



**COMILLAS**  
UNIVERSIDAD PONTIFICIA

ICAI

ICADE

CIHS

FACULTAD DE DERECHO

**LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA REGULADOS  
EN EL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL Y SU  
CORRELATO EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL  
ACTUAL**

Autor: Gracia Truan Cano de Santayana

4º E-1

Derecho Civil

Director: Luis Alfonso Fernández Manzano

Madrid  
Abril, 2019

**RESUMEN:** El presente trabajo refiere un estudio de los sistemas de garantía y los derechos reales en el campo de la contratación. Son objeto de este trabajo tanto las instituciones en el campo de los derechos reales que han mantenido su vigor a lo largo de los años, como fórmulas de garantía tales como la hipoteca, la prenda, la anticresis, la hipoteca mobiliaria, la prenda sin desplazamiento, y su influencia y desarrollo en el ámbito de la contratación mercantil. Analizaremos la evolución de estos instrumentos de garantía hasta llegar a nuestros tiempos con sus formas modernas, pero conservando su esencia material, con particular incidencia en las relaciones mercantiles de hoy en día (operaciones mercantiles y, singularmente, financiaciones especiales y sindicadas). El fundamento de este trabajo transita por entender que los derechos reales de garantía regulados en el Código civil no perderán su carácter de institución civil, aunque se incorporen a un contrato de naturaleza mercantil, salvo casos excepcionales como son la propiedad industrial, intelectual, etcétera.

**PALABRAS CLAVE:** Derecho real, derecho real de garantía, derecho real de prenda, derecho real de hipoteca, hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento, carácter civil, mercantilidad, contratos mercantiles, financiaciones sindicadas, cesión de créditos, cesión de derechos de garantía, operaciones corporativas, operaciones de adquisición, operaciones de *project finance*, operación *de sale and lease back*.

**ABSTRACT:** This paper covers a study of the security systems and security interests in merchant contracting. This paper will comprise both an analysis of the institutions in the field of security interests that have been acting over the years as well as security formulas such as real estate mortgages, pledges, antichresis, chattel mortgages, pledges without displacement and their influence and development in the field of commercial contracts. We will analyse the evolution of these guarantee instruments until present time in their modern forms, although keeping their material essence, with particular incidence in the commercial relations of today (syndicated financing and commercial operations). Furthermore, the rationale for this paper is that security interests regulated in the civil code do not lose their character as a civil institution even if they would be in a contract of a commercial nature, with the exception of exceptional cases as industrial property, intellectual, and other.

**KEY WORDS:** right in rem, security interests, pledges, real estate mortgage, chattel mortgage, pledges without displacement, civil character, mercantility, commercial contracts, syndicated financings, cession of credits, cession of guarantee rights, corporate operations, acquisition operations, project finance operations, operation of sale and lease back.

## INDICE DE CONTENIDO

<b>I. INTRODUCCION</b>	<b>6</b>
1. OBJETO DE ESTUDIO E INTERÉS DE SU TRATAMIENTO	6
2. OBJETIVOS PERSEGUIDOS	6
3. METODOLOGÍA Y PLAN DE TRABAJO	7
<b>II. LOS DERECHOS REALES DEL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL</b>	<b>8</b>
1. CONCEPTO	8
2. CARACTERES	9
3. CLASIFICACIÓN DE LOS DERECHOS REALES	9
<b>II. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA</b>	<b>10</b>
1. CONCEPTO	10
2. CARACTERES	10
3. ESPECIALIDADES FORALES SOBRE LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA	11
4. PRENDA DE DERECHO COMÚN	12
4.1 CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA: ELEMENTOS PERSONALES, REALES Y FORMA.	14
4.2 CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE PRENDA:	15
4.2.1 ACREEDOR PIGNORATICIO:	16
4.2.2 DEUDOR/PIGNORANTE	17
4.3 EXTINCIÓN DE LA PRENDA	18
4.4 PRENDAS ESPECIALES	18
4.4.1. PRENDA IRREGULAR	18
4.4.2. PRENDA SOBRE DERECHOS	20
4.5 PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO DE LA POSESIÓN	21
4.5.1 CONSTITUCIÓN DE LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO	21
4.5.1.1 ELEMENTOS REALES	21
4.5.1.2 FORMA	21
4.5.2 CONTENIDO DE LA PRENDA SIN DESPLAZAMIENTO	22
5. HIPOTECA INMOBILIARIA	23
5.1 CLASES DE HIPOTECA INMOBILIARIA	25
5.2 CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA INMOBILIARIA	27
5.2.1 DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES	27
5.2.1.1 ACREEDOR HIPOTECARIO	27
5.2.1.2 DEUDOR HIPOTECANTE/PROPIETARIO DEL INMUEBLE HIPOTECADO	28
5.3 CONSTITUCIÓN DE LA HIPOTECA INMOBILIARIA	28
5.3.1 ELEMENTOS REALES	28
5.3.2 ELEMENTOS FORMALES	30
5.4 HIPOTECA MOBILIARIA	30
5.4.1 OBJETO DE LA HIPOTECA MOBILIARIA	31
5.4.2 CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE HIPOTECA MOBILIARIA	32
6. ANTICRESIS	32
6.1 CONSTITUCIÓN DEL DERECHO REAL DE ANTICRESIS	33
6.1.1 ELEMENTOS PERSONALES	33
6.1.2 ELEMENTOS FORMALES	33

<b>6.2</b>	<b>CONTENIDO DEL DERECHO REAL DE ANTICRESIS</b>	<b>34</b>
6.2.1	ELEMENTOS REALES	34
<b>6.3</b>	<b>DERECHOS Y OBLIGACIONES DE LAS PARTES</b>	<b>34</b>
6.3.1	ACREEDOR ANTICRÉTICO	34
6.3.2	DERECHOS DEL DEUDOR	35
<b>7.</b>	<b>PACTO COMISORIO Y MARCIANO</b>	<b>35</b>
<b>IV.</b>	<b><u>CONTRATOS MERCANTILES</u></b>	<b><u>38</u></b>
<b>1.</b>	<b>CONCEPTO DE CONTRATO MERCANTIL</b>	<b>39</b>
<b>2.</b>	<b>FUENTES DEL DERECHO MERCANTIL</b>	<b>40</b>
<b>3.</b>	<b>CRITERIOS DE MERCANTILIDAD DE LOS CONTRATOS</b>	<b>42</b>
<b>V.</b>	<b><u>LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA DEL DERECHO CIVIL Y SU CORRELACIÓN EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL</u></b>	<b><u>43</u></b>
<b>1.</b>	<b>GARANTÍAS REALES EN LOS CONTRATOS MERCANTILES</b>	<b>45</b>
1.1	INTRODUCCIÓN A LOS CONTRATOS DE GARANTÍAS EN EL ÁMBITO FINANCIERO	47
1.2	EL CASO SINGULAR DE LOS CONTRATOS DE GARANTÍA EN FINANCIACIONES SINDICADAS	48
1.3	OPERACIONES MERCANTILES Y ESTRUCTURACIÓN DE GARANTÍAS	55
<b>VI.</b>	<b><u>CONCLUSIONES</u></b>	<b><u>62</u></b>
<b>VII.</b>	<b><u>BIBLIOGRAFÍA</u></b>	<b><u>64</u></b>

## **LISTADO DE ABREVIATURAS Y SIGLAS**

- **ACM.** Anteproyecto de Ley del Código Mercantil
- **Art.** Artículo
- **CC.** Código civil
- **CCom.** Código de Comercio
- **HM.** Hipoteca Mobiliaria
- **LH.** Ley Hipotecaria
- **LHMyPSD.** Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento
- **PSD.** Prenda sin desplazamiento
- **RH.** Reglamento Hipotecario
- **ss.** siguientes
- **STS.** Sentencia del Tribunal Supremo
- **TS.** Tribunal Supremo
- **Víd.** “Viden”, que significa “véase”

# **I. INTRODUCCION**

## **1. Objeto de estudio e interés de su tratamiento**

Los derechos reales de garantía son accesorios a los derechos y obligaciones de las partes de un contrato instituidos para conseguir el buen fin de una operación consensuada entre las partes, es decir, de obligaciones recíprocas, sin excluir las obligaciones unilaterales. En épocas anteriores, el derecho solo regulaba como derechos reales de garantía el derecho real de la prenda y derecho real de hipoteca y la anticresis; sin embargo, con la finalidad de servir al mercado y extender su eficacia a bienes que la prenda y la hipoteca tradicional no llegaban, hubieron de regularse otros derechos reales con basamento en los anteriores (prenda sin desplazamiento e hipoteca mobiliaria).

Los derechos reales alcanzan, hoy en día, una importancia fundamental por su inclusión en muchos tipos de contratos y su prevalencia e importancia no ha disminuido a lo largo de los años. Los derechos reales de garantía se han utilizado desde la época romana, si bien, con el desarrollo económico, industrial y técnico de los años, estos derechos reales también han ido evolucionando en paralelo a tal desarrollo.

## **2. Objetivos perseguidos**

En cuanto a objetivos perseguidos, pretendemos estudiar la norma para poder concretar el alcance, eficacia y encaje que tienen los derechos reales de garantía. Además, procederemos a explicar los contratos mercantiles para finalmente relacionar y explicar la importancia tan significativa que alcanzan los derechos reales de garantía en contratos mercantiles, haciendo caso específico a las operaciones mercantiles que se tratan en este artículo.

A lo largo de este comentario, comprobaremos que los derechos reales regulados en el Código civil como instrumento de garantía en los contratos mercantiles no se desnaturalizan ni pierden su fuerza integradora y expansiva de protección para el acreedor por el hecho de que el contrato se materialice en un ámbito mercantil o con una neta vocación mercantil.

### 3. Metodología y plan de trabajo

Con el propósito de cumplir los objetivos planteados, llevaremos a cabo un análisis del objeto de este trabajo a través de la legislación vigente, la jurisprudencia reciente y las opiniones doctrinales más relevantes.

La estructura que proponemos es de la siguiente manera; en primer lugar, realizaremos una breve exposición de los principales caracteres de los derechos reales para, después, introducirnos en los derechos reales de garantía con el fin de plantear la cuestión objeto del trabajo y resaltar los aspectos más importantes de dichos derechos en relación con el presente estudio, de modo que podamos presentar un esquema comprensivo suficientemente analítico. En segundo lugar, analizaremos la contratación mercantil, estudiando el concepto, fuentes y mercantilidad de los contratos mercantiles con la finalidad de introducirnos en el estudio de las garantías reales que alcanzan una importancia fundamental en el desarrollo de proyectos económicos de gran envergadura. Veremos, así el 'rol' básico que desarrollan los derechos reales de garantía en a)financiaciones sindicadas; b)financiación corporativas; c)financiación de adquisición; d)operaciones de *project finance*; y, e)operaciones de *sale and lease back*, todas ellas de amplio espectro mercantil en su conformación. Finalmente, expondremos las conclusiones centrales extraídas del presente trabajo.

## II. LOS DERECHOS REALES DEL DERECHO PRIVADO ESPAÑOL

### 1. Concepto

Roca Sastre define el derecho real<sup>1</sup> como derecho subjetivo que atribuye a su titular un poder o señorío directo o inmediato sobre una cosa, sin necesidad de intermediario alguno, personalmente obligado y que, así mismo, impone a todos un deber de respeto o abstención y, a veces, un *pati* o un *non facere* y posiblemente unido un *facere*.

Destacando aquí los cuatro caracteres fundamentales del derecho real, o ilimitado por los condicionantes sociales impuestos en nuestra época: -el poder o señorío inmediato sobre una cosa - la inmediatividad - su carácter *erga omnes* - la absolutividad y abstención.

Por tanto, se trata de un poder directo e inmediato que posee una persona sobre una cosa frente a cualquiera. En ese sentido amplio limitado hoy por la propia normativa, y podemos decir que, en general, los derechos reales son aquellos que atribuyen a su titular un poder o una potestad que, a veces, es plena e ilimitada y, se ejerce en toda su extensión sobre la cosa sujeta al poder de la persona, el ejemplo más neto sería el derecho de propiedad.

Según la Real Academia de la Lengua Española (RAE), se trata de un derecho que recae sobre una cosa y es eficaz frente a todos.

En palabras de Puig Brutau<sup>2</sup>, 'existe un derecho real cuando el ordenamiento jurídico protege el interés de un sujeto sobre un objeto determinado con independencia de la actuación de otro sujeto personalmente obligado'.

La regulación de los derechos reales se encuentra recogida, fundamentalmente, en el Libro II del Código civil, bajo el título "De los bienes, de la propiedad y de sus modificaciones." Asimismo, determinadas instituciones que pertenecen al grupo de los derechos reales se encuentran recogidas de forma particular en el Libro IV del Código civil, como es el caso de la prenda, la hipoteca y la anticresis.

Si bien, existen varias disposiciones que tratan los derechos reales y están fuera del

---

<sup>1</sup> Roca Sastre, '*Derecho hipotecario*', Tomo II, 5ª edición, pp. 188 y ss.

<sup>2</sup> Puig Brutau, J., '*Compendio de Derecho Civil*' (*Derechos reales, Derecho hipotecario*) Volumen III, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 2.

Código civil. Podríamos mencionar la Ley Hipotecaria, La Ley de Propiedad Horizontal, LPM y PSD, etcétera.

## 2. Caracteres

En palabras de Puig Brutau, ‘la concepción de que se trata de una relación directa e inmediata del sujeto sobre el objeto de su derecho, sin la intervención de otra persona que haya asumido una obligación a tal efecto, es la tradicional o clásica y la que corresponde a la tradición romanista’.

De la definición podemos extraer los dos caracteres más relevantes de los derechos reales de garantía: la inmediatez y absolutividad.

Respecto del primero, se refiere al poder inmediato sobre la cosa que puede ejercer el titular de un derecho real sin necesidad de intermediarios. Hay autores que prefieren sustituir el término inmediatez por inherencia ya que, en derechos reales como la hipoteca ésta inmediatez se desdibuja.

La nota de absolutividad, por el contrario, define el carácter absoluto del derecho real. La absolutividad alude a la eficacia erga omnes del derecho real, ya que este es de exclusiva utilidad del titular, pudiendo este último exigir a todos los demás el respeto de su derecho real, y abstenerse de producir cualquier daño o perjuicio a su titularidad.

## 3. Clasificación de los derechos reales

En primer lugar, distinguimos entre un derecho real provisional, la *posesión*, y un derecho real pleno y definitivo que es la *propiedad*.

Frente a la propiedad plena aparecen los derechos reales de contenido limitado de una propiedad ajena, los *iura in re aliena*, en los que cabe distinguir tres grupos<sup>3</sup>:

Por un lado, los derechos de disfrute que comprenden el usufructo, las servidumbres, los derechos de uso y habitación, la enfiteusis y el derecho de superficie; por otro, los derechos de adquisición preferente que atribuyen la facultad de adquirir una cosa específica, con preferencia a terceras personas, como el derecho de opción, el tanteo y el retracto; y, por último, los derechos reales de garantía o de realización de valor. Estos últimos forman el núcleo de este trabajo: hipoteca, prenda y anticresis.

---

<sup>3</sup> Puig Brutau, J., ‘Compendio De Derecho Civil’ (*Derechos reales, Derecho hipotecario*), volumen III, Bosch, Barcelona, 1989, pp. 10-11.

## **II. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA**

### **1. Concepto**

Una garantía real puede definirse, pues, como un poder sobre un bien que faculta a su titular (acreedor del derecho de crédito garantizado) para, como consecuencia del incumplimiento de una obligación, pedir la enajenación o adjudicación de dicho bien, con el fin de cobrarse el crédito con preferencia sobre otros acreedores del deudor, gracias al privilegio especial que la ley reconoce a los titulares de garantía reales<sup>4</sup>.

Estas garantías reales suponen derechos accesorios de una obligación que tienen como objetivo garantizar y asegurar el cumplimiento de una obligación garantizada.

De acuerdo con la referencia que Martínez de Aguirre Aldaz<sup>5</sup> hace a Sancho Rebullida, en su opinión, la ventaja de los derechos reales de garantía ‘reside precisamente en su condición de derecho real, que permite dotar al crédito garantizado de la inherencia y reipersecutoriedad propia de los Derechos reales’.

### **2. Caracteres**

Para la mayoría de los autores<sup>6</sup>, los derechos reales de garantía poseen las siguientes características comunes:

- a) Son *derechos reales*. Atribuyen al titular un poder directo e inmediato sobre el bien afectado.
- b) Son derechos reales *accesorios* de la obligación garantizada. Sin la obligación a la que garantizan, estos derechos no pueden existir, ni subsistir. Además, dependen de la validez de esa obligación garantizada y a la que siguen en su extinción y transmisión.
- c) Son *indivisibles*. Es decir, los derechos reales de garantía se mantendrán intactos e inalterados hasta la completa satisfacción del crédito u obligación garantizada<sup>7</sup>.

---

<sup>4</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R., ‘Manual de Derecho Civil, Derechos Reales’, Bercal, S.A, Madrid, 2013, pp. 325-326.

<sup>5</sup> De Pablo Contreras, P., Martínez de Aguirre Aldaz, C., y Pérez Álvarez, M.A., ‘Curso de Derecho Civil (III), Derechos Reales’, Edisofer S.L., 2016, pp. 236. (Reimpresión actualizada de la 4ª edición).

<sup>6</sup> Ídem.

<sup>7</sup> Vid. arts 1860 CC, 1.886 CC y, arts. 122, 123 de la Ley Hipotecaria.

### 3. Especialidades forales sobre los derechos reales de garantía

El Código civil del Derecho Común regula tres tipos de derechos reales de garantía.

Por un lado, encontramos la figura de la prenda o *pignus*, regulada en el Capítulo II Sección 1ª del Código, que definimos como un derecho real de garantía por el que un acreedor recibe posesión de una cosa propia de un deudor como garantía del pago o cumplimiento de una obligación. Por otro lado, la hipoteca o *pignus conventum*, la cual se encuentra regulada en los artículos 1.874 al 1.880 y se trata de un derecho real accesorio del crédito que tiene como objeto garantizar el cumplimiento de una obligación pecuniaria que recae sobre un bien inmueble.

El último derecho real de garantía que establece nuestro Código es aquel que denominamos anticresis regulado en el Capítulo IV, artículos 1.881-1.886: *‘Por la anticresis el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito.’*

Habiendo establecido cuáles son los derechos reales de garantía en Derecho Común, es conveniente analizar y conocer los derechos reales de garantía contenidos en los distintos Derechos Forales, otorgando especial atención al Código Civil Foral de Cataluña y de Navarra, los cuales consideran como derechos reales de garantía algunos más.

El CC de Cataluña regula, además de los tres derechos del Derecho Común (prenda, hipoteca y anticresis), añade, a diferencia del Derecho Común español, también el derecho de retención<sup>8</sup>. El derecho de retención supone un derecho a favor del acreedor de buena fe que posee un bien ajeno, mueble o inmueble, en garantía de la deuda de retener la cosa en su posesión hasta el pago íntegro de la deuda garantizada (artículo 569.3 Código Civil Catalán). Este derecho se encuentra regulado en la Subsección Primera, *Derecho de retención*, de la Sección Segunda, *Garantías posesorias*, del Código Civil de Cataluña, Libro Quinto, artículos 569.4 - 569.11.

La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra recoge como garantías reales en su artículo 463 las que siguen: la fiducia, las arras, la prenda, la hipoteca, la anticresis, el derecho de retención, el depósito de garantía, pacto de retracto, la reserva de dominio, la

---

<sup>8</sup> Vid. artículo 569.1 del CC de Cataluña.

condición resolutoria, la prohibición de disponer u otras cualesquiera formas de garantía real o personal.

#### 4. Prenda de Derecho Común

La prenda se regula en el Capítulo II Título XV del Código civil, en los artículos 1.863 a 1.873. Deben añadirse, como esenciales, las previsiones contenidas en los artículos 1.857 al 1.862 dedicado a las disposiciones comunes a la prenda y la hipoteca<sup>9</sup>.

El derecho de prenda podemos definirlo como un derecho real que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal que recae sobre bienes muebles ajenos que se entregan al acreedor o a un tercero de común acuerdo hasta el pago completo del crédito para que pueda procederse, en caso de incumplimiento de la obligación, a instar la venta de la cosa dada en prenda para satisfacer con lo obtenido las responsabilidades económicas/pecuniarias que nazcan de la obligación garantizada.

Díez-Picazo y Gullón definen este derecho como ‘un derecho real de garantía mobiliaria, que exige en el régimen del Código civil el desplazamiento posesorio. Aun así, el deudor sigue siendo dueño de ella hasta que no se adjudique a alguien como consecuencia de la ejecución, es decir, de la actuación del derecho de realización del valor’ (artículos 1.863 y 1.869 CC).

La posesión del bien dado en prenda puede desplazarse a las manos del acreedor o de un tercero, de común acuerdo, ‘de modo que, ni el acreedor pueda usar o utilizar la cosa, ni el deudor pedir su restitución sin haber satisfecho la obligación garantizada o sin permiso del acreedor<sup>10</sup>’. Este tercero no es, ‘de modo alguno, titular del derecho de prenda, ni puede disponer de las facultades de las que es titular el acreedor prendario, solamente es un depositario de la cosa que posee en beneficio de ambos’<sup>11</sup>.

De conformidad con Puig Brutau, el derecho real de prenda confiere al acreedor facultades, entre ellas, un poder jurídico que, siguiendo la técnica alemana, se designa con la expresión ‘derecho de realización de valor’ (*Verwertungstrecht*); ‘esto es, facultad

---

<sup>9</sup> Víd. 1.857 al 1.862 CC.

<sup>10</sup> Díez-Picazo, L., y Gullón., A., ‘*Sistema de Derecho Civil*’, Derechos Reales en particular, Volumen II, Tomo 2, Novena Edición, Tecnos, pp. 140.

<sup>11</sup> Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E., y Marín López, M.J., ‘*Tratado de los Derechos de Garantía*’, Aranzadi Editorial, pp. 817.

al acreedor para que pueda instar la venta de la cosa gravada una vez haya vencido la obligación asegurada, con el fin de cubrir o percibir el importe del crédito a base del producto de la venta<sup>12</sup>.

La prenda es un derecho real de garantía que se caracteriza por lo siguiente:

- a) Es un derecho real que recae sobre una cosa específica. El Código civil nos dice que es contrato, lo cual puede ser el origen, sin embargo, al darse al acreedor la posibilidad de instar la venta el objeto, es un derecho real.
- b) Es un derecho mobiliario, es decir, recae sobre bienes muebles<sup>13</sup>.
- c) Es un derecho real accesorio o de garantía. La figura de la prenda nace para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. La transmisión o extinción de ésta obligación principal implicará la transmisión o extinción de la prenda<sup>14</sup>.
- d) Exige un desplazamiento posesorio: *‘Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo’ (artículo 1.863CC).*

Esta garantía requiere la desposesión continuada del pignorante por lo que es natural pensar que esta garantía determina sea poco atractiva para el pignorante. La mayoría de los autores (Carrasco, Cordero Lobato y, Marín López) enumeran dos razones respecto de los bienes por los que, por un lado, el desplazamiento posesorio puede ser un inconveniente, y, por otro, no serlo.

De acuerdo con los citados autores, ‘el desplazamiento posesorio solo es un inconveniente con respecto a aquellos bienes cuya utilización por el pignorante es imprescindible para la continuación de la actividad’. Por el contrario, el desplazamiento posesorio no supone un ‘inconveniente para los bienes que son fructíferos, ya que si la cosa gravada es fructífera su explotación ordinaria está comprendida en la obligación de conservación diligente del acreedor pignoraticio

<sup>15</sup>.

---

<sup>12</sup> Puig Brutau, J., *‘Fundamentos de Derecho Civil’* (Derecho de Cosas), Tomo III, BOSCH, Barcelona, 1953, pp. 538.

<sup>13</sup> Tal y como dice el artículo 1.864 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el CC: *‘Pueden darse en prenda todas las cosas muebles que están en el comercio, con tal que sean susceptibles de posesión’.*

<sup>14</sup> Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *‘Sistema de Derecho Civil’*, Derechos Reales en particular, Volumen III, Tomo 2, Novena Edición, Tecnos, pp. 140.

<sup>15</sup> Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., *‘Tratado de los Derechos de Garantía’*, Tomo II, Garantías Mobiliarias, Thomson-Aranzadi, pp. 156.

- e) Derecho indivisible<sup>16</sup>: la prenda será indivisible hasta la íntegra extinción del crédito garantizado. Incluso si el acreedor aceptase un pago parcial, el deudor no tiene derecho a esa cancelación de la garantía. Sin embargo, los párrafos 4º y 5º del artículo 1.860 CC constituyen una excepción a la regla general<sup>17</sup> ya que ‘el legislador considera a cada parte del crédito como independiente de las otras, como créditos distintos con su propia garantía<sup>18</sup>’.

#### **4.1 Constitución de la prenda: elementos personales, reales y forma.**

- a) Elementos personales: En la prenda, el Código civil español prevé que intervengan tres personas.

En primer lugar, el acreedor pignoraticio o prendario, es el sujeto activo de la obligación principal; a él se le desplaza el bien en prenda y debe poseer capacidad de obrar.

En segundo lugar, el deudor, quien es sujeto pasivo de la obligación principal y debe reunir dos condiciones: capacidad de obrar y libre disposición de los bienes. Generalmente, ésta persona coincide con el constituyente de la prenda.

Como tercer sujeto aparece el constituyente de la prenda cuando estemos ante el caso que describe el artículo 1.857.2 CC: ‘*Las terceras personas extrañas a la obligación principal pueden asegurar ésta pignorando o hipotecando sus propios bienes.*’ Así, en la relación de la prenda puede existir un tercero extraño que garantice el cumplimiento de la obligación principal con sus bienes, y que sea persona diferente del deudor. A este último se le puede denominar, también, fiador real. De la misma forma que la persona del deudor, debe tener capacidad de obrar y libre disposición de sus bienes.

Debe tenerse en cuenta el art. 1.857 CC que establece como requisitos esenciales de los contratos de prenda e hipoteca:

- 1.º Que se constituya para asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

---

<sup>16</sup> Artículo 1.860 CC: ‘*La prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor.*’

<sup>17</sup> Víd. Artículo 1.860.4 y 1860.5 CC.

<sup>18</sup> Díez-Picazo, L., y Gullón, A., ‘*Sistema de Derecho Civil*’, Derechos Reales en particular, Volumen III, Tomo 2, Novena Edición, Tecnos, pp. 140.

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.

b) Elementos reales: encontraremos la obligación garantizada y la cosa pignorada/entregada en garantía. Respecto a la primera, la obligación puede ser cualquiera: puede ser económica o no, de dar, de hacer... Rige el artículo 1.861: *‘Los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria.’*

En cuanto a la cosa dada en prenda, nuestro código hace referencia a las cosas muebles que estén en el comercio y sean susceptibles de posesión (1864)<sup>19</sup>.

▪ Elementos formales: Según el artículo 1.863 *se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo*. Por lo tanto, es necesario título y modo, ya que como hemos mencionado anteriormente, se exige el desplazamiento de la posesión. Por otro lado, el artículo 1865 CC exige escritura pública con la certeza de la fecha para que la prenda surta efectos frente a terceros. Siguiendo a Puig Brutau<sup>20</sup>, con ello, *‘parece que el Código no pone obstáculo terminante a la posibilidad de constituir el derecho real de prenda en documento privado o mediante acuerdo verbal y que sólo hace falta que se otorgue en instrumento público para que la fecha pueda ser invocada frente a tercero’*.

#### **4.2 Contenido del derecho real de prenda**

El derecho real de prenda engloba un contenido constituido por poderes y derechos que se le otorgan al acreedor y al deudor pignoraticio sobre el bien dado en prenda junto con unas obligaciones.

---

<sup>19</sup> Más adelante prendas irregulares, pp. 20.

<sup>20</sup> en su obra *‘Fundamentos de Derecho Civil’ (Derecho de Cosas)*, Tomo III, Bosch, Barcelona, 1953, pp. 542.

#### 4.2.1 Acreeedor Pignoraticio:

En cuanto a los derechos que le corresponden<sup>21</sup>, estos son los siguientes:

1. Derecho de retención: Según el artículo 1.866 CC, tiene derecho a tener el objeto dado en prenda y retenerlo en su poder (o en tercera persona) hasta el pago completo del crédito, soportando los gastos de mantenimiento necesarios pues tiene la posesión.

Si mientras el acreedor mantiene la prenda porque la primera obligación, garantizada, no ha sido pagada, y hay otra obligación no garantizada que ha llegado a plazo y no se ha cumplido/pagado, el acreedor podrá retener el objeto en prenda hasta que se cumplan las dos (*Pignus gordianum*).

2. Ejercitar las acciones que le correspondan al deudor para reclamar o defender el objeto dado en prenda. (art 1.869.2 CC)
3. Del mismo modo, el acreedor puede ceder el crédito pignoraticio, en cuyo caso se transmite la prenda como derecho accesorio del crédito<sup>22</sup> (artículo 1.528 CC).
4. Derecho de compensación: Si la deuda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben. (art. 1.868 CC).
5. Derecho a instar a la venta, en caso de incumplimiento de la obligación, para satisfacer la deuda que tiene a su favor. Normalmente es una venta extrajudicial ante notario; pero la venta puede ser judicial en juicio declarativo ordinario. (art. 1.872 CC).

---

<sup>21</sup> Víd. Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil; Iberley. '*Derechos y obligaciones del acreedor y del deudor pignoraticio en el derecho real de prenda*', Iberley. (disponible en <https://www.iberley.es/temas/derechos-obligaciones-aceedor-deudor-pignoraticio-60341>, última consulta el 21 de febrero de 2019)

<sup>22</sup> De Pablo Contreras, P., Martínez de Aguirre Aldaz, C., y Pérez Álvarez, M.A., '*Curso de Derecho Civil (III), Derechos Reales*', Edisofer S.L., 2016, pp. 636. (Reimpresión actualizada de la 4ª edición)

6. Derecho de preferencia al cobro en relación con el objeto de la prenda establecido por los arts. 1922 y ss. del CC.

Sus obligaciones comprenden las siguientes:

1. Atendiendo a lo determinado en el artículo 1.867 CC, debe conservar la cosa dada en prenda con la diligencia de un buen padre de familia; tiene derecho a ser reembolsado del importe de los gastos.
2. Responde de la pérdida o deterioro, siempre que sea su culpa o negligencia (1.867 CC). Cuando se trate de caso fortuito o fuerza mayor el acreedor no responderá (arts. 1.101 y ss. CC).
3. El Código prohíbe al acreedor apropiarse de la cosa dada en prenda ni disponer de ella (art. 1.859 CC).
4. Restituir la cosa pignorada. Una vez pagada la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso, el acreedor ha de hacer la devolución (art 1.871 CC).

#### 4.2.2 Deudor/Pignorante

Al acreedor pignoraticio le basta con tener capacidad general para contratar, y, sin embargo, el pignorante se encuentra sujeto a requisitos concretos especiales de capacidad cuya cumplimentación debe hacerse en el momento de la celebración del contrato de prenda, no, en su caso, en el momento en que se hayan cubierto los requisitos exigidos para la constitución del derecho de prenda<sup>23</sup>.

Los derechos que le corresponden como deudor prendario son<sup>24</sup>:

1. Sigue siendo propietario de la cosa dada en prenda mientras no se produzca en los términos previstos (art. 1869 CC).
2. El deudor tiene derecho a la restitución de la cosa dada en garantía una vez pagada la deuda (art. 1.871 CC).
3. Puede disponer del objeto dado en prenda (enajenar, por ejemplo).

---

<sup>23</sup> Víd. Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., *Tratado de los Derechos de Garantía*, Aranzadi Editorial, pp. 811. Continúese la lectura del apartado *‘la capacidad requerida para pignorar’* sobre la celebración de contratos de prenda que tienen por objeto bienes muebles del menor.

<sup>24</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código civil.

Respecto de sus obligaciones:

1. Entregar la cosa cuando se constituye la prenda.
2. Reembolsar los gastos soportados de conservación y mantenimiento por el acreedor pignoraticio.

### **4.3 Extinción de la prenda**

La prenda es una obligación accesoria, que se encuentra garantizando una obligación principal, por lo que la prenda se extingue cuando lo haga la obligación principal. Si bien, ‘su extinción aislada no significa la de aquella obligación<sup>25</sup>’.

De acuerdo con el artículo 1.156 CC, la obligación principal se extingue: por el pago o cumplimiento; por la pérdida de la cosa debida; por la condonación de la deuda; por la confusión de los derechos de acreedor y deudor; por la compensación; por la novación.

El artículo 1.191 CC, señala que *cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor*, se presume remitida la obligación accesoria de prenda, pero en ningún caso la obligación principal. Con este artículo nos encontramos ante una presunción *iuris tantum*, si bien, esta puede romperse ‘ya que la presunción no impide al acreedor la reclamación de la cosa de su deudor, que deberá ir acompañada por la prueba de que la entrega de la cosa no se hizo para remitir el derecho de garantía, sino por otra causa<sup>26</sup>’.

### **4.4 Prendas Especiales**

#### **4.4.1. Prenda irregular**

La prenda irregular es aquella que recae sobre una cantidad de dinero u otra cosa fungible. Castán define la prenda irregular como ‘aquella prenda de dinero o en general de cosas fungibles celebrada con el pacto -expreso o tácito- de que el acreedor pignoraticio no tiene obligación de devolver las mismas monedas o billetes, o las mismas cosas, sino otro tanto de la misma especie o calidad<sup>27</sup>’.

---

<sup>25</sup> Díez-Picazo, L., y Gullón, A., ‘*Sistema de Derecho Civil*’, Derechos Reales en particular, Volumen III, Tomo 2, Novena Edición, Tecnos, pp. 144.

<sup>26</sup> Díez-Picazo, L., y Gullón, A., ‘*Sistema de Derecho Civil*’, Volumen III, Tomo 2, Derechos Reales en particular, Octava Edición, Tecnos, pp. 143.

<sup>27</sup> Castán Tobeñas, J., ‘*Derecho Civil Español, Común y Foral*’, Tomo II, Volumen II, Décimo tercera edición, Reus S.A, Madrid, 1983, pp. 504.

Para otros autores como Martínez de Aldaz, ‘la prenda irregular es aquella que recae sobre bienes fungibles de valor cierto en el mercado, cuya propiedad (y no mera posesión) adquiere el acreedor como consecuencia de la constitución de esta<sup>28</sup>’.

El Alto Tribunal<sup>29</sup> establece que la prenda irregular o fianza monetaria es ‘*aquella garantía real pignoraticia que tiene como peculiaridad el hecho de que la garantía la constituyen bienes fungibles, como el dinero, con lo que se distingue de la "prenda regular" en que en el momento de su constitución y entrega se transmite la propiedad de lo pignorado, surgiendo a cambio la obligación de devolver no la cosa recibida sino otra equivalente de la misma especie y en igual cantidad.*’

La especialidad del objeto supone que no es necesario realizar el valor del bien, sino que, en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, el acreedor imputa al crédito garantizado el importe del dinero que recibió en prenda sin necesidad de acudir a los procedimientos de ejecución<sup>30</sup>. Es decir, en palabras de Díez-Picazo y Gullón, ‘el acreedor compensa su crédito con el que contra él tiene el deudor pignoraticio para la restitución de la suma que entregó en garantía’.

El tener como objeto dinero u otra cosa fungible supone que el acreedor pignoraticio, en caso de cumplimiento de la obligación garantizada, debe restituir el *tantumdem*, es decir, otro tanto de la misma especie y calidad que lo recibido en prenda.

A pesar de las discusiones sobre la verdadera naturaleza de esta figura, la jurisprudencia admite la validez de la prenda irregular. La doctrina ha señalado que no se trata de una modalidad de prenda, sino de un contrato de aseguramiento distinto, en el que se transfiere al acreedor la propiedad del dinero u otra cosa fungible.

---

<sup>28</sup> De Pablo Contreras, P., Martínez de Aguirre Aldaz, C., y Pérez Álvarez, M.A., ‘Curso de Derecho Civil (III), Derechos Reales’, Edisofer S.L., 2016 (Reimpresión actualizada de la 4ª edición)

<sup>29</sup> Sentencia del TS, Sala de lo Penal, nº 818/2012, de 24/10/2012, nº de Rec. 2467/2011.

<sup>30</sup> Tirant. ‘Derechos Reales de Garantía’, II. La prenda, pp. 11 (disponible en [https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema28\\_nuevo.pdf](https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema28_nuevo.pdf), última consulta el 5 de marzo de 2019)

#### **4.4.2. Prenda sobre derechos**

La pregunta que debemos hacernos aquí es la siguiente: ¿Pueden los derechos ser objeto del derecho real de prenda? Según la doctrina, no hay problema en que puedan ser objeto de prenda, siempre que recaigan sobre bienes muebles que están en el comercio de los hombres y que sean susceptibles de posesión (artículo 1.864 CC).

Respecto de la prenda de créditos, han surgido varias discusiones en la doctrina y jurisprudencia sobre si el Código civil comprende a los créditos dentro de las cosas muebles (Artículo 1.864 CC)<sup>31</sup>.

Hasta el año 1997, la jurisprudencia del TS era mayoritariamente contraria a la admisión de las prendas de créditos. Finalmente, tras sentencias dictadas en las que se negaba la pignoración de créditos como en la STS del 27 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6654), y algunas como la STS del 19 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6069) en la que se admitía implícitamente la posibilidad de pignorar los créditos bancarios a una tercera entidad financiera, el TS reconoció la eficacia y validez de la prenda de créditos en la sentencia STS del 19 de abril de 1997 (RJ 199, 3429) de manera ‘definitiva’<sup>32</sup>.

Así, la doctrina ha admitido que los créditos puedan ser objeto de prenda. Incluso, la Ley Concursal reconoce de forma expresa este tipo de prenda en el número 5º la prenda de valores<sup>33</sup> y en el número 6º de su artículo 90.1.

*En relación a la prenda de créditos, la TS, Sala de lo Civil, en su sentencia nº 875/2002, de 26/09/2002, nº de Rec. 687/1997 establece que "la prenda de derechos es el derecho real de prenda que no recae sobre una cosa, sino sobre un derecho y al acreedor pignoraticio se le transmite, no la posesión de la cosa, sino el poder en que el derecho consiste, que le permite realizarlo. En el caso de prenda sobre derecho de crédito se producen los mismos efectos que la posesión, por la notificación al deudor y por la facultad del acreedor pignoraticio de percibir directamente el crédito que ha sido objeto*

---

<sup>31</sup> Díez-Picazo, L., y Gullón, A., ‘Sistema de Derecho Civil’, Derechos Reales en particular, Volumen III, Tomo 2, Novena Edición, Tecnos, pp. 144.

<sup>32</sup> Víd. Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Marín López, M.J., ‘Tratado de los Derechos de Garantía’, Aranzadi editorial, pp. 871 y ss; STS del 27 de diciembre de 1985 (RJ 1985, 6654); STS del 19 de septiembre de 1987 (RJ 1987, 6069); STS del 19 de abril de 1997 (RJ 199, 3429).

<sup>33</sup> El caso más frecuente de pignoración de créditos es el de títulos valores, y, de conformidad con el artículo 1.872 CC, el cual establece el procedimiento en consecuencia de que el deudor no hubiese satisfecho su crédito a favor del acreedor, especifica que ‘si la prenda consistiere en valores cotizables, se venderán en la forma prevenida por el Código de Comercio’.

de aquella prenda". Por tanto, si el deudor no satisface su obligación, el nuevo sujeto activo del derecho de crédito será el acreedor.

#### **4.5 Prenda sin desplazamiento de la posesión**

La prenda sin desplazamiento (PSD) se encuentra regulada en la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento (LHMyPSD), si bien, en ella no se encuentra establecido un concepto específico de la prenda sin desplazamiento.

La diferencia con la prenda clásica está en el no desplazamiento de la posesión de la cosa pignorada.

#### **4.5.1 Constitución de la prenda sin desplazamiento**

##### 4.5.1.1 Elementos reales

La PSD es un derecho real mobiliario de realización del valor que sólo puede tener como objeto los bienes que enumeran los artículos 52-54 de la LHMyPDS:

- a) Artículo 52 (prenda agrícola)
- b) Artículo 53 (prenda de máquinas, mercaderías y materias primas):
- c) Artículo 54 (prenda sobre objetos históricos o artísticos, y prenda de créditos):
- d) Artículo 55: en el precepto de este artículo se hace referencia al artículo 12 de la misma ley para establecer que no podrá constituirse, tampoco, prenda sin desplazamiento sobre los bienes susceptibles de hipoteca mobiliaria.

##### 4.5.1.2 Forma

Los elementos formales de la PSD se encuentran recogidos en el artículo 3 LHMyPSD: *'La hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento se constituirán en escritura pública....podrá también constituirse mediante póliza intervenida por Agente de Cambio y Bolsa o Corredor de Comercio colegiado<sup>34</sup>, cuando se trate de...La escritura o la póliza, en su caso, deberán ser inscritas en el Registro...falta de inscripción de la hipoteca o de la prenda...privará al acreedor hipotecario o pignoraticio de los derechos...que les concede esta Ley... La inscripción no convalida los actos y contratos que sean nulos...Los asientos practicados en los libros especiales de hipoteca y de*

---

<sup>34</sup> Hoy Notarios.

*prenda, que se han de llevar en el Registro de la Propiedad, están bajo la protección de los Tribunales y producirán todos sus efectos mientras no se cancelen o se declare su nulidad.’*

Por otra parte, la PSD recae sobre bienes muebles concretos, tasados en la ley, que continúan en poder de su dueño, o se pueden depositar en posesión de un tercero de común acuerdo.

Por último, en caso de incumplimiento de la obligación, se insta a la venta en pública subasta.

#### **4.5.2 Contenido de la Prenda Sin Desplazamiento**

Resulta conveniente exponer los derechos y obligaciones del deudor y del acreedor pignoraticio que surgen de la PSD.

En cuanto al deudor, surge el derecho de continuar siendo dueño o propietario de la cosa sobre la que se ha constituido la prenda, por lo que tiene derecho a usarlas, tiene su posesión, conserva la propiedad y solamente los puede vender con consentimiento del acreedor.

Respecto de sus obligaciones, encontramos las siguientes: debe afrontar los gastos de conservación, reparación y administración<sup>35</sup>; se debe permitir al acreedor la inspección de dichos bienes para que compruebe el estado de conservación de los mismos<sup>36</sup>; y, por último, no se pueden enajenar sin consentimiento del acreedor.

Por el contrario, el acreedor posee derechos similares, no exactamente iguales, a los de la hipoteca mobiliaria<sup>37</sup>, y encontramos los siguientes:

En primer lugar y, de acuerdo con el artículo 62 LHMyPSD, *‘si el deudor hiciera mal uso de los bienes o incumpliere las obligaciones establecidas en los artículos anteriores, el acreedor podrá exigir la devolución de la cantidad adecuada o la inmediata venta de la prenda, sin perjuicio de las responsabilidades que procedieren.*

*La pérdida o deterioro de dichos bienes dará derecho a la indemnización correspondiente, exigible a los responsables del daño y, en su caso, a la entidad aseguradora.’*

---

<sup>35</sup> Art. 61 LHMyPSD.

<sup>36</sup> Art. 62 LHMyPSD.

<sup>37</sup> Más adelante la Hipoteca Mobiliaria, pp. 32.

En segundo lugar, el acreedor goza de un derecho de preferencia de cobro sobre ese bien concreto, cuando se venda en pública subasta<sup>38</sup>. En tercer lugar, puede ceder el derecho de crédito. En cuarto y último lugar, el acreedor, también, tiene acción de instar a la venta los bienes muebles concretos en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, con plazo de ejercicio de 3 años desde que puede ser ejercitada, es decir, desde que se incumple la obligación. En caso contrario, prescribirá.

## 5. Hipoteca inmobiliaria

Para Castán<sup>39</sup> la hipoteca inmobiliaria o, hipoteca propiamente dicha, la define citando, entre otros, el concepto sobre la misma de Sánchez Román (*'Derecho Civil'*, Tomo III, pp.793): 'derecho real constituido en garantía de una obligación, sobre bienes inmuebles ajenos o derechos reales enajenables que sobre bienes raíces recaigan y que, permanecen en la posesión de su dueño, para satisfacer con el importe de la venta de estos aquella obligación cuando sea vencida y no pagada'.

Para el catedrático Martínez de Aguirre, la hipoteca es un derecho real de garantía que recae sobre bienes inmuebles, y, mediante su venta, el titular tiene facultades de realización del valor de dicho inmueble, y 'con el dinero así conseguido, el pago de la obligación garantizada, cualquiera que sea en ese momento el poseedor o propietario del inmueble hipotecado<sup>40</sup>'.

Otro autores<sup>41</sup> afirman que la hipoteca es en el CC 'un contrato susceptible de desplegar efecto frente a tercero si se cumplen ciertos requisitos como la existencia de la causa de garantía que se establece, consentimiento de los contratantes, objeto cierto del contrato, que la cosa hipotecada pertenezca en propiedad al que la hipoteca, y que el constituyente tenga la libre disposición de sus bienes, o en su defecto, se halle legalmente autorizado al efecto'.

---

<sup>38</sup> Víd. artículo 10 LHMypSD de posesión y artículos 1.922.2º y 1.926.1º CC. No obstante, el art. 66 LHMypSD establece y enumera una serie de créditos que deben ser satisfechos con preferencia al crédito pignoraticio.

<sup>39</sup> Castán Tobeñas, J. *'Derecho Civil español, común y foral'*, Tomo II, Volumen II, Décimotercera edición, Reus S.A, Madrid, 1983, pp. 428.

<sup>40</sup> De Pablo Contreras, P., Martínez de Aguirre Aldaz, C., y Pérez Álvarez, M.A., *'Curso de Derecho Civil (III), Derechos Reales'*, Edisofer S.L., 2016, pp. 565-566. (Reimpresión actualizada de la 4ª edición)

<sup>41</sup> Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E. y Martín López, M.J., *'Tratado de los Derechos de Garantía'*, Aranzadi Editorial, pp. 456.

La hipoteca, en base a las definiciones dadas más arriba, es un derecho real de constitución registral que asegura la oponibilidad de los derechos del acreedor frente a terceros<sup>42</sup>, que se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación dineraria principal y que grava bienes que continúan en poder de su dueño para instar la venta de los mismos cuando la obligación sea vencida y no pagada.

Como caracteres de la hipoteca, debemos citar los siguientes:

1. Es un *derecho real* ya que existe un poder directo del titular sobre una cosa y posee una serie de facultades. La facultad, en este caso, es el *ius distrahendi*: privar al propietario del bien inmueble instando a la venta.
2. Es un *derecho inmobiliario*. Recae sobre bienes inmuebles o derechos reales que recaen sobre bien inmuebles (usufructo, por ejemplo). La excepción es la hipoteca mobiliaria.
3. Adherencia o inseparabilidad: el bien inmueble hipotecado puede estar en manos del deudor o de otro, pero si el deudor incumple, el acreedor podrá instar la venta del inmueble en cualquiera de las manos en que se encuentre. Por tanto, la hipoteca no implica la desposesión de los bienes.
4. Accesoriedad. La hipoteca es un *derecho real de garantía*, por lo que se constituye para garantizar el cumplimiento de una obligación principal, de modo que, y de la misma forma que el derecho real de prenda, si desaparece la obligación principal, la obligación accesoria deja de subsistir y se extingue el derecho real de garantía de la hipoteca.
5. Publicidad/Inscripción registral. Para que la hipoteca quede válidamente constituida es indispensable que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad<sup>43</sup>. La publicidad se logra por la inscripción registral. De este modo, no caben las hipotecas ocultas.

---

<sup>42</sup> Martín Baumeister, B., ‘Los contratos de garantía’ en Sánchez Graells, A. (coord.), ‘Fundamentos de Derecho Empresarial’, *Contratación Mercantil*, Tomo III, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pp. 279.

<sup>43</sup> Víd. artículo 1875.1 CC.

6. Principio de especialidad<sup>44</sup>, en relación con los bienes hipotecados. Los bienes hipotecados deben encontrarse específicamente y perfectamente determinados desde el principio. De este modo, no caben las hipotecas generales, sólo la especial. Antiguamente existía hipoteca sobre todo el patrimonio general del deudor; hoy en día, no cabe.
7. Indivisible. Así lo establece el artículo 1860 de nuestro Código, afirmando que *‘la prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor. No podrá, por tanto, el heredero del deudor que haya pagado parte de la deuda pedir que se extinga proporcionalmente la prenda o la hipoteca mientras la deuda no haya sido satisfecha por completo.’* Por tanto, la hipoteca es indivisible, aunque se divida entre los herederos. En caso de que un heredero pague su parte, no se cancela la hipoteca, ya que la deuda se debe quedar satisfecha por completo para que se cancele íntegramente. Siguiendo este artículo, lo mismo ocurre si existen varios acreedores: no se cancelará hasta que se pague íntegramente.
8. Derecho transmisible. Es susceptible de transmisión tanto el bien hipotecado como la propia hipoteca. Por ejemplo, si A es deudor, este puede vender el piso hipotecado sin problema. También, se puede transmitir la hipoteca, y estaríamos ante una cesión de crédito.

### **5.1 Clases de hipoteca inmobiliaria**

La doctrina suele hacer las siguientes clasificaciones:

Por razón del origen pueden ser legales o voluntarias. Las primeras nacen por imperativo legal, se constituyen cuando concurre el supuesto de hecho previsto en la ley<sup>45</sup>. Las voluntarias son, como señala el artículo 138 LH *‘las convenidas entre partes o impuestas por disposición del dueño de los bienes sobre que se establezcan’*.

---

<sup>44</sup> Artículo 12 y 119 Ley Hipotecaria y artículo 216 y ss. Rh; De Pablo Contreras, P., Martínez de Aguirre Aldaz, C., y Pérez Álvarez, M.A., *‘Curso de Derecho Civil (III), Derechos Reales’*, Edisofer S.L., 2016, pp. 569-574 (Reimpresión actualizada de la 4ª edición)

<sup>45</sup> Víd. artículo 168 LH sobre quién tiene derecho a exigir la hipoteca legal.

Por razón de la forma pueden ser expresas o tácitas. Respecto de las expresas, el artículo 159 LH dispone que para estas hipotecas queden válidamente establecidas, se necesita la inscripción del correspondiente título en el Registro de la Propiedad; una vez constituida e inscrita, predica el artículo 161 LH que surte los mismos efectos que la voluntaria, sin más especialidades que las determinadas en la Ley.

Las hipotecas legales tácitas se constituyen *ope legis*, ‘sin necesidad de título de constitución ni de inscripción’<sup>46</sup>, es decir, no exigen para su validez la publicidad registral’.

Por su extensión pueden ser generales o especiales. Como ya hemos dicho, las hipotecas generales no existen porque no se admiten las hipotecas sobre todos los bienes del deudor, mientras que las especiales son sobre un bien concreto y, por tanto, se admiten.

Por razón de su especialidad o exigencia, puede haber hipotecas ordinarias y de seguridad. En las hipotecas ordinarias (o de tráfico), los elementos y existencia del crédito hipotecario se encuentran perfectamente determinados y registrados. Por el contrario, las hipotecas de seguridad aseguran obligaciones o cuantías que aún no están determinadas. Como modalidad de la hipoteca de seguridad conocemos la hipoteca de máximo, en las que algunos de los elementos de la obligación que se asegura no están definidos hasta el momento de la realización.

Modernamente, se abren paso las llamadas hipotecas condicionales bajo condición suspensiva, reconocidas por las Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado, Resolución 1/2005 de 2 de septiembre, en ellas lo que se pretende es que si se producen determinadas circunstancias se pueda demandar un vencimiento anticipado de la financiación, salvo que se pacte una ampliación de la garantía. Cláusulas de este tipo son, el arrendamiento por debajo de un cierto precio, reducción del valor del bien por debajo de un determinado nivel, la falta de pago en una fecha anterior al vencimiento.<sup>47</sup>

---

<sup>46</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R., ‘*Manual de Derecho Civil, Derechos Reales*’, Bercal, S.A, Madrid, 2013, pp. 366.

<sup>47</sup>Wolters Kluwer, ‘*Prenda*’ (disponible en [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjM3MztlUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAKFKAHZUAAAA=WKE#I148](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUjM3MztlUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQOGZapUt-ckhIQaptWmJOcSoAKFKAHZUAAAA=WKE#I148); última consulta el 14 de marzo de 2018)

## **5.2 Contenido del derecho real de hipoteca inmobiliaria**

### **5.2.1 Derechos y Obligaciones de las partes**

Con la constitución de un derecho real de garantía de hipoteca surgen derechos y obligaciones tanto del acreedor como del deudor.

#### **5.2.1.1 Acreedor hipotecario**

En primer lugar, de conformidad con el artículo 1.878 CC, el acreedor tiene derecho a ceder a un tercero su crédito, en todo o en parte, que tiene contra el deudor sin que sea necesario el consentimiento de este último. El acreedor cedente debe comunicar y notificar el cambio de acreedor ya que es de interés del deudor saber a quién irá dirigido el pago. Como peculiaridad, en materia bancaria, se produce frecuentemente la cesión de los créditos hipotecarios. Por otro lado, las entidades financieras generalmente emiten cedulas hipotecarias, bonos o participaciones hipotecarias: títulos valores que se ponen en manos de los particulares, que incorporan parte de un crédito hipotecario.

En segundo lugar, al acreedor le corresponde el ejercicio de la acción de devastación o deterioro. Es de interés del acreedor mantener el valor del bien hipotecado por sí, en un futuro, debe venderlo. Así, conforme al artículo 117 LH<sup>48</sup>, si el deudor está produciendo un daño o perjuicio por su propia voluntad (dolo, culpa o negligencia) en la finca hipotecada, el acreedor podrá solicitar al juez de primera instancia que le admita la justificación de estos hechos.

En tercer lugar, puede instar a la venta el inmueble hipotecado en caso de incumplimiento por parte del deudor hipotecante.

En cuarto lugar, de acuerdo con el artículo 115 LH el acreedor puede imponer la ampliación de la garantía.

Por último, existe un derecho de preferencia a favor del acreedor hipotecario respecto del resto de créditos que pueda tener el deudor, sean no hipotecarios o

---

<sup>48</sup> Vid. Artículo 117 del Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.

sean hipotecarios posteriores. Así, en caso de impago de la primera hipoteca, esta se ejecutaría y lo sobrante va a garantizar la segunda.

#### 5.2.1.2 Deudor hipotecante/Propietario del inmueble hipotecado

La hipoteca no limita las facultades del propietario del bien hipotecado para disponer de este; por ello, puede donarlo, venderlo, etcétera e incluso volver a hipotecarlo. Un pacto entre acreedor y deudor que implicase lo contrario sería nulo.

En caso de que se produzca una venta de un bien ya hipotecado, el nuevo deudor puede colocarse en la situación del anterior deudor quedando obligado a responder hipotecaria y personalmente, o, por el contrario, puede tener una responsabilidad exclusivamente hipotecaria.

Para que sea válida la asunción de la deuda, es preciso contar con el consentimiento del acreedor hipotecario, primer deudor y nuevo deudor. Así, el primer deudor queda liberado del pago, y el nuevo deudor lo es a todos los efectos. Deberá hacerse, incluso, escritura pública.

Salvo pacto en contrario, en el nuevo deudor hay responsabilidad personal además de hipotecaria. Por tanto, no es contrario a la ley excluir la responsabilidad personal.

### **5.3 Constitución de la hipoteca inmobiliaria**

#### **5.3.1 Elementos reales**

De conformidad con el artículo 1.861 CC, *‘los contratos de prenda e hipoteca pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya estén sujetas a condición suspensiva o resolutoria.’*

Respecto de los bienes hipotecables atendemos a los artículos 106-108 de la Ley Hipotecaria.

De acuerdo con el artículo 106 LH, pueden ser hipotecados bienes inmuebles susceptibles de inscripción o derechos reales enajenables, con arreglo a las leyes, impuestos sobre los mismos bienes.

En base al artículo 107 LH, son derechos reales hipotecables, pero con restricciones los siguientes:

1° Derecho de usufructo. Se puede extinguir por causas normales (ajenas a la voluntad del usufructuario; que llegue el vencimiento) o por causas voluntarias del usufructuario. Al extinguirse el usufructo por causas ajenas a la voluntad del usufructuario, también se extingue la hipoteca. Por el contrario, si es por causa voluntaria, la hipoteca sigue subsistiendo.

2° Nuda propiedad. La mera propiedad es hipotecable. En caso de que se consolide el usufructo con propiedad, todo responde como hipoteca. Se trata de la unión de la propiedad y el usufructo.

3° Se pueden vender los bienes anteriormente hipotecados, aunque lo estén con el pacto de no volverlos a hipotecar. Debemos recordar que hay prioridad de rango.

4° El derecho de hipoteca voluntaria, pero quedando pendiente la que se constituya sobre él, de la resolución del mismo derecho.

5° Concesiones administrativas de obras públicas. Cuando acabe la concesión administrativa, la cual posee un límite temporal, terminará la hipoteca.

6° El derecho de superficie es hipotecable con la misma restricción; hay un momento determinado en que termina.

7° Hipoteca sobre derecho de retracto convencional. Se trata de los bienes vendidos sujetos a retracto convencional. El retracto convencional es el derecho a recuperar la cosa vendida pagando el precio y lo demás establecido. Es decir, en caso de que un vendedor vende un piso con derecho de retracto convencional, el comprador tiene que devolver el piso pagando precio y gastos producidos a cambio de la recuperación del bien. El banco ejercerá el derecho de retracto convencional, recuperará el piso y se instará la venta.

8° Bienes vendidos con pacto de retro. Es lo mismo, pero desde la vista del comprador.

9° Hipoteca sobre bienes litigiosos.

10° Hipoteca que garantiza una obligación que tiene una condición suspensiva o resolutoria. Si se extingue la obligación por cumplimiento de la condición resolutoria, se extingue la hipoteca.

11° Los pisos o locales de un edificio en régimen de propiedad horizontal inscritos conforme a lo que determina el artículo octavo.

12° El derecho del rematante sobre los inmuebles subastados en un procedimiento

judicial. Una vez satisfecho el precio del remate e inscrito el dominio en favor del rematante, la hipoteca subsistirá, recayendo directamente sobre los bienes adjudicados.

El artículo 108 de la misma Ley establece una prohibición de hipotecar:

- a) Las servidumbres, a menos que se hipotequen juntamente con el predio dominante, y exceptuándose, en todo caso, la de aguas, la cual podrá ser hipotecada.
- b) Derecho de uso o habitación. Son derechos personalísimos, por lo tanto, son intransmisibles.
- c) Derecho de usufructos legales, excepto el del cónyuge viudo por el CC. El usufructo del cónyuge viudo se puede hipotecar porque son bienes propios.

### **5.3.2 Elementos formales**

A diferencia del derecho real de prenda, en la hipoteca no hay desplazamiento de la posesión de los bienes hipotecados a favor del acreedor. El bien hipotecado está en posesión del dueño (*deudor*).

La hipoteca se constituye mediante escritura pública e inscripción en el Registro de la Propiedad. Dispone el artículo 1.875 CC *'Además de los requisitos exigidos en el artículo 1.857, es indispensable, para que la hipoteca quede válidamente constituida, que el documento en que se constituya sea inscrito en el Registro de la Propiedad.'* Por tanto, la inscripción tiene efectos constitutivos.

### **5.4 Hipoteca Mobiliaria (HM)**

La HM surge como consecuencia de la imposibilidad de hipotecar bienes muebles valorables. El legislador determinó que, en casos específicos muy concretos y, sobre bienes muebles de valor podría constituirse una hipoteca. Por ejemplo, la hipoteca de aeronave, cuyo bien puede alcanzar mayor valor que un inmueble, puede ser beneficiosa tanto para el acreedor como para el deudor.

El régimen jurídico de la HM se regula en la Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y Prenda Sin Desplazamiento de la posesión. El régimen supletorio aplicable es el que se encuentra contenido en la Ley Hipotecaria y CC.

Respecto de las características de esta hipoteca especial podríamos decir las siguientes. En primer lugar, se constituye para asegurar el cumplimiento de una obligación principal (un préstamo, por ejemplo). En segundo lugar, los bienes sobre los que recaen este tipo de hipoteca o de prenda no pueden estar ya hipotecados o haber sido objeto de una prenda. Esta es una diferencia ya que recordemos que, si había hipoteca inmobiliaria, era posible volver a constituir otra hipoteca normal. Como tercera característica, los bienes en los que se constituye esta hipoteca no pueden tratarse de bienes embargados, ni de los bienes comprendidos en los artículos 52, 53 y 54 CC. Tampoco puede tratarse de bienes que no se hayan pagado íntegramente. Por último, en ambos casos, hipoteca inmobiliaria y mobiliaria, debe otorgarse escritura pública e inscribirse en el Registro de la Hipoteca Mobiliaria y de la Prenda sin Desplazamiento de la Posesión. Este Registro supone un registro especial que depende de los registradores de la propiedad y mercantiles y, dependen, en última instancia, del Ministerio de Justicia.

La hipoteca mobiliaria recae sobre bienes perfectamente determinados; es un derecho real que garantiza el cumplimiento de obligación principal que recae sobre bienes muebles estrictamente tasados en la ley, son propiedad del dueño y, en caso de incumplimiento, es decir, obligación vencida y no pagada, se insta a la venta.

En cuanto a los elementos formales de la HM, por un lado, se constituirá en escritura pública debiendo inscribirse en el Registro correspondiente y por otro, debemos atender a las circunstancias exigidas por el artículo 13 LHMyPSD.

#### 5.4.1 Objeto de la Hipoteca Mobiliaria

El artículo 12 LHMyPSD distingue cinco tipos de hipoteca mobiliaria en atención a los cinco tipos de bienes que pueden ser gravados con esta garantía:

- 1) Establecimientos mercantiles: no se hipoteca la empresa en sí. Se hipoteca el lugar o local donde está instalado el establecimiento mercantil.
- 2) Automóviles y otros vehículos de motor de propiedad particular

- 3) Aeronaves
- 4) Maquinaria industrial. Esta maquinaria está destinada a satisfacer las necesidades de producción/explotación de la empresa.
- 5) Propiedad intelectual e industrial. Esta supone una hipoteca *sui generis*.

#### 5.4.2 Contenido del derecho real de hipoteca Mobiliaria

Conforme a los derechos del deudor hipotecante, este sigue siendo dueño y propietario del bien hipotecado, por lo que los utiliza, y tiene su posesión. De acuerdo con el artículo 4 LHMyPSD solamente podrá enajenar los bienes con consentimiento del acreedor.

En cuanto a sus obligaciones como deudor, deberá afrontar los gastos de conservación, principales y accesorios (artículo 17 LHMyPSD).

Respecto de los derechos del acreedor hipotecario, este puede, por un lado, ejercitar una acción similar a la de devastación para que no se deterioren los bienes hipotecados por culpa, negligencia o dolo del deudor y el juez tome las medidas necesarias; por otro lado, también posee la acción hipotecaria, es decir, acción de instar a la venta en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, con plazo de ejercicio de 3 años (Artículo 11 LHMyPSD).

Además, el acreedor hipotecario tiene un derecho de preferencia de cobro sobre ese bien concreto, siguiendo lo establecido en los artículos de nuestro CC en lo relativo a la prelación de créditos.

### 6. Anticresis

Con el análisis de este derecho cerraremos el ciclo de las garantías reales que regula nuestro CC.

De conformidad con el artículo 1.881, por anticresis se entiende que *‘el acreedor adquiere el derecho de percibir los frutos de un inmueble de su deudor, con la obligación de aplicarlos al pago de los intereses, si se debieren, y después al del capital de su crédito.’*

Como características de la anticresis<sup>49</sup>, se reconocen las siguientes:

- a) Es un *derecho real de garantía*, al igual que lo es la hipoteca y la prenda.
- b) Es un *derecho real inmobiliario* ya que recae sobre bienes inmuebles fructíferos (Artículo 1881 CC).
- c) Es un *derecho accesorio*, ya que asegura el cumplimiento de una obligación principal.
- d) *Indivisibilidad* (artículo 1.886 y 1.861 CC). Para Moreno Quesada consiste en ‘mantener intacto el vínculo jurídico de la garantía, y evitar que se produzcan modificaciones que puedan afectar a los bienes objeto de esta relación jurídico-real<sup>50</sup>’.
- e) Es un derecho de realización de valor. La anticresis comporta el *ius distrahendi* del acreedor (víd. artículo 1.884.2 CC)

Esta figura se encuentra regulada en los artículos 1881 a 1886 del CC.

## **6.1 Constitución del derecho real de anticresis**

### **6.1.1 Elementos personales**

En cuanto a los elementos personales encontramos, por un lado, el acreedor garantizado, titular de la anticresis, y por otro, el constituyente de esta. Si bien el artículo 1.881 CC da por supuesto que el inmueble gravado es siempre del deudor, es perfectamente admisible que pueda constituir la anticresis un tercero que no sea el deudor.

### **6.1.2 Elementos formales**

El CC no exige ninguna forma en particular para la anticresis. Sin embargo, tratándose de un derecho real sobre bien inmueble será exigible, por aplicación del artículo 1.280 CC, el otorgamiento de escritura pública. Además, de acuerdo con las reglas generales, para alcanzar la oponibilidad de la anticresis a terceros, la escritura pública debe estar inscrita en el Registro.

---

<sup>49</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R., ‘Manual de Derecho Civil, Derechos Reales’, Bercal, S.A, Madrid, 2013, pp. 388-389.

<sup>50</sup> Moreno Quesada, L., ‘Derechos Reales de garantía, el derecho real de anticresis’ en Sánchez Calero, F.J., ‘Curso de Derecho Civil III’, 7ª edición, Tirant Lo Blanch, Valencia 2018, pp. 397

## **6.2 Contenido del derecho real de anticresis**

### **6.2.1 Elementos reales**

Como ya se ha dicho, la anticresis recae sobre inmuebles fructíferos. El acreedor puede percibir los frutos civiles, por ejemplo, las rentas derivadas del arrendamiento de la finca gravada, por consiguiente, no es necesario que los frutos que produzca la cosa gravada sean naturales.

## **6.3 Derechos y Obligaciones de las partes**

### **6.3.1 Acreedor anticrético**

El acreedor anticrético, según el artículo 1.881 del CC, posee el derecho a percibir los frutos que genere el inmueble con el fin de aplicarlos al pago de los intereses y el capital. No obstante, dispone el artículo 1.885 CC que es posible que las partes pacten que se compensen los intereses de la deuda con los frutos de la cosa dada en anticresis (pacto compensatorio).

De acuerdo con el artículo 1.882 CC, el acreedor debe pagar las contribuciones y las cargas y hacer frente gastos necesarios para la conservación y reparación de la cosa dada en anticresis, salvo pacto en contrario. No obstante, el artículo 1.883 CC, indica que, para librarse de estas obligaciones, el acreedor “puede siempre obligar al deudor a que entre de nuevo en el goce de la finca salvo pacto en contrario.”

El CC dispone que “*El deudor no puede readquirir el goce del inmueble sin haber pagado antes enteramente lo que debe a su acreedor.*” Será aplicable el párrafo 2º del artículo 1886 a la anticresis concediéndose un derecho de retención a favor del acreedor para el caso de que el deudor contrajera otra deuda con él después de la garantizada y exigible antes de haber sido pagada esta<sup>51</sup>.

El artículo 1.884 CC faculta al acreedor el *ius distrahendi*. Cuando la obligación asegurada haya sido vencida e impagada, el acreedor no adquirirá la propiedad del inmueble, en cambio, sí podrá pedir, en la forma que previene la Ley de Enjuiciamiento Civil, el pago de la deuda o la venta del inmueble.

---

<sup>51</sup> Bercovitz Rodríguez-Cano, R., ‘*Manual de Derecho Civil, Derechos Reales*’, Bercal, S.A, Madrid, 2013, pp. 389-390.

### 6.3.2 Derechos del deudor

Son los que corresponden al propietario de la finca y que sean compatibles con los derechos del acreedor anticrético<sup>52</sup>.

## 7. Pacto comisorio y marciano

El pacto comisorio es aquel en cuya virtud, vencida la obligación principal y no satisfecha por el deudor, el acreedor puede quedarse con el objeto de la garantía<sup>53</sup>.

La prohibición de este pacto se encuentra recogida en el artículo 1.859 CC: *'El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas.'*

Este pacto es prohibido porque se considera contrario a las buenas costumbres ya que, como dice Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *'deja a deudores necesitados en manos del acreedor, permite un enriquecimiento justo de este que pueda quedarse con una cosa de mayor valor por un crédito de cuantía menor, y puede ocultar usura.'*

La ratio de la prohibición del pacto comisorio se centra en: (i) evitar que el bien objeto de la garantía reciba una valoración inferior a su valor de mercado y que consecuentemente se produzca un enriquecimiento injustificado del acreedor; y (ii) la necesidad de que la realización del bien objeto de la garantía incluya un procedimiento de ejecución que permita al acreedor enajenar el bien y que, además, proteja al deudor asegurando la obtención del mejor precio de venta.<sup>54</sup>

En base al artículo 6.3 CC, *'los actos contrarios a las normas imperativas y a las prohibitivas son nulos de pleno derecho, salvo que en ellas se establezca un efecto distinto para el caso de contravención'*, la acción de contrariar la prohibición del pacto comisorio debe ser de nulidad absoluta, sin que tenga como consecuencia la nulidad a la garantía.

---

<sup>52</sup> Ballesteros Alonso, M. *'Los Derechos de garantía real'*, Tema 54, Civil Registros, 2012, pp. 13-14 (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/opositores/1-temas-registros.htm>; última consulta el 20 de marzo de 2019)

<sup>53</sup> Díez-Picazo, L., y Gullón, A., *'Sistema de Derecho Civil'*, Volumen II, Tomo 2, Undécima Edición, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 284.

<sup>54</sup> Ávila, G., *'Validez del pacto marciano como procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías'* (Pérez Llorca), Nota Jurídica, 2019. (disponible en <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2019/02/Nota-Jur%C3%ADdica-Validez-del-Pacto-Marciano-como-procedimiento-extrajudicial-de-ejecuci%C3%B3n-de-garant%C3%ADas.pdf>; última consulta 18 de marzo de 2019)

El artículo 1.859 del CC establece que el acreedor no puede disponer de las cosas dadas en prenda o hipoteca. Como se ha explicado en la hipoteca, el acreedor no posee facultad de disposición sobre el bien hipotecado del que el deudor todavía es propietario, por tanto, esta prohibición al acreedor de disponer de las cosas dadas en prenda o hipoteca es sin sentido. Del mismo modo con la figura de la prenda, el acreedor/poseedor de la cosa no tiene autorización para realizar actos de disposición.

Es curioso que el artículo 1.859 CC no establezca condiciones para la nulidad del pacto comisorio<sup>55</sup>. La doctrina ha dado un criterio positivo a su validez: cuando el pacto se haga después de la constitución de la garantía, el pacto será eximido de la prohibición. Si bien el deudor es libre para convenirlo, no olvidemos a sus restantes acreedores garantizados los que podrían resultar perjudicados<sup>56</sup>.

Una cuestión muy controvertida es la delimitación de los límites de la prohibición que este pacto supone. El TS y la DGRN han admitido la validez de algunos acuerdos ya que la adquisición del bien objeto de la garantía por el acreedor no tiene por qué necesariamente ser perjudicial para el deudor o para el resto de acreedores<sup>57</sup>.

Sin embargo, es imposible hablar de tal admisibilidad del pacto sin mencionar el Pacto Marciano.

Este pacto debe su nombre al jurisconsulto romano Marciano. El pacto Marciano consiste en la posibilidad de que deudor y acreedor convengan, en el momento en el que se celebra el negocio constitutivo de la garantía real que, si al llegar el momento de vencimiento el deudor no pagara, la propiedad de la cosa pasará al acreedor previa justa estimación.

La admisión de este pacto cuenta con el apoyo de la jurisprudencia y de grandes autores como Albaladejo<sup>58</sup> quién señala que ‘el pacto ha sido históricamente rechazado por

---

<sup>55</sup> es decir, ‘si la nulidad del pacto es incondicionada, cualquiera que sea la época en que se pacte, antes o después del contrato creador de la garantía.’ Díez-Picazo, L., y Gullón, A., ‘Sistema de Derecho Civil’, Volumen II, Tomo 2, Undécima Edición, Tecnos, pp 284-286.

<sup>56</sup> Vid. Artículos 1.111 y 1.291.3º CC como acciones rescisorias a favor de los acreedores de los negocios en fraude.

<sup>57</sup> Galindo Aragoncillo, A.; Navarro Coderque, F., ‘El pacto comisorio en el actual marco de los Derechos de Garantía’ (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira.), Diario La Ley, nº 8314/2014 (disponible en [https://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400771787es.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400771787es.pdf); última consulta el 18 de marzo de 2019)

<sup>58</sup> Ius et Veritas, ‘Consideraciones en torno a la admisión del pacto marciano, modalidad del pacto comisorio, como mecanismos de ejecución extrajudicial de garantías’, (disponible en

haberse estimado que podía cobijar inmoralidad y abuso (...) pero el principal peligro de abuso e inmoralidad en el pacto marciano no reside en el mecanismo en sí, sino en el peligro de su falta de objetividad por establecerse en el momento de nacimiento de la obligación y poder encontrarse el deudor en situación de necesidad de crédito(...)por lo que no hay duda es de que si para evaluar la cosa gravada existen medios objetivos y seguros, de forma que su precio pueda fijarse al incumplimiento de la obligación, no existe razón para rechazar dicho pacto’.

Sin embargo, la mayoría de la doctrina critica la admisibilidad del pacto porque considera que en el momento en que se constituye la obligación es el momento en el que el deudor se encuentra en una posición más débil y, por tanto, genera una situación de superioridad de la posición del acreedor sobre el deudor en la que la concesión del crédito conlleva necesariamente el ofrecimiento de garantía, de modo que se crea una situación de abuso<sup>59</sup>.

Sin perjuicio de lo anterior, la DGRN considera el *pacto marciano* una excepción a la prohibición del pacto comisorio regulado en el artículo 1.859 CC.

La resolución de 26 de diciembre de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (la “DGRN”)<sup>60</sup> reconoce y apoya la admisibilidad del pacto marciano como procedimiento extrajudicial de apropiación o disposición del objeto dado en garantía en caso de incumplimiento de la obligación garantizada, siempre y cuando se regule un procedimiento de tasación del bien y libremente acordado por las partes y que dicha ejecución se realice por un porcentaje mínimo de esa tasación, aplicando la cantidad recibida a la cancelación de las obligaciones garantizadas<sup>61</sup>. Por tanto, la resolución considera válido el procedimiento extrajudicial de venta mediante el ‘*pacto marciano*’.

---

[http://ius360.com/articulos-de-estudiantes/consideraciones-en-torno-la-admision-del-pacto-marciano-modalidad-del-pacto-comisorio-como-mecanismo-de-ejecucion-extrajudicial-de-garantias/#\\_ftn10](http://ius360.com/articulos-de-estudiantes/consideraciones-en-torno-la-admision-del-pacto-marciano-modalidad-del-pacto-comisorio-como-mecanismo-de-ejecucion-extrajudicial-de-garantias/#_ftn10), última consulta el 18 marzo 2019); Albaladejo García, M., ‘*Derecho Civil III, Derechos de bienes*’, Volumen II, Bosch, 1994, pp. 244-246.

<sup>59</sup> Galindo Aragoncillo, A., y Navarro Coderque, F., ‘*El pacto comisorio en el actual marco de los Derechos de Garantía*’ Cuatrecasas, Gonçalves Pereira. Diario La Ley, nº 8314/2014 (20 mayo) (disponible en [https://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400771787es.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400771787es.pdf), última consulta el 18 de marzo de 2019)

<sup>60</sup> Emitida en el contexto de la inscripción de una hipoteca naval y publicada el 28 de enero de 2019.

<sup>61</sup> Víd. Ávila, G., ‘*Validez del pacto marciano como procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías*’ (Pérez Llorca), Nota Jurídica, 2019 (disponible en <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2019/02/Nota-Jur%C3%ADdica-Validez-del-Pacto-Marciano-como-procedimiento-extrajudicial-de-ejecuci%C3%B3n-de-garant%C3%ADas.pdf>; última consulta el 18 de marzo de 2019)

## **IV. CONTRATOS MERCANTILES**

Los contratos son uno de los instrumentos más antiguos y relevantes del tráfico económico.

Nuestro Código civil, en el título II del libro IV (artículos 1.254 a 1.314), establece una regulación general de las obligaciones y contratos, pero no define el contrato sino indirectamente con una concepción claramente obligacionista de los mismos.

Díez-Picazo y Gullón deducen de los preceptos 1.091 y 1.254 CC que ‘el contrato aparece por la conjunción de los consentimientos de dos o más personas con la finalidad de ser fuente de obligaciones entre ellas<sup>62</sup>’. Esta idea constituye la base esencial del orden económico, pero también es lo que llaman un ‘supraconcepto’ -*Oberbegriff*-, puesto que no solo aparece el contrato en el campo del Derecho civil, sino que también forma parte del orden institucional del Derecho público como en el campo del Derecho administrativo, del derecho mercantil extendiéndose a instituciones tan relevantes como el ámbito jurídico del matrimonio.

Rodrigo Uría, a la hora de manifestar la concepción del contrato en general, como instrumento de la circulación de bienes, nos señala la contaminación de este instrumento en expansión activa en las instituciones que dan lugar a los contratos mercantiles. Efectivamente, con la llegada de la contratación mercantil, en el ámbito de la contratación, tuvo lugar la llamada ‘comercialización del Derecho civil’ como fenómeno que muestra el resultado de la expansión del espíritu capitalista en la vida económica y que se resume en una progresiva penetración de la regulación mercantil en el campo de las relaciones civiles<sup>63</sup>. Esta expansión, según el citado autor, del Derecho mercantil ha provocado el fenómeno contrario mediante el traspaso al campo del Derecho civil de instituciones que fueron concebidas originariamente para satisfacer las peculiares exigencias del tráfico comercial<sup>64</sup>.

---

<sup>62</sup> Díez Picazo, L. y Gullón, A. ‘*Sistema de derecho civil*’, volumen II, novena edición, Tecnos, pp. 29.

<sup>63</sup> Uría, R., Menéndez, A., y Vérguez, M., ‘*Curso de Derecho Mercantil II*’, Segunda Edición, Thomson Civitas, 2007, pp. 31-32.

<sup>64</sup> En el derecho suizo e italiano se produjo una unificación del derecho de obligaciones, sin embargo, en nuestro ordenamiento todavía sigue sin producirse esta unificación del derecho de obligaciones y contratos, y continúa existiendo una doble regulación civil y mercantil.

Como sabemos, en el Derecho mercantil y como fuente principal del mismo lo serán la ley mercantil, pero además alcanzan una importancia primigenia los usos de comercio. La ley mercantil más importante es el Código de Comercio vigente de 1.885, que trata de establecer los principios ordenadores de la actividad mercantil. En España el primer Código de Comercio fue el de 1829 de Sainz de Andino. El Código vigente es el de 1885 que se estructura en cuatro libros: “De los comerciantes y del comercio en general”, “De los contratos especiales de comercio”, “Del comercio marítimo”, “De la suspensión de pagos, de las quiebras y de las prescripciones”.

### **1. Concepto de Contrato Mercantil**

El concepto de contrato mercantil en su esencia es el mismo que el del ‘contrato civil’. Como apuntan varios autores, la función del contrato es la misma en el tráfico civil que en el tráfico mercantil. Por ello, no es extraño que las normas reguladoras del contrato como fuente de las obligaciones hayan de buscarse en el Código civil, tal y como dispone el artículo 50 del Código de comercio<sup>65</sup>.

Un gran número de los contratos regulados en el CCom. lo están también en el CC. Por ello, es necesario hacer la distinción entre contratos civiles y contratos mercantiles.

Garrigues manifiesta que ‘cuando hablamos de contrato mercantil la cuestión no está en el sustantivo mercantil porque partimos del concepto de contrato acuñado en el Derecho civil y, por tanto, de la definición del artículo 1.254 del código de este nombre’<sup>66</sup>.

Como ya tuvo ocasión de afirmar García-Pita<sup>67</sup>, ‘el derecho mercantil, pese a su autonomía, ya está encajado en el Derecho civil en tanto que Derecho común: se trata de un Derecho especial, y el Derecho ‘especial’ no se opone al Derecho ‘común’, simplemente ‘se desvía de él’.

---

<sup>65</sup> Vérguez, M., ‘*El contrato mercantil*’ en Uría, R., Menéndez, A., Rojo, A., ‘*Lecciones de Derecho Mercantil*’, Volumen II, Novena Edición, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp. 43.

<sup>66</sup> Citado por García-Pita y Lastres, J.L., ‘*Derecho Mercantil de obligaciones, Parte general*’, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 331.

<sup>67</sup> García-Pita y Lastres, J.L., ‘*Derecho Mercantil de obligaciones, Parte general*’, Marcial Pons, Madrid, 2003, pp. 342.

En cuanto a la forma del contrato mercantil, aunque se aplica el *principio de libertad de forma*, debe tenerse presente el artículo 1.280 CC en su número uno cuando nos señala: *‘Deberán constar en documento público: 1.º Los actos y contratos que tengan por objeto la creación, transmisión, modificación o extinción de derechos reales sobre bienes inmuebles’*.

## **2. Fuentes del Derecho Mercantil**

El concepto de fuente es el mismo en Derecho Mercantil que en Derecho Civil<sup>68</sup>. Por ello, los principios consagrados en el Código civil son aplicables al Derecho Mercantil, por el carácter interdisciplinar de lo dispuesto en el Título Preliminar del Código civil.

Las fuentes de nuestro ordenamiento jurídico, de conformidad con el artículo 1.1º CC, son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho (artículo 1.1CC); sin olvidar, la ley suprema: la Constitución de 1978.

No debemos olvidar lo dispuesto en el artículo 1.6 CC, la jurisprudencia *‘complementará el ordenamiento jurídico con la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho’*.

La Exposición de Motivos de la Ley 31 de mayo de 1974, que introdujo ese párrafo en el Título Preliminar del Código civil, indica al respecto *‘a la Jurisprudencia, sin incluirla entre las fuentes del derecho, se le reconoce la misión de complementar el ordenamiento jurídico. En efecto, la tarea de interpretar y aplicar las normas en contacto con las realidades de la vida y los conflictos de intereses da lugar a la formulación por el Tribunal Supremo de criterios que, si no entrañan la elaboración de normas en sentido propio y pleno, contienen desarrollos singularmente auténticos y dignos, con su reiteración, de adquirir cierta trascendencia normativa’*<sup>69</sup>.

En cuanto a las fuentes del Derecho Mercantil, el Código de Comercio las estructura en dos artículos diferentes.

---

<sup>68</sup> Fernández Ruiz, J.L, y Martín Reyes, M<sup>a</sup> de los A., *‘Las fuentes del Derecho Mercantil español’*, en *‘Fundamentos de Derecho Mercantil’*, Tomo I, 4º edición, Edersa, 2004 (disponible en [https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/fuentes-derecho-mercantil-228424?\\_ga=2.161831861.82178695.1553880491-1209359770.1553880491](https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/fuentes-derecho-mercantil-228424?_ga=2.161831861.82178695.1553880491-1209359770.1553880491); última consulta el 13 de marzo de 2019)

<sup>69</sup> Víd. Sánchez Calero Guilarte, F., *‘Principios de Derecho Mercantil’*, Tomo I, 19ª edición, Thomson Reuters, Aranzadi, 2014, pp. 47.

El Código de Comercio en su artículo 2 establece el orden de prelación común de fuentes. En primer lugar, será de aplicación la Ley Mercantil, es decir, el propio Código de Comercio y demás leyes especiales; en su defecto, los usos de comercio, y a falta de ambas reglas, el Derecho común o civil. Esto implica que en el régimen de las relaciones mercantiles existe una preferencia de la costumbre o uso mercantil al Derecho común.

Sin embargo, el artículo 50 de este mismo Código supone una excepción ya que contradice la jerarquía del artículo 2 estableciendo un orden de fuentes distinto. El artículo 50 CCo establece que, en materia de contratos mercantiles relativa a requisitos, modificaciones, excepciones, interpretación, extinción y capacidad de los contratantes, el orden de prelación se rige primero por el Código de Comercio y demás leyes especiales mercantiles y, en todo lo que no se halle establecido en estos, por las reglas generales del Derecho Común. Por tanto, podemos ver cómo el Código de Comercio se apoya en el Código civil y le llama para sustituirle en las carencias, omisiones y lagunas de su regulación y contenido, prevaleciendo el Derecho común y sin intervención de la prelación de los usos de comercio.

De acuerdo con Uría y Menéndez<sup>70</sup>, la aparente contradicción entre los artículos 2 y 50 debe ser resuelta declarando la primacía del Derecho común (artículos 1.261 y ss. del CC) sobre la costumbre cuando se trate de normas imperativas, y la prevalencia de la costumbre mercantil frente al Derecho común cuando las normas sean de naturaleza dispositiva.

El artículo 001-4 del ACM establece la jerarquía de normas definitiva resolviendo a favor de la interpretación del artículo 2 del Código de Comercio.

---

<sup>70</sup> Aurelio Menéndez y Ángel Rojo, *Lecciones de Derecho Mercantil*, Volumen I, Undécima edición, Civitas, Thomson Reuters, pp. 41.

### 3. Criterios de mercantilidad de los contratos

A la hora de determinar cuándo un contrato se reputa mercantil de acuerdo con el Código de Comercio, debemos tener en cuenta que existe un doble sistema: el objetivo y el subjetivo.

Por un lado, el Código de Comercio defiende la doctrina de los actos de comercio ya que en su artículo 2 reza: *‘Los actos de comercio, sean o no comerciantes los que los ejecuten, y estén o no especificados en este Código...’*, estableciendo así un sistema objetivo sobre qué contratos son mercantiles según su naturaleza, siendo indiferente la condición de los sujetos (*‘comerciantes o no...’*).

Por otro lado, el Código de Comercio al regular cada acto de comercio delimita su mercantilidad a través de un sistema subjetivo, por ejemplo, en su artículo 311 relativo al préstamo dicta que será mercantil *‘si alguno de los contratantes fuera comerciante’*, o el artículo 325: *‘Será mercantil la compraventa de cosas muebles para revenderlas, bien en la misma forma que se compraron, o bien en otra diferente, con ánimo de lucrarse en la reventa.’* Así, el sistema subjetivo determina como mercantiles aquellos contratos en los que actúe un empresario/comerciante dentro de su actividad económica empresarial.

El artículo 1 CCo define solamente al comerciante *‘1.º Los que, teniendo capacidad legal para ejercer el comercio, se dedican a él habitualmente. 2.º Las compañías mercantiles o industriales que se constituyeren con arreglo a este Código’*. Sin embargo, con el artículo 001-2 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil se amplía el *‘ámbito subjetivo’* del Derecho Mercantil a los operadores del mercado. Este artículo nos regala la definición de *‘operadores del mercado’*<sup>71</sup> los cuales quedan sujetos a las normas del Derecho Mercantil.

---

<sup>71</sup> Víd artículo 001-2 del Anteproyecto de Ley del Código Mercantil.

## **V. LOS DERECHOS REALES DE GARANTÍA DEL DERECHO CIVIL Y SU CORRELACIÓN EN LA CONTRATACIÓN MERCANTIL**

En el tráfico mercantil, deudores y acreedores han explorado la utilización de instrumentos de garantía en distintas operaciones con el objeto de asegurar el cumplimiento de una obligación y, en caso de incumplimiento del deudor, asegurarse de que su situación pecuniaria/económica no cambie o si cambia, que al menos posea esa garantía que le reposiciona en su situación patrimonial anterior. Por ello, es verdaderamente frecuente la inclusión de derechos reales de garantía en contratos mercantiles.

Dicho esto, la mercantilidad se predicará de los contratos, nunca de los derechos reales de garantía adosados al contrato mercantil.

El hecho de que una institución puramente civil como son los derechos reales se encuentre incorporada a un contrato mercantil en modo alguno desnaturaliza su contenido jurídico civil real, sino que pasa a integrarse en tal contrato mercantil conservando su forma y características civiles. Es decir, el derecho real civil sigue siendo derecho civil y no se desnaturaliza convirtiéndose en derecho real mercantil.

De igual modo, el elemento factual de que sea comerciante o no el sujeto activo o pasivo al que se le aplican los derechos reales contenidos en un contrato de naturaleza mercantil no condiciona de modo alguno el carácter real civil de los derechos reales de prenda e hipoteca que siguen siendo derechos reales si bien, con una clara vocación mercantilista. Por supuesto que, tampoco, el elemento formal que canaliza ese acuerdo de voluntades que, aun siendo mercantil, no tendrá fuerza suficiente para romper la naturaleza jurídico civil de las instituciones de derechos reales.

Incluso, leyes especiales como la LHMyPSD que contienen instituciones como la hipoteca o la prenda no permiten calificarlas de derecho reales mercantiles, aunque su destino natural sea el de incorporarse como garantía del acreedor a un contrato mercantil.

Como conclusión esencial debemos señalar que no existe tampoco una ley mercantil que regule derechos reales exclusivamente mercantiles. El Código de Comercio no se refiere a los derechos reales, como servidumbres y otros. Todo ello abunda en la tesis de que el

derecho real siendo civil se va a regular, en todo caso, por el Código civil, con independencia de su integración en la contratación mercantil.

El régimen de los derechos reales de garantía del CC es suficientemente sólido y expansivo para que por sí mismo disponga de una autonomía regulatoria, pero, al mismo tiempo, incardinable en cualquier forma de contratación simple o compleja. El hecho de que las garantías jurídico reales de carácter civil se incorporen a los contratos mercantiles no desnaturaliza su carácter de civil y las convierte en mercantiles.

Por otro lado, el concepto de propiedad y sus diferentes figuras asociadas en el Derecho mercantil no implica, en modo alguno, distorsión, tampoco, de los conceptos fundamentales del derecho real como derecho de garantía y siguen siendo aplicables los elementos esenciales concurrentes que, con carácter común, aplica el Código civil en el artículo 1857 a la prenda e hipoteca.

A continuación vamos a ver una serie de figuras e instituciones jurídicas que por su propia naturaleza son aplicables solamente a elementos subjetivos, objetivos y formales de carácter mercantil como son, la propiedad industrial e intelectual, hipoteca naval, el establecimiento mercantil, la hipoteca sobre buques y aeronaves, la prenda cambiaria, etcétera, donde el régimen jurídico será el del derecho real civil, pero habrá especialidades cercanas a la materia mercantil que no llegan a desnaturalizar el concepto civil del derecho real.

En materia de propiedad industrial e intelectual la cuestión se plantea de modo diferente: porque se trata de propiedades que por su propia esencia se incorporan con carácter general al tráfico mercantil, y por tanto, su regulación debe partir de premisas que conforman su estructura, nacimiento, desarrollo y destino.

En esta materia que significa una verdadera excepcionalidad relativa a los derechos de bienes inmateriales, estos son derechos reales mercantiles prima facie porque son monopolios de explotación comercial (propiedad industrial e intelectual). Fuera de estos derechos los otros citados evidentemente tienen una asociabilidad más mercantil que civil por su propia esencia que le sirve de fundamento, como son la hipoteca naval o la hipoteca de aeronaves, o sobre establecimiento mercantil, pero aun en estos casos, la esencia de la institución de la hipoteca, stricto sensu, no varía, sigue teniendo claramente una naturaleza civil.

Algunos códigos como el código francés de 1807 y el código italiano 1882 regulan con carácter excepcional la llamada 'prenda mercantil' pero el código de comercio español nunca ha regulado la prenda mercantil. Todo esto nos hace pensar en la existencia no de un contrato de prenda mercantil sino de un contrato mercantil de prenda civil.

Veremos a continuación como esto mismo sucede en las grandes operaciones de financiación mercantiles que tienen por objeto el obtener financiación para el desarrollo de grandes obras de infraestructura, proyectos de obra pública, *project finance* de envergadura económica y fusiones y adquisiciones entre compañías con financiación expresa, *sale and lease back* de gran dimensión; operaciones en las que, como veremos, su carácter transnacional podría plantear distorsiones en los conceptos esenciales y básicos de las garantías jurídico reales a implementar en tales contratos en aras de una radicalidad mercantil. Pero, no sucede así cuando nos encontramos frente al Derecho español, bien sea por su aplicabilidad directa o bien por su aplicabilidad en función de las normas que nuestro CC establece en materia de reenvío cuando hablamos de contratos internacionales para determinar la competencia y la ley que ha de regir la relación jurídico real derivada de uno de estos contratos cuyos bienes principales de ejecución se encuentran en nuestro país.

### **1. Garantías Reales en los Contratos Mercantiles**

Nos centramos en la correlación existente con la contratación mercantil porque es abrumador el uso de estos derechos reales de garantía los contratos mercantiles.

La evolución económica y social, junto con el volumen y potencia de las obligaciones y operadores en el mercado experimentaos, durante los últimos tiempos, ha dado como resultado la inclusión de garantías más fuertes en los contratos mercantiles, sin las cuales, no se realizarían la mayor parte de las operaciones que vemos hoy en día en el mercado.

La fuerza vinculante del consentimiento-acuerdo *inter partes* de los artículos 1.091 y 1.256 CC asegura el cumplimiento de las obligaciones. Sin embargo, por su cuantía, ciertas obligaciones obligan a los empresarios a considerar unas garantías añadidas a la responsabilidad universal del 1.911 CC<sup>72</sup> que aseguren su posición contractual y

---

<sup>72</sup> Armada de Tomás, A., '*Pignoración y prenda de créditos*', *elderecho.com*, 2014 (disponible en <https://elderecho.com/pignoracion-y-prenda-de-creditos>; última consulta el 28 de marzo de 2019)

económica. Estas garantías añadidas son, en especial: la prenda, y la hipoteca y, en menor medida, la anticresis por su desuso en general.

El régimen tradicional de la hipoteca y de la prenda ha sufrido cambios y ha evolucionado con el tiempo, para adaptarse a las nuevas necesidades del tráfico jurídico-económico contemporáneo. En este sentido, la jurisprudencia también ha sido protagonista a la hora de reformular y modos de aplicar estas garantías impulsando la utilización de ellas a través de sus aportaciones jurisprudenciales.

A principios del S. X, con el desarrollo técnico, económico y comercial se plantea la ineficacia de la prenda tradicional cuando las cosas dadas en garantía son medios de producción o mercaderías de un empresario y se propicia el nacimiento de nuevas figuras. Como señala Baumeister<sup>73</sup>, aunque el desplazamiento posesorio asegura formalmente el derecho del acreedor, priva al pignorante de los medios necesarios para generar recursos suficientes que le permitan atender adecuadamente su compromiso de pago bajo la obligación garantizada, y a este problema pretende responder, inicialmente, la creación de los títulos representativos de mercancías, introducidos por el Real Decreto de 13 de diciembre de 1917.

Sin embargo, con la aprobación de la LHMyPSD de 1954 es cuando verdaderamente el legislador modula con un nuevo carácter los derechos reales de prenda e hipoteca permitiendo con ellos gravar bienes que las figuras tradicionales de la hipoteca y prenda civil no alcanzaban al recaer exclusivamente estas sobre los bienes muebles y los inmuebles con desplazamiento respectivamente. Estos nuevos derechos reales de garantía son, por un lado, la hipoteca mobiliaria que recae sobre bienes que por su estructura patrimonial y económica se asimilan a los inmuebles que se encuentran enumerados taxativamente en el artículo 12 de esta ley, y por otro, la prenda sin desplazamiento posesorio que se reserva para los bienes establecidos en los artículos 52 a 66 de la misma ley.

Por lo tanto, las figuras que más han evolucionado en materia de derechos reales desde su régimen tradicional son la prenda<sup>74</sup> y la hipoteca.

---

<sup>73</sup> Martín Baumeister, B., *‘Los contratos de garantía’* en Sánchez Graells, A.(coord.), *‘Fundamentos de Derecho Empresarial’*, *Contratación Mercantil*, Tomo III, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pp. 279.

<sup>74</sup> Ya que se amplían los objetos sobre los que recaen, *vid.* art. 1864 CC.

## 1.1 Introducción a los contratos de garantías en el ámbito financiero

Dentro de las operaciones de activo, las *operaciones de financiación* se singularizan por ‘suponer una concesión de crédito a terceros de manera bilateral’<sup>75</sup>.

El préstamo, simple o mutuo, ha sido un contrato tan utilizado que el legislador le ha dotado de una regulación especial (artículos 311 y ss. del CCom.), distinta de la contenida en el Código civil.

El artículo 311 CCom. une el carácter mercantil del préstamo a dos circunstancias: que alguna de las partes sea comerciante, y que las cosas prestadas se destinen a actos de comercio.

Del contrato de préstamo mercantil, se derivan ciertas obligaciones. La entidad financiadora con el objetivo de asegurarse frente al riesgo de insolvencia sobrevenida del deudor, es común que la financiación/crédito se garantice de forma personal, con fianzas o avales de terceros, o de forma real, con prendas o hipotecas de distintas clases<sup>76</sup>. Además de estas, los préstamos bancarios suelen exigir obligaciones por parte del prestatario para controlar la situación tanto económica como financiera del prestatario y su comportamiento, las cuales, en caso de incumplimiento, pueden amparar la resolución anticipada de dicho contrato.

Dentro del elenco de modalidades, en unos casos, protagonizadas por personas jurídicas, y en otros por personas físicas, los préstamos especiales que encontramos son los préstamos sindicados, los préstamos participativos, préstamos hipotecarios, préstamos con garantía de valores.

Es común que los préstamos, sobre todo si son de cuantías significativas, se vean apoyados por garantías que aseguran la efectiva satisfacción de los derechos del prestamista, constituyéndose un derecho real de hipoteca<sup>77</sup>.

---

<sup>75</sup> Cortés, L.J., ‘*Lecciones de Contratos y Mercados Financieros*’, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 105.

<sup>76</sup> Cortés, L.J., ‘*Lecciones de Contratos y Mercados Financieros*’, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 114.

<sup>77</sup> Cortés, L.J. sobre ‘*Contratos bancarios: contratos de financiación*’ en ‘*Lecciones de Contratos y Mercados Financieros*’, Thomson Civitas, Madrid, 2004, pp. 119.

Hoy en día, empresas mercantiles realizan operaciones de cuantías significativas y alto riesgo en el mercado, posibles de realizar la gran mayoría gracias a los préstamos y financiaciones concedidas por terceros.

El contrato de garantía es aquel negocio en cuya virtud una parte (el *garante*) constituye un derecho de garantía real<sup>78</sup> (por ejemplo, prenda o hipoteca) o personal<sup>79</sup> (por ejemplo, la fianza) a favor de un acreedor. Como característica de este contrato de garantía encontramos, por un lado, su accesoriedad, ya que con el otorgamiento de un derecho de garantía el objetivo es garantizar un negocio jurídico u obligación principal. Por otro lado, el fin de este contrato es vincular el patrimonio del *garante* y ejecutar la cosa en garantía en caso de incumplimiento de la obligación principal del deudor.

### 1.2 El caso singular de los contratos de garantía en financiaciones sindicadas

La contratación financiera surge con la cooperación entre sujetos que precisan financiación y aquellos que pueden concederla. En los contratos financieros se transmite financiación a cambio de un otorgamiento de determinados derechos patrimoniales a quien la concede para proteger sus intereses: el repago y recuperación de la financiación concedida.

En las operaciones de financiación y refinanciación, el principal interés de las entidades financiadoras es constituir y exigir una serie de garantías reales que mejoren y perfeccionen su posición acreedora y, respalden y aseguren el efectivo repago de la financiación concedida. Esta suscripción de garantías recibe la denominación '*paquete de garantías*' (*security packages*).

El objetivo real de las partes, tanto de la financiadora como de la financiada, es negociar un paquete de garantías 'lo suficientemente estricto como para asegurar el retorno de la inversión de las partes financieras en caso de incumplimiento de la parte financiada y lo

---

<sup>78</sup> Con una garantía real se asegura una obligación principal con bienes específicamente determinados y concretados del patrimonio del deudor.

<sup>79</sup> Las garantías personales son aquellas en las que responden tanto el deudor como terceros de la obligación garantizada. Estos terceros garantizan el cumplimiento de esta obligación y, como decimos, responden también frente al acreedor.

suficientemente flexible como para permitir la generación de flujos de caja que puedan ser destinados por la parte financiada a la amortización ordinaria de la financiación'<sup>80</sup>.

Clasificamos las operaciones de financiación en bilaterales y, multilaterales o sindicadas. Respecto de las primeras, la posición del prestamista es asumida por solamente una entidad, sin embargo, existe otro supuesto de operaciones bancarias de significativo volumen denominadas financiación sindicada.

Una financiación sindicada se presenta como una alternativa a las financiaciones bilaterales. La financiación sindicada se diferencia de cualquier otra operación de financiación, principalmente, por la existencia de una pluralidad de partes financieras o entidades de crédito financiadoras. Ello, es consecuencia, con carácter general, del importe de la financiación ya que normalmente, las empresas acudirán a la financiación sindicada cuando sus necesidades de financiación alcancen un importe lo suficientemente significativo como para no poder ser cubiertas mediante financiaciones bilaterales<sup>81</sup>, o bien, porque existe una gran concentración o acentuado nivel de riesgo con la empresa financiada para la entidad financiadora o por cualquier otra razón. Es por ello que, las empresas acuden a varias entidades financiadoras u organizándose estas de manera que, conjuntamente, y aportando individualmente el importe que les corresponda a cada una, dispongan de la necesaria potencia económica para conceder esa financiación por el importe deseado.

De Muns Ynzenga<sup>82</sup> resume las diferencias de las financiaciones sindicadas con las financiaciones bilaterales, explicando que las sindicadas suelen ser de un importe más elevado<sup>83</sup>, y, en consecuencia, a largo plazo. Además, como ya hemos dicho, las bilaterales son llevadas a cabo por una única entidad de crédito financiadora y las sindicadas, por más de una.

---

<sup>80</sup> Martín Baumeister, B., *'La configuración de paquetes de garantías en distintas modalidades de financiación sindicada, en particular en financiaciones corporativas, de adquisición de proyecto y de sale and lease back'*, Revista de Derecho del Mercado de Valores, N° 13, pp. 177.

<sup>81</sup> Alejandra de Muns Ynzenga, *'Préstamos y créditos sindicados'* (capítulo 1), en Saavedra Ortiz, J.J (coord.); Serrano Acitores, A. (coord.), *'Operaciones Mercantiles y Productos de inversión en los mercados financieros'*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 33.

<sup>82</sup> De Muns Ynzenga, A. sobre *'Préstamos y créditos sindicados'*, en Saavedra Ortiz, J.J (coord.); Serrano Acitores, A. (coord.), *'Operaciones Mercantiles y Productos de inversión en los mercados financieros'*, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 35.

<sup>83</sup> Las financiaciones sindicadas se dan, normalmente, en aquellas operaciones de financiación por cuantías superiores a 10 millones de euros e inferiores a 1.000 millones de euros.

La diferencia que más nos interesa a nosotros es la relativa a las garantías. En una financiación sindicada, al ser más compleja que la bilateral, las entidades financiadoras concederán la financiación condicionada a una serie de limitaciones e instrumentos de control en lo que respecta a las empresa financiada o deudora. Entre estas limitaciones encontramos la constitución y otorgamiento de garantías reales y personales.

Las garantías personales, aunque prestan al acreedor cierta protección, no son perfectas, por ello, la inclusión de garantías reales en estas financiaciones añade un refuerzo extra al acreedor. El núcleo de este trabajo son los derechos reales de garantía, por ello, solamente haremos referencia a las garantías reales que se constituyen y no a las personales.

La sindicación de préstamos son operaciones bancarias de gran volumen que permiten a los prestatarios pedir grandes cantidades de dinero para financiar proyectos intensivos en capital. Una gran corporación o gobierno puede pedir financiación de elevados importes para financiar, a modo de ejemplo, grandes arrendamientos de equipos, fusiones y transacciones de gran volumen económico como pueden ser las financiaciones para ello en los campos de telecomunicaciones, energía<sup>84</sup>, construcción y otras operaciones corporativas y reestructuraciones de deuda<sup>85</sup>. Una única entidad financiera no podría recaudar fondos para financiar tales proyectos, y, por ello, la incorporación de varias entidades financieras para proporcionar la financiación facilita la realización de dichos proyectos. Posteriormente, las entidades financieras formarán un sindicato a través del cual podrán distribuir el riesgo<sup>86</sup> y, compartir el interés o la oportunidad financiera que es demasiado grande para su base de capital individual. Por supuesto, la responsabilidad de cada entidad financiera se limitará a su cuota de la financiación total, y el acuerdo de las entidades financieras que constituyan el sindicato estará contenido en un solo contrato de financiación.

---

<sup>84</sup> Corporate Finance Institute (CFI), 'What is a syndicated loan?', *Traducción propia*, (disponible en <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/syndicated-loan/>; última consulta el 3 de abril de 2019)

<sup>85</sup> Juan Legorburo, 'Financiación a la empresa. El préstamo sindicado', 2014, (disponible en <https://www.legorburoconsultores.es/financiacion-a-la-empresa-el-prestamo-sindicado.html>; última consulta el 3 de abril de 2019)

<sup>86</sup> Con un préstamo sindicado, las entidades financieras mitigan y diversifican el riesgo en caso de incumplimiento del deudor.

Si bien depende de la modalidad, en un contrato de financiación sindicada, el *garante* suele ser la sociedad *holding* o cabecera de un grupo societario, socios y filiales. Las garantías se otorgan a favor de la parte financiera que actúa como entidad agente (*agent*) o agente de garantías (*security agent*), que las acepta en nombre del resto de partes financieras, evidentemente, habiéndose otorgado el poder correspondiente, previamente formalizado, a favor de la entidad agente para que se le dote de facultes de actuación en nombre y por cuenta de las entidades financieras. Esta figura proviene del derecho anglosajón y la jurisprudencia española se encuentra dividida, ya que podemos encontrar sentencias en las que se admite que el agente actúe bajo la ley inglesa y ejecute en España y otras sentencias en las que se define todo lo contrario.

El fin que persigue la sindicación es la dilución, en la medida de lo posible, del riesgo que entraña para una sola entidad de crédito el hecho de otorgar una financiación integrada por enormes cantidades de dinero.

En cuanto a su estructuración, la financiación no se otorga mediante un único tramo, sino que estará compuesta de varios (por ejemplo, en una *leveraged buy out* o *LBO* podemos encontrar dos tramos principales de financiación, uno *senior* -en caso de incumplimiento de repago de financiación se pagará este primero- y otro *mezzanine* -es un grupo subordinado al tramo anterior que no podrá pagarse hasta que el *senior* haya sido liquidado en su totalidad- en una misma financiación). Las entidades prestamistas clasifican los tramos de financiación que se hayan concedido según, por ejemplo, su riesgo, plazos de cobro, y la cantidad.

Esta clasificación se hace con el objetivo de transmitir, posteriormente y mediante compraventa, sus posiciones acreedoras a terceros que estén interesados en adquirirla (*originate-to-distribute*). Es decir, una vez la entidad crediticia/parte financiera haya desembolsado, el crédito puede ser objeto de sindicación en el mercado secundario.

Las entidades financieras desean vender su participación en un préstamo de financiación sindicada con el objetivo de, entre muchos otros, atraer capital, con fines de gestión de riesgos, para cumplir con requisitos de capital regulatorio o para cristalizar una pérdida<sup>87</sup>.

---

<sup>87</sup> Joint Money Launderin Steering Group, '17:Syndicated Lending', *traducción propia*, pp.5. (disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xhfHQRfBujsJ:www.jmlsg.org.uk/download/10025+&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=es>; última consulta el 3 de abril de 2019)

Por el contrario, la entidad adquirente puede decidir adquirir la cuota, por ejemplo, simplemente como inversión.

En la mayoría de países europeos, la ley exige, en relación a la cesión de los derechos de garantía, que se lleve a cabo un acuerdo entre las partes, acuerdo de la financiada y las financiadoras así como respecto de la cesionaria y la cedente, y sea formalizado en documento público e inscrito en el registro correspondiente en caso de cambio de acreedores tras la correspondiente notificación al prestatario, lo que conlleva problemas a la hora de liquidar los créditos o cuotas ya que el contrato de garantías es accesorio al contrato de financiación.

Por ello, algunos países continentales, como Reino Unido entre otros, han venido desarrollando instrumentos jurídicos alternativos para solucionar este obstáculo y favorecer la transmisión de derechos de garantía en una compraventa de créditos. Estos instrumentos jurídicos alternativos son, primordialmente, el negocio fiduciario de garantía (*security trust structure* o *trust*), y el negocio de deuda paralela (*parallel debt agreement/provisions*).

En el derecho inglés se admite el concepto de *trust*<sup>88</sup>, que supone una relación fiduciaria por la cual la parte garante (*trustor*) otorga a un agente de garantías (*security trustee*) el derecho a adquirir un título de propiedad fiduciaria de los derechos de garantía para administrarlos en beneficio de los acreedores garantizados (*beneficiary*)<sup>89</sup>. En este sentido, la ventaja del *trust structure* está en la no necesidad de volver a formalizar y registrar la cesión del derecho de garantía en caso de cambio de acreedores<sup>90</sup> (lo que hace que el préstamo sea más atractivo comercialmente), de modo que, los acreedores adquirentes se subrogan en la posición del cesionario como beneficiarios del negocio fiduciario de garantía sin provocar alteración ninguna.

---

<sup>88</sup> Kagan, J., 'Trust', *traducción propia*, 2019 (disponible en <https://www.investopedia.com/terms/t/trust.asp>; última consulta el 3 de abril de 2019).

<sup>89</sup> *Traducción propia*.

<sup>90</sup> Thomson Reuters, Practical Law, 'Parallel Debt', *traducción propia* (disponible en [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-1972?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-1972?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1); última consulta el 3 de abril de 2019)

En las jurisdicciones en las cuales no se reconocen el concepto de *trust*, la solución común que se utiliza es la creación de una deuda paralela<sup>91</sup>.

Bajo estos negocios de deuda paralela, el pago de las obligaciones garantizadas a los beneficiarios bajo el negocio fiduciario de garantía (es decir, los prestamistas) se reemplaza o, complementa, con una obligación de deuda paralela. En virtud de esto, el deudor/garante reconoce una deuda independiente y separada con la entidad fiduciaria de garantía (que puede ser re-caracterizada como un agente de garantía o garantías, ‘*security agent*’) por importes y vencimientos iguales a las obligaciones garantizadas bajo el contrato de financiación sindicada<sup>92</sup>.

Bajo un acuerdo de deuda paralela típico, un banco, o su nominado, es nombrado agente de garantía para mantener y administrar las garantías en nombre de cada uno de los prestamistas o entidades financieras.

Así, la obligación de deuda paralela se caracteriza por tres cosas: en primer lugar, se pretende crear una deuda inmediata. Por otro lado, si bien el deudor/garante asume una obligación de deuda paralela a favor de la entidad fiduciaria de garantía (agente de garantías) no dobla su endeudamiento. En este negocio es frecuente incluir una declaración de que si se reducen las obligaciones subyacentes a los prestamistas (a favor de las partes financieras) o la deuda paralela (a favor del agente de garantías) bajo el contrato de financiación sindicada, la deuda correspondiente también se reduce. Por último, a través del negocio de deuda paralela se podrán liquidar y ceder las cuotas/créditos sin necesidad de formalizar la transmisión de los derechos de garantías.

---

<sup>91</sup> La mayoría de operaciones sindicadas se harán con arreglo al derecho inglés, según el caso, ya que en España no se regula el negocio fiduciario de garantías. Decimos ‘según el caso’ porque es posible que en el contrato de financiación no existan puntos de conexión o vinculaciones a la jurisdicción inglesa (derechos reales de garantía se constituyen de acuerdo a la *lex rei sitae*) y por ello, no podemos operar de acuerdo con la ley inglesa. Si la obligación garantizada está sometida a un derecho extranjero que admita estas instituciones, no habría problema en que se ejecutasen en España. Es importante considerar la posición y jurisdicción del agente de garantías y la *lex rei sitae* respecto de los activos del deudor ya que existen diferentes jurisdicciones continentales, como España y Países Bajos que no están familiarizadas con el concepto anglo-americano de ‘*trust*’; Lexitus, ‘*Security agent in a syndicated loan*’, traducción propia, 2010 (disponible en <http://suewrightonline.com/content/topic-choice-security-agent-syndicated-loan>; última consulta el 3 de abril de 2019).

<sup>92</sup> Thomson Reuters, Practical law, ‘*Parallel Debt*’, traducción propia (disponible en [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-1972?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-1972?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1); última consulta el 3 de abril de 2019)

El derecho español no reconoce la figura del *trust* ni el negocio de deuda paralela (*parallel debt agreement*)<sup>93</sup> en su ordenamiento jurídico.<sup>94</sup> Los abogados no utilizan estas instituciones legales debido al riesgo de que un juez anule su validez por no estar reconocidas bajo nuestro sistema.

La razón de no incorporar estas instituciones en el Reino de España es que, bajo la ley española, la transferencia de los derechos de garantía requiere un acuerdo entre las partes financieras notificado al prestatario, formalizado ante Notario y registrado en el Registro lo que, como ya hemos mencionado, perjudica la liquidez de las cuotas objeto de cesión. Sin embargo, encontramos sistemas como el anglosajón en el que es posible que el garante constituya derechos a favor de personas diferentes al titular de los derechos de crédito.

Con el deseo de alcanzar resultados similares y alternativas, se han comenzado a incluir lo que denominan *collective security agreements* en los contratos entre acreedores (*intercreditor arrangement*). Ese nuevo negocio es un aquel entre acreedores en virtud del cual una de las entidades financieras (normalmente, el agente de garantías) es designada para aceptar, administrar y ejecutar dichas garantías en beneficio del resto de partes financieras en su representación. Pero, las demás partes financieras deben haber apoderado al agente de garantías en documento público<sup>95</sup>. Además, las partes se comprometen a hacer valer sus derechos conjuntamente o en base a la regla de la unanimidad.

Sin embargo, estos *collective security agreements* poseen unas desventajas<sup>96</sup> en contraste con los negocios de *parallel debt* y *trust*. Operativamente, la mayoría de las partes financieras son reacias a la hora de transferir poderes a otras partes financieras y prefieren representarse a sí mismas en procedimientos de ejecución. Jurídicamente, hay un riesgo de que el juez considere al agente de garantías como agente no autorizado para reclamar la cantidad financiera total y solo le permita acceder a aquella cantidad de la que tiene derecho a disponer. En relación con procedimientos concursales, las partes

---

<sup>93</sup> Mariscal&Abogados, 'The concept of trust in Spain' (disponible en <https://www.mariscal-abogados.com/the-concept-of-trust-in-spain/>; última consulta el 3 de abril de 2019)

<sup>94</sup> España todavía no ha firmado el Convenio de la Haya sobre ley aplicable a la figura del *trust* y su reconocimiento, que podría llevarlo a cabo, sin duda, llegando a admitir la jurisprudencia esta institución, con el objetivo de facilitar y reconocer los efectos de los *trusts* que se celebran en países extranjeros en los que sí se reconoce la figura.

<sup>95</sup> Mariscal&Abogados, 'The concept of trust in Spain' (disponible en <https://www.mariscal-abogados.com/the-concept-of-trust-in-spain/>; última consulta el 3 de abril de 2019)

<sup>96</sup> Ídem.

financieras podrían perder su titularidad de un crédito privilegiado en liquidación de créditos. Por último, la transmisión de garantías sigue debiendo formalizarse.

Debemos señalar que, directamente relacionados con los derechos reales de garantía, se plantean en los grandes contratos de financiación y operaciones estructuradas una serie de *covenants* que están claramente enlazados con aquellos como son las cláusulas *negative pledge*, *pari passu* o *cross default*, donde los acreedores limitan la libertad de actuación del financiado a través de la imposición de condiciones especiales. Estos *covenants* o acuerdos a los que nos referimos son aquellos por los que el acreditado afirmará, en algunos casos, ‘que no existen otros préstamos privilegiados en relación con el sindicado y que no asumirá deudas privilegiadas en relación con la del crédito sindicado y que, en caso de hacerlo, otorgará el mismo privilegio al crédito sindicado (*negative pledge*); o, además, el prestatario se comprometerá a reconocer al crédito el mismo rango, por lo menos que a otras deudas precedentes (*pari passu*)’<sup>97</sup>; o, en su caso, mediante la aceptación de una cláusula que ‘considera causa de vencimiento anticipado la falta de pago por el deudor de cualquier otra deuda (*cross-default*)’<sup>98</sup>. Los bancos acreedores estarán autorizados y capacitados para declarar el vencimiento anticipado del crédito, y, además, reclamar la devolución inmediata de lo prestado en caso de incumplimiento de alguna de estas cláusulas por parte del deudor.

### 1.3 Operaciones mercantiles y estructuración de garantías

En los contratos de financiación sindicada es de gran importancia la existencia, constitución y otorgamiento de garantías personales y reales. Como hemos mencionado previamente, este conjunto de garantías que aseguran la operación es lo que denominamos ‘*paquete de garantías*’ (*security packages*).

El *paquete de garantías* será diferente dependiendo de las necesidades de financiación del deudor, es decir, dependiendo de la modalidad de financiación sindicada. Según el destino que la parte financiada desee otorgar a los fondos de financiación existentes, distinguimos entre contratos de financiación corporativa, de refinanciación de deuda, de

---

<sup>97</sup> Alfaro Águila-Real, J., ‘*Créditos sindicados y legitimación individual de los bancos prestamistas*’, 2017 (disponible en <https://almacenederecho.org/creditos-sindicados-legitimacion-individual-los-bancos-prestamistas/>; última consulta el 8 de abril de 2019)

<sup>98</sup> Ídem.

financiación de adquisición corporativa, de financiación de proyecto y de financiación de *sale and lease back*<sup>99</sup>.

El contrato de financiación corporativa tiene como objetivo financiar las '*necesidades generales corporativas*'<sup>100</sup>.

La mayoría de las financiaciones significadas corporativas se otorgan a favor de grupos societarios siendo la acreditada la sociedad matriz, que a su vez, distribuirá los fondos entre sus filiales mediante préstamos intragrupo<sup>101</sup>. Esta matriz (sociedad *holding*) posee como único activo la posesión del cien por cien de las acciones de sus filiales, las cuales llevan a cabo la actividad económica productiva, recibiendo la matriz los dividendos repartidos por las sociedades participadas. Esto comporta un riesgo para las entidades financiadoras ya que no poseen una acción directa, en caso de ejecución de garantías, contra las filiales, lo que es perjudicial para ellas ya que son las filiales las que generan los flujos de caja más significativos y rendimientos económicos de la sociedad con los que debe pagarse la deuda. Esto es lo que llaman algunos autores, como De Muns Ynzenga '*subordinación estructural*'.

Respecto de las garantías reales que se constituyen en este tipo de financiaciones, una financiación sindicada corporativa no tiene vocación de ser la única fuente de financiación de una compañía, y, por tanto, al convivir con otros instrumentos de deuda, la parte financiada suele ser reluctante a otorgar garantías reales que coloquen a las partes financieras en una posición de acreedor privilegiado frente al resto<sup>102</sup>. En las financiaciones corporativas si bien no es común que sean garantizadas con garantías reales sino con garantías personales, es posible que se constituyese una prenda sobre las acciones o participaciones de las filiales.

---

<sup>99</sup> Martín Baumeister, B., '*La configuración de paquetes de garantías en distintas modalidades de financiación sindicada, en particular en financiaciones corporativas, de adquisición de proyecto y de sale and lease back*', Revista de Derecho del Mercado de Valores, N° 13, pp.168.

<sup>100</sup> Esta expresión es la que se utiliza habitualmente en los contratos.

<sup>101</sup> De Muns Ynzenga, A. sobre '*Préstamos y créditos sindicados*', en Saavedra Ortiz, J.J (coord.); Serrano Acitores, A. (coord.), '*Operaciones Mercantiles y Productos de inversión en los mercados financieros*', Bosch, Barcelona, 2011, pp. 58.

<sup>102</sup> De Muns Ynzenga, A. sobre '*Préstamos y créditos sindicados*', en Saavedra Ortiz, J.J (coord.); Serrano Acitores, A. (coord.), '*Operaciones Mercantiles y Productos de inversión en los mercados financieros*', Bosch, Barcelona, 2011, pp. 59.

El *contrato de financiación de adquisición* consiste en la entrega o puesta a disposición de fondos a favor de la parte financiada para que esta pueda satisfacer el precio de la adquisición pactado en un contrato de compraventa de empresa<sup>103</sup>. La ideal es que la deuda sea repagada con los ingresos y flujos generados por la sociedad adquirida.

La empresa financiada puede adquirir la sociedad objetivo (*sociedad target*) mediante su compraventa de acciones (*share deal*) o como compraventa de activos (*asset deal*).

Este contrato de financiación de adquisiciones se estructura de dos modos: como contrato de adquisición corporativa, en el que la parte financiada es la parte adquirente y es esta quien repagará la deuda con sus flujos y activos (que aumentarán una vez hayan adquirido la *sociedad target*), y como contrato de adquisición apalancada (*en inglés, leveraged buy out o LBO*), en el que la parte financiada es una *sociedad vehículo* a la que se le otorga la financiación, de la que es titular la sociedad adquirente, y es la que procederá a adquirir la *sociedad target*, por lo que repagará la financiación con los flujos y activos procedentes de la adquirida.

Respecto de las garantías reales que se constituyen en este tipo de financiaciones a favor de la entidad financiadora, además de las garantías personales, contará con las siguientes: prenda sobre las acciones o participaciones sociales de la *sociedad target* y de la matriz, prenda sobre las acciones o participaciones sociales del capital de la *sociedad vehículo*, prenda sobre los activos de la *sociedad target* prenda sobre los derechos de crédito derivados de las cuentas bancarias, prenda sobre los derechos de crédito derivados del contrato de compraventa, así como prenda sobre los derechos de crédito derivados de los contratos de préstamo intragrupo que se otorguen o de cualquier derecho de crédito que la *sociedad vehículo* tenga frente a la *sociedad target*.

Los artículos 143.2 y 150 del Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital contienen la prohibición de asistencia financiera, suponiendo ésta una limitación a la hora de constituir el paquete de garantías de la operación para los acreedores que conceden la financiación con el fin de financiar el precio de manera íntegra o parcial abonado por el deudor para la adquisición de una sociedad.

---

<sup>103</sup> Martín Baumeister, B., '*La configuración de paquetes de garantías en distintas modalidades de financiación sindicada, en particular en financiaciones corporativas, de adquisición de proyecto y de sale and lease back*', Revista de Derecho del Mercado de Valores, N° 13, Pp.169.

Continuando con las garantías reales suscritas a esta financiación, no es frecuente la otorgación de garantías hipotecarias debido a su alto coste de constitución (tributación en el impuesto sobre Actos Jurídicos Documentados). Sin embargo, las partes tienen dos alternativas<sup>104</sup>. En primer lugar, pueden proceder al otorgamiento de promesa genérica de constitución de garantía real hipotecaria o, de otro tipo, en caso de vencimiento de un supuesto de incumplimiento. O, en segundo lugar, en caso de querer constituir un derecho real de hipoteca, con el objetivo de reducir el coste impositivo, establecerán una responsabilidad hipotecaria inicial baja que se incrementaría en el supuesto de que haya un vencimiento anticipado de la financiación. Este incremento de responsabilidad hipotecaria podrá formalizarlo la entidad financiera o por la entidad agente mediante un poder irrevocable otorgado por la entidad adquirente.

En las operaciones de *financiación de proyecto (project finance)*<sup>105</sup>, acreedores conceden financiación a largo plazo con el objeto de financiar la construcción, puesta en funcionamiento operación de un proyecto, es decir, cubrir todas y cada una de las necesidades de financiación del proyecto. Al igual que en el contrato de financiación LBO, la parte financiada será una sociedad vehículo propietaria del proyecto que pertenece a un conjunto de inversores.

La característica definitoria del *project finance* es que es un proyecto autofinanciado, lo que significa que la generación de ingresos o flujos de caja será la única fuente de fondos para sostener el proyecto. En consecuencia, es un sistema de financiación en el que las entidades financiadoras asumen un importante riesgo ya que solo cuentan con la cobertura del proyecto<sup>106</sup>.

El abanico de actividades que se financian es muy amplio. Los proyectos más significativos están relacionados con la energía, gestión y transporte de energía, infraestructuras, proyectos de telecomunicaciones, y muchos otros<sup>107</sup>.

---

<sup>104</sup> De Muns Ynzenga, A. sobre 'Préstamos y créditos sindicados', en Saavedra Ortiz, J.J (coord.); Serrano Acitores, A. (coord.), 'Operaciones Mercantiles y Productos de inversión en los mercados financieros', Bosch, Barcelona, 2011, pp. 59.

<sup>105</sup> Vid. sobre estas operaciones a Carnero Prieto, D., 'Project finance' en Saavedra Ortiz, J.J (coord.); Serrano Acitores, A. (coord.), 'Operaciones Mercantiles y Productos de inversión en los mercados financieros', Bosch, Barcelona, 2011, pp. 81-118.

<sup>106</sup> Luis Cazorla, '¿Qué es un Project Finance?' (disponible en <http://luiscazorla.com/2014/02/que-es-un-project-finance/>; última consulta el 29 de marzo de 2019)

<sup>107</sup> Martín Baumeister, B., 'La configuración de paquetes de garantías en distintas modalidades de financiación sindicada, en particular en financiaciones corporativas, de adquisición de proyecto y de sale and lease back', Revista de Derecho del Mercado de Valores, Nº 13, pp. 171.

El período en el que se lleva a cabo la operación de *project finance* se divide en dos fases. La primera fase es aquella denominada '*fase de construcción*'. Dentro de ésta fase, el proyecto no está generando ningún ingreso, por lo que, al ser un proyecto autofinanciado, en caso de que fracasase, la parte financiadora perdería gran parte de lo aportado al proyecto. Es por ello que es la fase más arriesgada de todo el proyecto y el banco requerirá un mayor número de garantías.

La segunda fase es aquella denominada '*fase de operación*' en la que no existe tanto riesgo porque el proyecto ya se encuentra en funcionamiento y genera flujos de caja, lo que supone que la financiación ya se está amortizando. Las garantías en esta fase no serán tan estrictas como en la anterior.

Los acreedores, debido al alto riesgo en el que pueden encontrarse si el proyecto no sale bien, es clave para ellos recibir un paquete de garantías fuerte y constituir un abanico de garantías reales amplio. Las garantías reales comunes que suelen constituirse, en relación a la figura de la prenda, son<sup>108</sup>: prenda sobre las acciones o participaciones sociales de la *sociedad vehículo*, prendas sobre los derechos de crédito derivados de todos los contratos relativos al proyecto (el contrato de construcción, el contrato de operación y mantenimiento, los contratos de seguros, los contratos de suministros relevantes, los contratos de arrendamiento y los contratos de compraventa del producto que constituye el objeto del proyecto o de explotación de los que emanan los ingresos ordinarios de la sociedad, entre otros), y prenda sobre prenda sobre los derechos de crédito derivados de las cuentas del proyecto.

Por otro lado, es habitual la constitución de garantías hipotecarias sobre los activos del proyecto como<sup>109</sup> los terrenos, el derecho de superficie o la concesión o hipotecas mobiliarias sobre instalaciones, mobiliario y maquinaria relevante. Pero, como bien hemos mencionado previamente, esta formalización tiene un elevado coste y es por ello que los deudores no acceden siempre a entregarlas. Por ello, es posible que se otorgue una promesa de hipoteca.

---

<sup>108</sup> De Cárdenas Smith, C., y Arlabán Gabeiras, B., '*Los esquemas de garantía en una financiación sindicada*' en Manzanares Secades, A. (coord.), '*Estudios sobre Financiaciones Sindicadas*', Aranzadi, 2017, pp. 321.

<sup>109</sup> Ídem

Por último, las *operaciones de sale and lease back*. Estas operaciones son atractivas para las entidades que necesitan una inyección de liquidez y evitar situaciones concursales que no lleven a resultados negativos en su actividad.

Domenech Ciancas define estas operaciones como ‘la venta de un activo (normalmente inmobiliario) a un tercero y su consiguiente arrendamiento (por dicho tercero comprador/arrendador) a la entidad que se lo ha vendido (el vendedor/arrendatario). El comprador/arrendador concederá además una opción de compra a favor del vendedor/arrendatario, que podrá ser ejercitada al final del plazo del arrendamiento<sup>110</sup>’. Por tanto, estamos ante una estructura en la que el vendedor, propietario de un activo o conjunto de activos los transmite, convirtiéndose en arrendatario de dichos activos bajo la forma de un contrato de arrendamiento que se firma inmediatamente después de la transmisión entre el comprador y vendedor.

El contrato de *sale and lease back* es de carácter bilateral, es decir, solamente es necesario la intervención de dos partes, el vendedor o arrendatario propietario del inmueble y comprador o arrendador. El objetivo del vendedor es la obtención de liquidez, continuar con su actividad y ‘dar de baja en su balance los activos transmitidos<sup>111</sup>’.

Sin embargo, estas operaciones de *sale and lease back* han tenido especial relevancia en el sector bancario. La presencia de los bancos financiadores es un pilar importante en estas operaciones. Su intervención no es estrictamente necesaria, pero es frecuente encontrarlos. El comprador/arrendador del activo financiará la adquisición en su mayor parte con un préstamo bancario.

Es común entre las partes, comprador y vendedor, pactar que los costes del inmueble tales como mantenimiento, impuestos, primas y otros, sean cubiertos por el arrendatario. Así, el arrendador ha adquirido un activo generador de rentas constantes y continuas en el tiempo y, además, se abstiene de cualquier obligación de pago. Esto es, según Conde Muñoz-Elena, lo que justifica el préstamo bancario.

---

<sup>110</sup> Domenech Ciancas, J.M., ‘Operaciones de sale and lease back’ (apítulo 4) en Saaavedra Ortiz, J.J. (coord.), y Serrano Acitores, A. (coord.), ‘Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros’, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 157.

<sup>111</sup> Conde Muñoz-Elena, J., ‘Sale and Lease back: vender para permanecer’, *Expansión*, 23 de mayo de 2011 (disponible en <http://www.expansion.com/2011/05/23/juridico/opinion/1306179293.html>, última consulta el 25 de marzo de 2019)

Como ya hemos mencionado, el comprador/arrendador financiará la operación en su mayor parte con un préstamo que solicitará a un banco. Este último, en garantía de la financiación concedida, pedirá una garantía real sobre el inmueble o activos objeto de la operación, probablemente una hipoteca.

Una de las principales problemáticas de las financiaciones es la cuestión relativa a la convivencia entre la opción de compra y la hipoteca<sup>112</sup>. Los bancos financiadores, normalmente, solicitan que su derecho quede inscrito como una carga de primer rango con una condición *sine qua non* para conceder la financiación. Del mismo modo, la voluntad del vendedor/arrendatario es inscribir la opción de compra. Suele prevalecer la posición de los bancos aceptando las partes que el derecho real de hipoteca posea mejor rango que la opción<sup>113</sup>.

Dependiendo del rango que se le otorgue a las mismas, el ejercicio de una de ellas puede suponer la desaparición de la otra; y, en todo caso, tanto el ejercicio de la opción de compra de un bien hipotecado como la subasta de un bien con una opción suponen un perjuicio e impacto negativo al valor del inmueble. Si bien este problema es complejo, se han hallado soluciones y alternativas que mantienen protegidos los intereses tanto del vendedor como del banco. Esto, por ejemplo, se puede lograr mediante la concesión de un derecho de tanteo sobre el activo que sólo pueda ser ejercitado por el vendedor/arrendatario en el supuesto de que los bancos ejecuten la hipoteca<sup>114</sup>.

Además, en estas operaciones se suelen otorgar las prendas que se conceden para garantizar cualquier financiación corporativa o inmobiliaria. Por ejemplo, algunas de las prendas que se suelen otorgar son: prenda de las acciones o participaciones sociales del comprador/arrendador, prenda sobre los derechos de crédito del comprador, y prenda sobre los derechos del comprador al cobro de las rentas del contrato de arrendamiento.

---

<sup>112</sup> El motivo del conflicto está en el artículo 674.2 Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

<sup>113</sup> Sobre los motivos de la posición de las entidades financiadores, véase Domenech Ciancas, J.M., ‘Operaciones de *sale and lease back*’ (Capítulo 4), en Saaavedra Ortiz, J.J. (coord.), y Serrano Acitores, A. (coord.), ‘Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros’, Bosch, Barcelona, 2011, pp. 180.

<sup>114</sup> Ídem.

## **VI. CONCLUSIONES**

En el presente comentario, hemos podido confirmar que los derechos reales de garantía siguen conservando su propia autonomía científica y operativa y, alcanzan su fuerza sin desnaturalizar su propia regulación civil, no perdiendo esta naturaleza en ningún caso y, por tanto, no existiendo unos derechos reales mercantiles con tal acepción propiamente dicha, sino unos contratos mercantiles con incorporación a los mismos de garantías jurídico-reales procedentes del ámbito civil.

Por su importancia y actualidad, me ha parecido extraordinariamente interesante poder aportar una idea sobre los mecanismos de garantía que, hoy en día, se establecen en las operaciones más complejas del mercado financiero, como son las financiaciones estructuradas con garantía jurídico real, con el objeto de financiar grandes proyectos de infraestructura, los contratos especiales de *sale and lease back* así como las operaciones de *project finance* e incluso las operaciones de fusión y adquisición transfronteriza que llevan consigo estructuras de financiación para las citadas adquisiciones y fusiones. En todas ellas, las garantías jurídico reales se establecen como esenciales y aun en estos casos donde las partes se acogen a un sistema internacional de derecho privado como es la *lex mercatoria* internacional, basada en usos y costumbres internacionales, en este tipo de contratación mercantil que, en muchos casos, proceden de la práctica anglosajona.

También he mencionado y me he referido a sistemas de financiación estructurada nacionales que, generalmente, se producen en nuestro país utilizando cláusulas de garantía, condicionantes y limitaciones, también procedentes de la práctica internacional mercantil. Pero, en todo caso, sí he de señalar que cuando nos referimos a los sistemas de garantía jurídico real y se trata de bienes radicados en España, aún por las normas de remisión o reenvío a nuestra legislación que obligan a la aplicación de la normativa española en las cuestiones jurídico reales sobre bienes radicados en nuestro país, las garantías jurídico reales aplicables siguen siendo en su estructura las mismas que regula nuestro Código civil. Es decir, que tampoco se produce la desnaturalización de instituciones tan relevantes como la hipoteca y la prenda por el hecho de que estén integradas en un sistema de contratación mercantil, naturalmente, con las excepciones que señalamos anteriormente respecto a aquellas materias que son propiamente mercantiles ya desde su origen como la hipoteca naval, de establecimiento mercantil o la hipoteca de aeronaves, e incluso los derechos constituidos sobre la propiedad industrial e

intelectual que, aún no discutiéndole su carácter mercantil, siguen anclados en una concepción claramente armónica de mutación de lo civil a lo mercantil pero con una base claramente civil.

Hemos confirmado que en ninguna de ellas se produce proceso alguno de desnaturalización de los derechos reales de garantía civiles por su incorporación siquiera a estos macro contratos de financiación, sino que, aun en estos casos, los conceptos jurídico reales de garantía siguen partiendo de la naturaleza y estructura de cada institución reconocida o recogida en las instituciones jurídico civiles como son la prenda y la hipoteca. Por todo ello, y como conclusión de este trabajo, hemos de precisar que siguen vigentes los conceptos jurídico civiles de los derechos reales de garantía aplicados en la contratación mercantil sin que en ningún caso aquellos pierdan su carácter jurídico civil y su naturaleza conforme la establece el Código civil.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

### LIBROS

- Albaladejo García, M., '*Derecho Civil III, Derechos de bienes*', Volumen II, Bosch, 1994
- Bercovitz Rodríguez-Cano (coord.), R. '*Manual de Derecho Civil, Derechos Reales*', Bercal, S.A, Madrid, 2013
- Carnero Prieto, D., '*Project finance*' en Saavedra Ortiz, J.J (coord.); Serrano Acitores, A. (coord.), '*Operaciones Mercantiles y Productos de inversión en los mercados financieros*', Bosch, Barcelona, 2011 pp. 81-118
- Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E., y Marín López, M.J., '*Tratado de los Derechos de Garantía*', Aranzadi Editorial, Navarra, 2002
- Carrasco Perera, A., Cordero Lobato, E., y Marín López, M.J., '*Tratado de los Derechos de Garantía*', Tomo II, Garantías Mobiliarias, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2008
- Castán Tobeñas, J. '*Derecho Civil español, común y foral*', Tomo II, Volumen II, Décimotercera edición, Reus S.A, Madrid, 1983
- Cortés, L.J., '*Contratos bancarios: contratos de financiación*' (lección quinta) en '*Lecciones de Contratos y Mercados Financieros*' (con la colaboración de Dra. Anna Sala Andrés), Thomson Civitas, Madrid, 2004
- De Cárdenas Smith, C., y Arlabán Gabeiras, B., '*Los esquemas de garantía en una financiación sindicada*', en Manzanares Secades, A. (coord.), '*Estudios sobre Financiaciones Sindicadas*', Aranzadi Editorial, España, 2017, pp. 303-349

- De Muns Ynzenga, A. '*Préstamos y créditos sindicados*', en Saavedra Ortiz, J.J (coord.) y Serrano Actores, A. (coord.), '*Operaciones Mercantiles y Productos de inversión en los mercados financieros*', Bosch, Barcelona, 2011, pp. 33-79
- De Pablo Contreras, P., Martínez de Aguirre Aldaz, C. y Pérez Álvarez, M.A., '*Curso de Derecho Civil (III), Derechos Reales*', Edisofer S.L., 2016 (Reimpresión actualizada de la 4º edición)
- Díez-Picazo, L., y Gullón, A., '*Sistema de Derecho Civil*', Derechos Reales en particular, Volumen III, Tomo 2, Octava Edición, Tecnos, Madrid, 2012 (reimpresión 2013)
- Díez-Picazo, L., y Gullón, A., '*Sistema de Derecho Civil*', Derechos Reales en particular, Volumen III, Tomo 2, Novena Edición, Tecnos, España, 2016.
- Díez-Picazo, L., y Gullón, A., '*Sistema de Derecho Civil*', El contrato en general, Volumen II, Novena edición, Tecnos, Madrid, 2001
- Díez-Picazo, L., y Gullón, A., '*Sistema de Derecho Civil*', Volumen II, Tomo 2, Undécima edición, Tecnos, Madrid, 2015
- Domenech Ciancas, J.M., '*Operaciones de sale and lease back*' (Capítulo 4), en Saavedra Ortiz, J.J. (coord.), y Serrano Acitores, A. (coord.), '*Operaciones mercantiles y productos de inversión en los mercados financieros*', Bosch, Barcelona, 2011, pp. 157-192
- García-Pita y Lastres, J.L., '*Derecho Mercantil de obligaciones, Parte general*', Marcial Pons, Madrid, 2003
- Martín Baumeister, B., '*Los contratos de garantía*' en Sánchez Graells, A. (coord.), '*Fundamentos de Derecho Empresarial*', Contratación Mercantil, Tomo III, Civitas, Thomson Reuters, Pamplona, 2012, pp. 265-295

- Moreno Quesada, L., '*Derechos Reales de Garantía, Derecho real de anticresis*', en Sánchez Calero, F.J. (coord.), '*Curso de Derecho Civil III*', 7ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 393-399
- Puig Brutau, J., '*Compendio De Derecho Civil*' (*Derechos reales, Derecho hipotecario*), Volumen III, Bosch, Barcelona, 1989
- Puig Brutau, J., '*Fundamentos de Derecho Civil*' (*Derecho de Cosas*), Tomo III, BOSCH, Barcelona, 1953
- Sánchez Calero Guilarte, F., '*Principios de Derecho Mercantil*', Tomo I, 19ª edición, Aranzadi, Navarra, 2014
- Uría, R., Menéndez, A., y Végez, M., '*Curso de Derecho Mercantil II*', Segunda Edición, Thomson Civitas, Navarra, 2007
- Végez, M., '*El contrato mercantil*' en Uría, R., Menéndez, A., Rojo, A., '*Lecciones de Derecho Mercantil*', Volumen II, Novena Edición, Thomson Reuters, Navarra, 2011, pp 43-67.

### **REVISTAS Y ARTÍCULOS DE PRENSA**

- Conde Muñoz-Elena, J., '*Sale and Lease back: vender para permanecer*', *Expansión*, 23 de mayo de 2011 (disponible en <http://www.expansion.com/2011/05/23/juridico/opinion/1306179293.html>; última consulta el 25 de marzo de 2019)
- Martín Baumeister, B., '*La configuración de paquetes de garantías en distintas modalidades de financiación sindicada, en particular, en financiaciones corporativas, de adquisición de proyecto y de sale and lease back*', *Revista de Derecho del Mercado de Valores*. Nº 13 , págs. 163-188, Julio-diciembre de 2013

## **RECURSOS DE INTERNET**

- Alfaro Águila-Real, J., ‘*Créditos sindicados y legitimación individual de los bancos prestamistas*’, 2017 (disponible en <https://almacenederecho.org/creditos-sindicados-legitimacion-individual-los-bancos-prestamistas/>; última consulta el 8 de abril de 2019)
- Armada de Tomás, A., ‘*Pignoración y prenda de créditos*’, elderecho.com, 2014 (disponible en <https://elderecho.com/pignoracion-y-prenda-de-creditos>; última consulta el 28 de marzo de 2019)
- Ávila, G., ‘*Validez del pacto marciano como procedimiento extrajudicial de ejecución de garantías*’ (Pérez Llorca), Nota Jurídica, 2019 (disponible en <https://www.perezllorca.com/wp-content/uploads/2019/02/Nota-Jur%C3%ADdica-Validez-del-Pacto-Marciano-como-procedimiento-extrajudicial-de-ejecuci%C3%B3n-de-garant%C3%ADas.pdf>; última consulta el 18 de marzo de 2019)
- Ballesteros Alonso, M. ‘*Los Derechos de garantía real*’, Tema 54, Civil Registros, 2012 (disponible en <https://www.notariosyregistradores.com/opositores/1-temas-registros.htm>; última consulta el 20 de marzo de 2019)
- Corporate Finance Institute (CFI), ‘*What is a syndicated loan?*’ (disponible en <https://corporatefinanceinstitute.com/resources/knowledge/finance/syndicated-loan/>; última consulta el 3 de abril de 2019)
- Fernández Ruiz, J.L, y Martín Reyes, M<sup>a</sup> de los A., ‘*Las fuentes del Derecho Mercantil español*’ en ‘*Fundamentos de derecho mercantil*’, Tomo I, 4<sup>o</sup> edición, Edersa, 2004 (disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/fuentes-derecho-mercantil-228424>; última consulta el 13 de marzo de 2019)
- Galindo Aragoncillo, A.; Navarro Coderque, F., ‘*El pacto comisorio en el actual marco de los Derechos de Garantía*’ (Cuatrecasas, Gonçalves Pereira), Diario La Ley, n<sup>o</sup> 8314/2014 (disponible en

[https://www.cuatrecasas.com/media\\_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400771787es.pdf](https://www.cuatrecasas.com/media_repository/gabinete/publicaciones/docs/1400771787es.pdf); última consulta el 18 de marzo de 2019)

- Ius et Veritas, '*Consideraciones en torno a la admisión del pacto marciano, modalidad del pacto comisorio, como mecanismos de ejecución extrajudicial de garantías*', (disponible en [http://ius360.com/articulos-de-estudiantes/consideraciones-en-torno-la-admision-del-pacto-marciano-modalidad-del-pacto-comisorio-como-mecanismo-de-ejecucion-extrajudicial-de-garantias/#\\_ftn10](http://ius360.com/articulos-de-estudiantes/consideraciones-en-torno-la-admision-del-pacto-marciano-modalidad-del-pacto-comisorio-como-mecanismo-de-ejecucion-extrajudicial-de-garantias/#_ftn10)); última consulta el 18 marzo 2019)
- Joint Money Launderin Steering Group, '*17: Syndicated Lending*', (disponible en <http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:xhfHQRfBujsJ:www.jmlsg.org.uk/download/10025+&cd=5&hl=es&ct=clnk&gl=es>); última consulta el 3 de abril de 2019)
- Juan Legorburo, '*Financiación a la empresa. El préstamo sindicado*', 2014 (disponible en <https://www.legorburoconsultores.es/financiacion-a-la-empresa-el-prestamo-sindicado.html>); última consulta el 3 de abril de 2019)
- Kagan, J., '*Trust*', traducción propia, 2019 (disponible en <https://www.investopedia.com/terms/t/trust.asp>); última consulta el 3 de abril de 2019)
- Lexitus, '*Security agent in a syndicated loan*', traducción propia, 2010 (disponible en <http://suewrightonline.com/content/topic-choice-security-agent-syndicated-loan>); última consulta el 3 de abril de 2019)
- Luis Cazorla, '*¿Qué es un Project Finance?*' (disponible en <http://luiscazorla.com/2014/02/que-es-un-project-finance/>); última consulta el 29 de marzo de 2019)
- Mariscal&Abogados, '*The concept of trust in Spain*' (disponible en <https://www.mariscal-abogados.com/the-concept-of-trust-in-spain/>); última consulta el 3 de abril de 2019)

- Thomson Reuters, Practical law, ‘*Parallel Debt*’ (disponible en [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-1972?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/6-501-1972?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk&bhcp=1); última consulta el 3 de abril de 2019)
- Wolters Kluwer, ‘Prenda’ (disponible en [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjM3MztlUouLM\\_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAKFKAHzUAAAA=WKE#I148](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUNjM3MztlUouLM_DxbIwMDCwNzAwuQQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAKFKAHzUAAAA=WKE#I148); última consulta el 14 de marzo de 2018)

## **JURISPRUDENCIA**

- La resolución de 26 de diciembre de 2018 de la Dirección General de los Registros y del Notariado (la “DGRN”)
- TS, Sala de lo Civil, en su sentencia nº 875/2002, de 26/09/2002, nº de Rec. 687/1997
- TS, Sala de lo Penal, en su sentencia nº 818/2012, de 24/10/2012, nº de Rec. 2467/2011

## **LEGISLACION**

- Anteproyecto de Ley del Código Mercantil
- Código de Leyes Civiles de Cataluña, Libro Quinto del Código Civil de Cataluña, relativo a los derechos reales
- Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el texto articulado del título preliminar del Código Civil.
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria

- Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
- Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión
- Decreto de 8 de febrero de 1946 por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria.
- Real Decreto de 22 de agosto de 1885 por el que se publica el Código de Comercio.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
- Ley 1/1973 de 1 de marzo, por la que se aprueba la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital.