Derecho del Mercado de Valores (RDMV). Año 2014, Número 14. ISSN: 1888-4113.

- MORINEAU, Marta. *“Una introducción al Common Law”*. México, UNAM (Universidad Nacional Autónoma de México), Instituto de Investigaciones Jurídicas. 2001. ISBN: 968-36-7393-7.

- MOUTON Y OCAMPO, Luis. *“Enciclopedia Jurídica Española”*. Tomo XXV (Prenda Agrícola). Barcelona: Francisco Seix Editor, 1910.

- MUCIUS SCAEVOLA, Quintus. *“Código Civil”*. Tomo XXIX. Redactado por PEDRO DE APATALEGUI. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1955. Arts. 1857 a 1886.

- NÚÑEZ IGLESIAS, Álvaro. *“Sentencia de 31 de marzo de 2014. Pignoración de un depósito a plazo fijo en garantía del pago de dos pagarés presentados al descuento por quien constituye la garantía, y de otras operaciones que realice en el futuro el acreditado con en el banco”*. Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil. Año 2014, Número 96 (Septiembre-Diciembre). ISSN: 0212-6206.

- NÚÑEZ PAZ, María Isabel. *“Derecho Romano, Derecho Común y contratación en el marco de la Unión Europea”*. Universidad de Oviedo (Servicio de Publicaciones). 2000. ISBN: 84-8317-223-2.

- OLIVER Y ESTELLER, Bienvenido. *“Derecho Inmobiliario Español. Exposición fundamental y sistemática de la Ley Hipotecaria”*. Tomo I. Madrid: Estudios Tipográficos “Sucesores de Rivadeneyra”, 1892.

- PANERO GUTIÉRREZ, Ricardo. *“Derecho Romano”*. 4ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2008. ISBN: 978-84-9876-291-4.

- PANTALEÓN PRIETO, Fernando. “*Cesión de créditos*”. Anuario de Derecho Civil (ADC). Año 1988, Número 4. ISSN: 0210-301X.

- PANTALEÓN PRIETO, Fernando y GREGORACI FERNÁNDEZ, Beatriz. “*El alcance de la resistencia al concurso de la prenda de créditos futuros*”, en “*Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor José María Miquel*”. Tomo II. DÍEZ-PICAZO, Luis (Coord.). 1ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2014. ISBN: 978-84-9059-303-5.

- PAU PEDRÓN, Antonio. “*La capacidad en los negocios sobre inmuebles*”. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 1996, Número 634. ISSN: 0210-0444.

- PELLA Y FORGAS, José. “*Código Civil de Cataluña*”. Tomo IV. Barcelona: Librería de A. Bosch, 1918.

- PEÑA Y BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel. “*Derechos Reales*”. Tomo II (Derecho Hipotecario). Madrid: Centro de Estudios Registrales, 2001. ISBN: 84-95240-44-0.

- PIEDRA SIERRA, Daniel. “*La Prenda Ómnibus como garantía bancaria. Su recepción en los Sistemas Jurídicos Internacionales*”. Revista Cubana de Derecho. Año 1999, Número 14. ISSN: 0864-165X.

- PINTÓ RUIZ, José. Intervención recogida en “*Simposi de Dret Civil Català de Catalunya. XXV anys de la Compilació*”. Barcelona: Generalitat de Catalunya, Departament de Justicia, 1989. ISBN: 84-393-1096-X.

- REY PORTOLÉS, Juan Manuel. “*Hipoteca con cláusula de endowment. Hipoteca flotante*”, en Jornadas sobre tipos especiales de garantía hipotecaria. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España. Madrid, 1993. ISBN: 84-87262-77-5.

- ROCA SASTRE, Ramón M^a. “*Derecho Hipotecario*”. Tomo II (Registro de la Propiedad). 5ª edición. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1954.

- ROCA SASTRE, Ramón M^a. *“Derecho Hipotecario”*. Tomo IV (Hipotecas). 5^a edición. Barcelona: Bosch Casa Editorial, 1954.
- RODRÍGUEZ PARADA, Ana Isabel. *“Las reformas del mercado hipotecario y su impacto en la crisis económica”*. Actas de la reunión científica celebrada en la Facultad de Derecho de la Universidad de A Coruña (2º Panel). Universidade da Coruña, Servicio de Publicaciones. 2010.
- RODRÍGUEZ PRIETO, Fernando. *“Panorama actual de las garantías personales y reales mobiliarias e inmobiliarias, en el derecho privado español”*. Revista Jurídica del Notariado (RJN). Año 2004, Número Extra 1. ISSN: 1132-0044.
- SÁENZ DE JUBERA HIGUERO, Beatriz. *“Hipoteca de máximo e hipoteca flotante: su regulación en la Ley 41/2007, de reforma del mercado hipotecario”*. Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2008, Número 707. ISSN: 0210-0444.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, Antonio Jesús. *“Project finance en financiación de infraestructuras mediante colaboración pública-privada”*. Revista Española de Derecho Administrativo. Año 2014, Número 165. ISSN: 0210-8461.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *“Estudios de Derecho Civil”*. Tomo IV. 2^a edición. Madrid: Estudios Tipográficos “Sucesores de Rivadeneyra”, 1899.
- SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe. *“Estudios de Derecho Civil”*. Tomo III. 2^a edición. Madrid: Estudios Tipográficos “Sucesores de Rivadeneyra”, 1900.
- SANZ CABALLERO, Juan Ignacio. *“Derivados Financieros”*. 1^a edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2000. ISBN: 84-7248-760-1.
- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel. *“La Prenda sin desplazamiento”*. Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN). Tomo II. Madrid: 1950. ISSN: 0210-3249.

- SANZ FERNÁNDEZ, Ángel. *“Instituciones de Derecho Hipotecario”*. Tomo II. Madrid: Instituto Editorial Reus, 1953.

- SASTRE PAPIOL, Sebastián. *“El Contrato de Descuento Bancario”*, en *“Tratado de Derecho Mercantil”*. Tomo 39 (Las entidades de crédito y sus operaciones), Volumen 2 (Las operaciones bancarias de activo). OLIVENCIA RUIZ, Manuel, FERNÁNDEZ-NÓVOA, Carlos y JIMÉNEZ DE PARGA, Rafael (Dir.). 1ª edición. Madrid: Editorial Marcial Pons, 2007. ISBN: 978-84-9768-442-2.

- SASTRE PAPIOL, Sebastián. *“Mesa y Portavoces Comisión de Justicia y Ponentes del Proyecto de Ley Concursal”*, en *“Materiales de la Reforma Concursal (2009-2011)”*. BELTRÁN SÁNCHEZ, Emilio y CAMPUZANO LAGUILLO, Ana Belén (Coord.). 1ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012. ISBN: 978-84-9004-598-5.

- SEARA VÁZQUEZ, Modesto. *“Derecho Internacional Público”*. 14ª edición. México: Editorial Porrúa, 1992. ISBN: 968-432-388-3.

- SERRANO FERNÁNDEZ, María. *“Garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés. La figura del charge”*. 1ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2016. ISBN: 978-84-9135-044-6.

- SOHM, Rodolfo. *“Instituciones de Derecho Privado Romano”*. Traducción del alemán por ROCES, W. 17ª edición. Madrid: Editorial Tipografía Artística, 1928.

- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel. *“La Hipoteca del Artículo 153 bis de la Ley Hipotecaria, denominada Flotante o Global”*. Cuadernos del Seminario Carlos Hernández Crespo, Nº 29. Colegio de Registradores de Madrid. Madrid, 8 de noviembre de 2010.
<http://www.registradoresdemadrid.org/revista/29/Comentarios/LA-HIPOTECA-DEL-ARTICULO-153-BIS-DE-LA-LEY-HIPOTECARIA-DENOMINADA-FLOTANTE-O-GLOBAL-Por-Angel-Valero-Fernandez-Reyes.aspx>

- VALERO FERNÁNDEZ-REYES, Ángel. *“Problemas de las hipotecas en los acuerdos de refinanciación”*. Anuario de Derecho Concursal (ADCon). Año 2011, Número 22. ISSN: 1698-997X.

- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *“Pignus Tabernae”*. Anuario de Derecho Civil (ADC). Año 1953, Número 4. ISSN: 0210-301X.

- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *“Planteamiento y cuestiones generales de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión”*. Anales de la Academia Matritense del Notariado (AAMN). Tomo 11. Madrid, 1961. ISSN: 0210-3249.

- VALLET DE GOYTISOLO, Juan B. *“Esbozo de la Hipoteca Mobiliaria y de la Prenda sin Desplazamiento”*, en *“Estudios sobre Garantías Reales”*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1973. ISBN: 84-7111-068-7.

- VALVERDE Y VALVERDE, Calixto. *“Tratado de Derecho Civil Español”*. Tomo II. Valladolid: 1920.

- VAÑÓ VAÑÓ, M^a José. *“El Contrato de Project Finance”*. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2002. ISBN: 84-8442-708-0.

- VEIGA COPO, Abel B. *“Prenda Ómnibus, Prenda Rotativa de Acciones y Garantía Flotante”*. Revista de Derecho Bancario y Bursátil (RDBB). Año 2001, Número 82 (Abril-Junio). ISSN: 0211-6138.

- VEIGA COPO, Abel B. *“Tratado de la prenda”*. 1^a edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Civitas, 2011. ISBN: 978-84-470-3687-5.

- VICENT CHULIÁ, Francisco. *“Introducción al Derecho Mercantil”*. Volumen I. 23^a edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012. ISBN: 978-84-9033-266-5.

- VICENT CHULIÀ, Francisco. *“Introducción al Derecho Mercantil”*. Volumen II. 23ª edición. Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 2012. ISBN: 978-84-9033-604-5.

- VIVES Y CEBRIÀ, Pedro Nolasco. *“Traducción al Castellano de los Usages y demás derechos de Cataluña que no estén derogados o no son notoriamente inútiles”*. Tomo I, del Libro III, Título I. Barcelona: Imprenta de J. Verdaguer, 1832.
