



FACULTAD DE DERECHO

COMPARATIVA ENTRE LAS GARANTÍAS FLOTANTES ESPAÑOLAS Y LA FLOATING CHARGE ANGLOSAJONA

Autor: María Vázquez Montis

5º E3 C

Derecho Civil y Mercantil

Tutor: Abel Benito Veiga Copo

Madrid
Abril 2017

Resumen

Esta investigación se centra en el estudio comparativo de la prenda flotante en la legislación española y la *floating charge* anglosajona del ordenamiento inglés. Se pretende analizar la adecuación de la flotabilidad del objeto de la prenda a la realidad económico-financiera, y verificar las semejanzas y discrepancias existentes entre ambos ordenamientos en esta materia, a fin de extraer conclusiones válidas que permitiesen al ordenamiento español una mayor adaptación a la realidad económica actual.

Palabras Clave

“prenda”, “flotante”, “ómnibus”, “*fixed*”, “cristalización”, “publicidad”, “ejecución”

Abstract

This research focuses on a comparative study between floating pledges under the Spanish legislation and the Anglosaxon floating charge of the English Common Law system. The intent is to assess the alignment between the floatability of the object granted as pledge and the economic-financial reality, and verify the similarities and discrepancies existing between both legal systems in this matter, in order to draw valid conclusions that would allow the Spanish legal system a greater adaptation to the current economic reality.

Key Words

“*charge*”, “*floating*”, “*omnibus*”, “*fixed*”, “*crystallization*”, “perfection”, “enforcement”

“La garantía flotante se configura como un gravamen impuesto sobre un conjunto indistinto de bienes cuya consistencia varia en el tiempo y que puede comprender tanto bienes presentes como futuros que sean propiedad del contribuyente, para eventualmente cristalizar; en esta modalidad de prenda, la sustitución del objeto gravado produce una subrogación real: el mismo valor formal de la garantía puede acceder a cada objeto material diverso, y mutable en el tiempo”.

SERRANO FERNANDEZ, 2016.

Comparativa entre las garantías flotantes españolas y la floating charge anglosajona

ÍNDICE

Listado de Abreviaturas.....	5
CAPÍTULO 1 – INTRODUCCIÓN.....	6
1. PROPÓSITO Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA	6
2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA	7
3. OBJETIVOS	8
4. METODOLOGÍA	8
5. ESTRUCTURA	9
CAPÍTULO 2 – UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA	10
1. EL SISTEMA CONTINENTAL Y EL SISTEMA ANGLOSAJÓN.....	10
2. LAS GARANTÍAS REALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. LA PRENDA	12
2.1. Introducción: las garantías reales en el ordenamiento español	12
2.2. La prenda tradicional. Un derecho obsoleto.	15
2.3. Las nuevas figuras	19
2.3.1. <i>La prenda ómnibus</i>	20
2.3.2. <i>La prenda rotativa</i>	22
2.3.3. <i>Las hipotecas de máximo</i>	23
2.3.3.1. <i>La hipoteca flotante (o global) (art 153 bis LH)</i>	23
2.3.3.2. <i>La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art 153 LH)</i>	25
2.3.3.3. <i>La hipoteca en garantía de obligaciones futuras (art 142 LH)</i>	26
2.3.4. <i>La prenda flotante en el Código Civil de Cataluña</i>	26
2.3.5. <i>La prenda de bienes fungibles en el Código Civil de Cataluña</i>	29
2.4. Jurisprudencia sobre garantías flotantes, o sobre bienes indeterminados o futuros.....	30
3. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LAS GARANTÍAS LEGALES EN EL ORDENAMIENTO INGLÉS	32

3.1. La figura del charge	35
3.2. La figura de la floating charge	37
3.3. La creación del charge	37
3.4. Notas distintivas de la floating charge	39
3.5. La publicidad del charge.....	41
3.6. La prioridad del charge	44
3.7. Poder de disposición del deudor sobre los bienes gravados	46
3.8. Ejecución del derecho de garantía o <i>enforcement</i>.....	50
3.9. Insolvencia: ¿qué pasa con el acreedor pignoraticio?	51
CAPÍTULO 3 – CONCLUSIONES	53
BIBLIOGRAFÍA	56

Listado de Abreviaturas

Act 1878	<i>The Bill of Sale Act</i> de 1878
Act 1882	<i>Amendment Act 1882 of The Bill of Sale Act of 1878</i>
AEAT	Agencia Estatal de Administración Tributaria
Art.	Artículo
CC	Código Civil de 1889
CCCat	Libro Quinto del Código Civil catalán, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo
DGRN	Dirección General de Registros y Notariado
<i>ibid</i>	<i>ibídem</i> , ‘en el mismo lugar’
LDRG	Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía
Ley 41/2007	Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria.
LC	Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal.
LGPSCM	Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble
LH	Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria
LHMPSD	Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión
OCN	Ordinario curso de negocios (<i>ordinary course of business</i>)
OJ / OOJJ	Ordenamiento jurídico / Ordenamientos jurídicos
<i>op.cit</i>	<i>opus citatum</i> , ‘obra citada’, u <i>opere citato</i> , ‘en la obra citada’
RCDC	Real Club Deportivo de la Coruña S.A.D.
RD-ley 5/2005	Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública
Res.	Resolución
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TS	Tribunal Supremo
<i>vid.</i>	véase

CAPÍTULO 1 – INTRODUCCIÓN

1. PROPÓSITO Y CONTEXTUALIZACIÓN DEL TEMA

Este trabajo tiene como propósito realizar un estudio comparativo entre las garantías flotantes en el sistema legal español, en interés de nuestra nación, y la *floating charge* anglosajona de la nación de Inglaterra del Reino Unido de Gran Bretaña, con la finalidad de extraer conclusiones e información de calidad en torno a las principales diferencias existentes en ambos países en materia de prendas de garantía flotantes.

Especialmente en la realidad económica actual, los derechos de garantía han adoptado un papel protagonista en el Derecho de contratación. Es innegable que la actual crisis económica ha tenido, y continúa teniendo, efectos de gran dureza sobre una parte de la población y de las empresas. En aras de enfrentar la crisis de este siglo, las garantías han comenzado a desarrollar un papel fundamental en la contratación mercantil, con la finalidad de mitigar las posibles pérdidas de los acreedores del crédito en cuestión. Por otra parte, la globalización ha conducido a un crecimiento exponencial del comercio y la contratación a nivel internacional.

Es por ello que consideramos relevante profundizar en esta materia, origen de este trabajo, centrando el foco en las garantías flotantes, mediante un estudio comparativo en dos economías con realidades muy distintas: España y Reino Unido.

Las figuras clásicas de garantía de prenda privan al deudor del bien pignorado, de forma que no puede gozar de su uso y disfrute, si bien retiene la propiedad. Del mismo modo, el acreedor no puede disponer ni apropiarse de la cosa gravada (pacto comisorio). El desplazamiento posesorio desempeña una función de control patrimonial y de publicidad, pero, en última instancia, conduce a que los bienes objeto de prenda queden, en gran parte, inmovilizados.

Esta problemática se ve agravada por la inadecuación a las necesidades de tráfico actuales, que exigen una mayor flexibilización y adaptación a la realidad socio-cultural y económica actual. Todo ello ha dado lugar a la aparición, en los distintos ordenamientos jurídicos (OOJJ), de figuras alternativas, entre ellas, las garantías flotantes, que buscan esa mayor

flexibilidad y adecuación entre la concesión de créditos y los tipos de garantía en el tráfico de bienes muebles¹.

Por último, queremos señalar que este trabajo limitará su estudio comparativo a la nación de Inglaterra, sin incluir Gales, Escocia ni Irlanda del Norte, con el fin de no realizar un trabajo sumamente extensivo.

2. JUSTIFICACIÓN DEL TEMA

Las razones que me han motivado a la realización de este trabajo surgen de mi experiencia durante este verano 2016 en el despacho de abogados GARRIGUES, en Madrid. Durante mis prácticas en dicho despacho, tuve la oportunidad de examinar el expediente de un caso en el que el deudor pignoraba todo su inventario en favor de un acreedor, a la par que retenía la posesión del mismo, de forma que seguía operando con regularidad. En un segundo momento, tuve la oportunidad de asistir a una *call* con unos clientes británicos que demandaban la ejecución por incumplimiento del deudor de una garantía flotante en la forma que lo haría una *floating charge* bajo legislación anglosajona.

Me resultó interesante el estudio de ambas problemáticas, por lo que decidí combinarlas dando lugar así al título del presente trabajo. Como ya hemos señalado, el mundo actual es totalmente global y no sería extraño que surjan frecuentemente problemáticas de este tipo en la práctica jurídica.

¹ En este sentido, la Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión (LHMPSD) manifiesta la necesidad de la reforma legislativa dadas las limitaciones que conllevan las figuras tradicionales, y exige una mayor adaptación en las necesidades actuales: “La configuración tradicional de los derechos reales de prenda e hipoteca, con su limitación respectiva a bienes muebles e inmuebles y con sus características de desplazamiento y no desplazamiento de la posesión, es, sin duda, insuficiente para satisfacer todas las necesidades de la garantía real. La doctrina científica puso de relieve los graves inconvenientes de la privación al deudor de la posesión de la prenda sobre todo en cosas muebles de gran valor destinadas a fines agrícolas o industriales; el desplazamiento de la posesión es perjudicial para el deudor, al privarle de bienes adecuados; para la economía nacional al paralizar elementos de trabajo y de producción y, con ellos, fuentes de riqueza; y aun para el propio acreedor al disminuir la capacidad económica del deudor y la posibilidad de hacer frente de un modo normal a sus obligaciones. La experiencia demostró que la prenda iba quedando reducida a cosas meramente suntuosas, por ser ineficaz respecto de cosas necesarias para el trabajo del hombre; y cuando la necesidad obligaba a pignorar estas últimas, los funestos resultados prácticos de la garantía hacían patente la necesidad de otra figura jurídica que salvara sus inconvenientes”.

3. OBJETIVOS

El objetivo general formulado al comienzo del capítulo como propósito del trabajo, se concreta en los siguientes objetivos específicos:

- Contextualización: tratamiento y legislación aplicable de las garantías reales en el ordenamiento jurídico (OJ) español y en el anglosajón
- Estudio de la garantía real de prenda (o figuras equiparables) en ambos sistemas
- Análisis en profundidad de la *floating charge* anglosajona
- Detectar diferencias entre ambos OOJJ.

4. METODOLOGÍA

El trabajo se ha desarrollado basándose en un enfoque de investigación inductivo, a partir de las contribuciones de diversos autores expertos en la materia que nos permitirán formular unas conclusiones en relación a nuestro estudio.

La metodología seguida para la realización del mismo ha sido cualitativa. Se analizan en profundidad diversos trabajos, tales como los que a continuación citamos, a partir de los cuales, describiremos el estado de la cuestión.

- “Las prendas flotantes: un término polisémico”, de Joan Marsal Guillamet
- “Prenda 'omnibus', prenda rotativa de acciones y garantía flotante”, de Abel Veiga Copo
- “La prenda. El Codi Civil Catalán”, de Ángel Carrasco Perera
- “*Fixed And Floating Charges In United Kingdom*”, de The Law Teacher
- “*International scenario of laws on insolvency*” de CA Rajkumar S Adukia

Estos trabajos tienen por objeto describir la evolución que ha sufrido la prenda a lo largo del tiempo, incluyendo las variantes de ésta a las que ha dado lugar. Complementan al estudio de estos trabajos doctrinales la legislación y jurisprudencia en materia de prendas del Derecho

español y Derecho Inglés, señaladamente la Ley de 16 de diciembre de 1954 (LHMPSD)² y el Código Civil del 1881, y los *Acts*, respectivamente.

Por último, las aportaciones jurisprudenciales de los tribunales de ambos Estados culminan las contribuciones al marco jurídico, -siendo especialmente importante el *case law* (precedente) en sistemas anglosajones-, dotando así a nuestro trabajo de una visión totalitaria e integradora sobre el estado de la cuestión actual.

5. ESTRUCTURA

Este proyecto de investigación se divide en tres grandes capítulos.

El primer capítulo *1. Introducción* justifica la importancia de la temática en la actualidad y expone los objetivos del trabajo, detallando la metodología usada y su delimitación.

El segundo capítulo *2. Una revisión de la literatura* expone, con el objeto de contextualizar el tema, una breve mención a el sistema jurídico continental y el anglosajón, las garantías reales, y, en especial, la prenda, en ambos OOJJ. A continuación, nos adentraremos en el estudio de figuras similares a la prenda flotante, para después proceder al estudio de ésta en comparativa con la floating charge anglosajona. Se estudiarán sus similitudes y diferencias a partir del análisis de las siguientes cuestiones: constitución, requisitos, escritura pública, incumplimiento y ejecución, y su funcionamiento en casos de deudor insolvente.

El capítulo *3. Conclusiones* sintetiza las ideas principales extraídas de este trabajo, fruto del cual extraeremos conclusiones valiosas que sirvan para futuros investigadores en este campo, dejando la puerta abierta para futuras líneas de investigación en la profundización de esta materia.

Finalmente, aparece la lista las referencias bibliográficas usadas para el trabajo en orden alfabético, leyes y jurisprudencia inclusive.

² Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión

CAPÍTULO 2 – UNA REVISIÓN DE LA LITERATURA

Este capítulo tiene como finalidad una aproximación a la literatura existente en materia de garantías flotantes en el OJ español y en el OJ inglés.

Para ello, realizaremos una primera aproximación a ambos sistemas, para después adentrarnos en el estudio de las garantías en ambos OOJJ, lo cual nos conducirá finalmente, al estudio objeto de este trabajo: las figuras de garantía flotantes en España y en Inglaterra.

Se hará hincapié en figuras que guarden similitud con la prenda flotante española y la *floating charge* anglosajona, y se realizará un estudio comparativo de estas dos figuras en relación a la constitución de las mismas, entrega y desplazamiento, escritura pública, incumplimiento y ejecución, y su operativa en casos de insolvencia.

1. EL SISTEMA CONTINENTAL Y EL SISTEMA ANGLOSAJÓN

El OJ español y el OJ del Reino Unido pertenecen a dos sistemas legales muy distintos, cuya principal diferencia radica en el orden de prelación de las fuentes de Derecho. Así, el OJ español sigue un sistema continental, o de derecho civil, heredado del modelo francés napoleónico, mientras que el inglés sigue un sistema de derecho anglosajón o *common law*.

El sistema de derecho civil es un sistema de leyes codificadas, con origen en el derecho romano. Los países que se rigen bajo un sistema de derecho civil son típicamente aquellos que fueron colonias o protectorados franceses, holandeses, alemanes, españoles o portugueses, incluyendo varios de Centroamérica y Sudamérica, asimismo como la mayoría de Europa Central, Oriental y Asia del Este.

La Constitución representa la norma suprema del OJ en cuestión, y solamente las promulgaciones legislativas son consideradas con fuerza de ley; los jueces tienen poco alcance. No legislan, sino que su función se limita a ejecutar y hacer ejecutar lo juzgado. Por su parte, existe una menor libertad para contratar, pues un gran número de provisiones vienen ya implícitas en el contrato, lo que redundaría en una menor extensión del mismo.

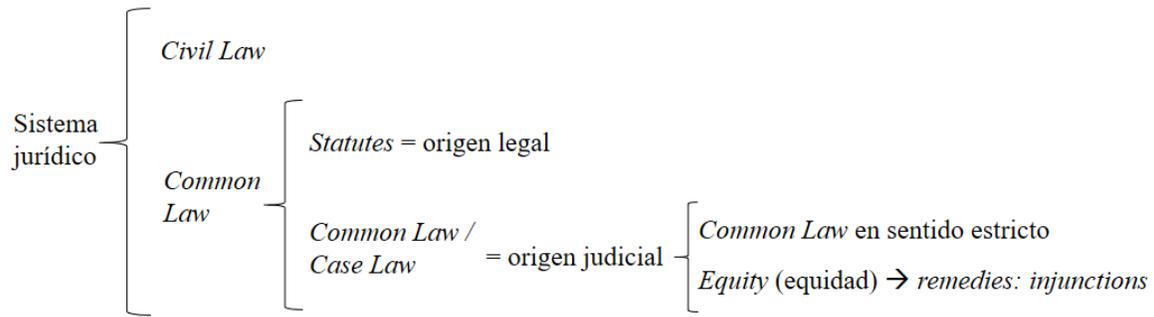
Respecto al sistema de derecho anglosajón, se trata, por lo general, de un sistema de derecho menos codificado que el sistema de derecho civil, basado en el precedente y en la figura del

juez como fuente de la ley (“*judge-made law*”). Los contratos contienen muy pocas provisiones implícitas, lo que obliga a sentar prácticamente la totalidad de los términos que gobernarán un contrato, resultando en un contrato mucho más largo.

Además del Reino Unido, los países que adoptan el derecho anglosajón son por lo general aquellos que formaron parte de las colonias y protectorados ingleses, incluyendo a los Estados Unidos, Australia y Nueva Zelanda.

A efectos prácticos disfrutaban de un sistema más abierto, más rápido y más resolutivo, sin embargo, mucho más ambiguo. Abogan por la eficacia, simplificando los procedimientos, tendiendo a resolver y notificar el fallo de forma inmediata, pero sacrifican seguridad jurídica.

El término “*common law*” puede emplearse en un triple sentido, tal y como se ilustra en el siguiente esquema:



Puede referirse, pues, en primer lugar, al sistema jurídico anglosajón, frente al sistema continental. También puede hacer referencia al derecho que emana de la figura del juez, frente al derecho procedente de la vía legal (*statutes*), y, en tercer lugar, puede referirse al doble sistema legal que distingue entre *the common law* y *equitable rules*, siendo estas últimas una rama complementaria al *common law* para remediar situaciones que éste fuese incapaz de resolver. Entre los remedios o medidas resarcitorias de la Equidad (*equitable*

remedies) destacan las *injunctions*, que son órdenes del tribunal de hacer o dejar de hacer una determinada acción³.

2. LAS GARANTÍAS REALES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL. LA PRENDA

2.1. Introducción: las garantías reales en el ordenamiento español

Los derechos reales de garantía son derechos que se ponen al servicio de los derechos de crédito, con el fin de asegurar el pago de una deuda que todavía no se ha cumplido. Como han señalado DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, por garantía se entiende toda “medida de refuerzo que se añade a un crédito para asegurar su satisfacción, atribuyendo al acreedor un nuevo derecho subjetivo o unas nuevas facultades, como la retención de la cosa”⁴.

En el Derecho español existe una primera garantía genérica de pago recogida en el artículo 1911 del Código Civil⁵(CC): “Del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros”. Sin embargo, en muchas ocasiones, esta garantía genérica no basta, y se necesitan garantías adicionales que refuercen este principio de responsabilidad patrimonial universal. Es más, el principio proclamado en el art. 1911 CC no constituye una garantía en sentido estricto, pues no supone un reforzamiento de la posición del acreedor, no aumenta objetivamente la seguridad de éste en la satisfacción de su crédito⁶.

La legislación española prevé así un conjunto de garantías típicas de carácter personal o real. Entre las primeras, cabe mencionar la fianza, el aval cambiario y la cláusula penal. Por el contrario, cuando las garantías recaen sobre cosas concretas y determinadas y son eficaces erga omnes, se denominan garantías reales. Entre éstas, el CC regula la hipoteca, la prenda y la anticresis. Por último, existe un tercer conjunto de garantías conocidas como garantías atípicas o innominadas -como puede ser la venta en función de garantía-, las cuales, en cualquier caso, y conforme a lo establecido en la Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de

³ SERRANO FERNÁNDEZ, M. “Garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés. La figura del Charge”. Editorial Aranzadi SA, 2016, Navarra. Pp. 13-26, p.24

⁴ DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Instituciones de Derecho Civil”, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, Vol.II/1, p.342.

⁵ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil

⁶ “Derechos reales de garantía: concepto, clases y disposiciones generales. La prenda. La hipoteca inmobiliaria y la prenda sin desplazamiento”. https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema28_nuevo.pdf. Pp 1-24. p.1.

mayo de 2000, no pueden eludir los principios fundamentales del sistema. Así, no pueden servir para eludir las normas relativas a la preferencia de créditos, ni pueden convenir prelación de crédito que no respondan a los tipos previstos por la ley (art. 1925 CC), ni violar la prohibición de pacto comisorio a que se refieren los arts. 1859, 1872 y 1884 CC, ni la protección del tercero y principio de la *par conditio creditorum* (“igual condición de crédito”).

Las garantías reales son medidas que se añaden a los derechos de crédito de acreedores, mediante la sujeción de uno o varios bienes (muebles o inmuebles), con el fin de asegurar la satisfacción de éstos en caso de incumplimiento del deudor. Vencida la deuda y no pagada, el acreedor se reserva la facultad de realizar el valor de la cosa gravada, y con ello, satisfacer su interés (*ius distrahendi*). Se trata además de derechos de carácter accesorio, pues acompañan al crédito cuyo cumplimiento garantizan, extinguido el cual, aquel también desaparece.

Respecto a su regulación, concretamente, el Código civil dedica el Capítulo primero del Título XV del Libro IV a las disposiciones comunes de los contratos de prenda e hipoteca (art. 1857 a 1862), el Capítulo II regula la prenda (art. 1863 a 1873), el Capítulo tercero (art. 1874 a 1880) contiene una serie de norma específicas del contrato de hipoteca y, finalmente, el Capítulo IV regula la anticresis (art. 1881 a 1886).

Como ha señalado WOLFF, las garantías reales se han concretado históricamente a través de diversos criterios, que han sufrido múltiples oscilaciones”⁷. Tradicionalmente se ha empleado como criterio de distinción entre prenda e hipoteca el carácter mueble o inmueble, respectivamente, de los bienes sobre los que recae la garantía. Sin embargo, dicha criterio de

⁷ “Derechos reales de garantía:...”, *op cit.* p.1. WOLFF señala que la distinción entre prenda e hipoteca se sucede en una secuencia que se puede expresar como sigue:

- En un primer momento, la distinción se basa en el traspaso posesorio, con independencia de cual fuera su objeto: así, en el derecho romano se conocen tres tipos de garantías, tanto su objeto sea bienes muebles o bienes inmuebles: la *fiducia cum amico contracta*, el *pignus* y la *hypotheca*.
- En un segundo momento, Las Siete Partidas (siglo XIII), en las que se llama *peño* a la garantía real, recaiga sobre mueble o sobre inmueble. La diferencia se hallaba en el desplazamiento posesorio. Posteriormente, la distinción basada en el criterio del desplazamiento posesorio cede ante el criterio de la naturaleza del bien: la hipoteca se impone sobre bienes inmuebles y la prenda sobre bienes muebles.
- Finalmente, en un tercer momento, los criterios diferenciadores se entrelazan: la prenda recae sobre bienes muebles y lleva aparejada la desposesión o desplazamiento posesorio; la hipoteca, en cambio, se impone sobre inmuebles y no lleva consigo la desposesión.

clasificación ha ido evolucionando y no es hoy del todo válido. Si bien históricamente el criterio predominante ha sido el de la naturaleza del bien gravado, actualmente, en nuestro OJ, dicho criterio no es exclusivo porque la LHMPSD permite constituir hipoteca sobre determinados bienes muebles (art. 12 LHMPSD⁸).

Actualmente, autores como VALLET entienden que la diferencia entre estas dos figuras es que la prenda no puede recaer sobre bienes inmuebles; y que la hipoteca no puede implicar desplazamiento de la posesión⁹.

De forma simplificada, las dos grandes diferencias radican en el traspaso posesorio, que supone privar al deudor pignorante del bien pignorado, mientras que, en el caso de la hipoteca, en tanto que dicho traspaso no se efectúa, su nota distintiva respecto de la prenda para que aquella quede constituida es la inscripción registral del gravamen sobre el bien hipotecado¹⁰. En palabras de LACRUZ BERDEJO, “el desplazamiento posesorio desempeña una función de control patrimonial y de publicidad”¹¹.

Pese a estas diferencias, existen una serie de elementos en común que comparten la figura de la hipoteca y la prenda:

- Ambos son derechos reales sobre cosa ajena
- De realización del valor

⁸ Artículo 12 - LHMPSD.

“Únicamente podrán ser hipotecados:

- Primero. Los establecimientos mercantiles.
- Segundo. Los automóviles y otros vehículos de motor, así como los tranvías y vagones de ferrocarril, de propiedad particular.
- Tercero. Las aeronaves.
- Cuarto. La maquinaria industrial.
- Quinto. La propiedad intelectual y la industrial.

No podrán hipotecarse el derecho real de hipoteca mobiliaria ni los bienes comprendidos en los artículos cincuenta y dos, cincuenta y tres y cincuenta y cuatro”.

⁹ VALLET GOYTISOLO, J. “Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento” en Revista de Derecho Privado, Madrid, Junio 1953, p.503. En 1953, el autor ya apuntaba que la distinción entre prenda e hipoteca del CC y de la Ley Hipotecaria de 1861 “...fue fruto de una visión limitada a un determinado momento histórico..., y en el que únicamente estaban sometidos a inscripción los derechos inmobiliarios y sólo estos bienes se considerarán susceptibles de publicidad formal...”, añadiendo que “...ello fue fruto de una errónea apreciación entre lo que es permanente y sustantivo y lo que es puramente transitorio”.

¹⁰ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 13-26, p.13

¹¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. “Derechos Reales III”, volumen segundo. 2001, Madrid, España. p. 205

- De carácter accesorio, pues nacen y se extinguen en función del crédito al que sirven (art. 1857.1 CC)
- Indivisibles (art 1860 CC)
- Que quien constituya la garantía sea el propietario del bien pignorado o hipotecado, tenga la libre disposición sobre el mismo o estar legalmente autorizado al efecto (art.1857.2 y 3 CC)
- Vencida la obligación principal, son enajenables por vía judicial o extrajudicial (art. 1872 CC, para la prenda, y art. 129.2 Ley Hipotecaria¹² para la hipoteca)
- Otorgan preferencia en el cobro del crédito en relación a otros acreedores (art. 1922 CC, para la prenda, y art. 1923.3 CC para la hipoteca)

Por su parte, la anticresis es también de carácter accesorio, indivisible, y existe la posibilidad de se constituya sobre cosas de un tercero extraño. Sin embargo, se diferencia de la prenda y la hipoteca, respectivamente, en que recae sobre bienes inmuebles y porque otorga el derecho a percibir los frutos dentro de los límites legales.

2.2. La prenda tradicional. Un derecho obsoleto.

A modo de recapitulación, podemos definir la prenda como un derecho real de garantía mobiliaria, que exige en el régimen del CC el desplazamiento posesorio. Es por tanto un derecho accesorio que seguirá las vicisitudes del crédito y un derecho indivisible, subsistiendo hasta la completa extinción del crédito garantizado (salvo, naturalmente, que se dé la renuncia del acreedor).

La constitución de la prenda ordinaria en el OJ español (art. 1863 a art. 1865 CC) exige la concurrencia de una serie de elementos personales, reales y formales:

- Personales: propietario del bien, con libertad para pignorar el mismo.
- Reales: pignorar cualquier obligación (pura o condicional, suspensiva o resolutoria) (art. 1861 CC) y bienes muebles susceptibles de posesión y estén en el comercio de los hombres (art. 1864 CC).

¹² Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria

- Formales: entrega del bien pignorado al acreedor o tercero designado (art. 1863 CC). Cosa distinta es la de su eficacia contra terceros- se necesitará para ello que conste en instrumento público la certeza de su fecha (art.1865 CC).

En cuanto al contenido, -derechos y obligaciones del acreedor y deudor-, debemos resaltar:

- Derechos del acreedor pignoraticio:

- a) Derecho de retención (art. 1866.1 CC)
- b) Reembolso de los gastos hechos para la conservación de la cosa pignorada (art. 1867 CC).
- c) Percibir los intereses que produzca la prenda (art. 1868 CC).
- d) Preferencia en caso de concurrencia de créditos sobre la cosa pignorada (art. 1922.2 CC).
- e) Ejercitar acciones que competen al dueño de la cosa pignorada para reclamar o defender la cosa pignorada contra terceros (art. 1869.2 CC).
- f) Realización de la cosa pignorada cuando no se haya satisfecho su crédito oportunamente, judicialmente o extrajudicialmente.

- Obligaciones del acreedor pignoraticio:

- a) No usar la cosa pignorada sin autorización del dueño (art. 1870 CC).
- b) Cuidar de la cosa pignorada con la diligencia de un buen padre de familia, (art. 1867 CC).
- c) Restituir la cosa pignorada una vez pagada la deuda y sus intereses, con las expensas en su caso (art. 1871 CC).

- Derechos y obligaciones del constituyente:

- a) El deudor conserva sobre la prenda todos los derechos dominicales, salvo el de posesión (art. 1869.1 CC).
- b) El deudor ha de abonar los gastos hechos para la conservación de la cosa dada en prenda (art 1867 CC).

- c) Para obtener la restitución al pagarse la deuda, tendrá una acción personal que, por tanto, prescribe a los 15 años contados desde la extinción definitiva de la obligación principal.

Finalmente, la extinción de la prenda se produce cuando se extingue la obligación principal (lo accesorio sigue a lo principal), salvo previa renuncia del acreedor¹³.

El tratamiento legal que recibe la prenda en el OJ español es anticuado e inadecuado al tráfico económico. Se requiere que determinados activos dados en garantía (instrumentos financieros, materias primas, mercaderías...) puedan enajenarse o transformarse sin que la garantía desaparezca. “Precisamente la privación del bien pignorado que sufre el deudor y que constituye un elemento esencial de la prenda, determina su inadecuación a las necesidades del tráfico”¹⁴.

La prenda tradicional es pues una figura obsoleta, poco eficiente, que ralentiza el tráfico comercial al privar a deudores de la posesión y uso de sus bienes pignorados, a la par que genera unos costes de almacenaje administración, y conservación para el acreedor, que no puede disfrutar económicamente del bien¹⁵. “El ordenamiento español no está dando respuestas válidas a las necesidades del mercado económico mobiliario que se caracteriza por ser esencialmente dinámico”¹⁶.

La falta de solvencia de esta situación legislativa ha dado lugar a la aparición de prendas especiales enraizadas en el tráfico moderno. Así, nos encontramos con la prenda ómnibus, que recae sobre un conjunto de bienes; y la prenda flotante, conocida en el ámbito anglosajón como “*floating charge*”, en el derecho catalán nos encontramos con una figura similar en la prenda de máximo -que garantiza obligaciones cuyo importe se desconoce al tiempo de su constitución o incluso obligaciones futuras, pero hasta un máximo, entre ambas partes y

¹³ Artículo 1857 – Código Civil.

“Se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallare en poder del deudor”. Se trata de una presunción *iuris tantum*.

¹⁴ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 13-26, p.13

¹⁵ CARRASCO PERERA, A., traducción española de la obra de SERICK, R. “Garantías mobiliarias en el Derecho alemán. Perfiles y principios”, Madrid, 1990, pp. 15 y 30

¹⁶ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 13-26, p.23

durante un tiempo determinado. Procederemos a analizarlas con mayor detalle en el siguiente apartado.

El problema no es exclusivo del OJ español, sino que afecta a demás países herederos del sistema de garantías reales del Derecho Romano.

El derecho francés, por ejemplo, reformó su legislación con la *Ordonnance* de 2006 para hacer frente a la problemática que supone la desposesión del bien pignorado que convertía a este tipo de garantía en marginal. Como consecuencia de la reforma, la disciplina de la prenda en Francia ha experimentado cambios radicales: “ha dejado de ser un contrato real; puede gravar bienes presentes y futuros, fungibles, corporales (*gage*) e incorporales (*nantissement*), señaladamente la prenda de créditos; y, junto a la tradicional prenda de cosas muebles con desplazamiento de la posesión, se ha incorporado la *prenda registral*”¹⁷.

Por su parte, el derecho italiano ha recurrido a la figura del pacto de rotatividad como vehículo para la configuración de garantías flotantes, debiendo de constar por escrito, en dicho pacto, la fecha de otorgamiento y modo el que se individualizarán los sucesivos objetos sobre los cuales rotará la garantía. En tanto que se mantengan inalterables los valores originarios de la operación económica, dice GABRIELLI, “se mantendrá inalterable su unidad formal”¹⁸.

La legislación española trató de dar respuesta a la problemática que presentaba la prenda en nuestro OJ mediante la aparición de dos figuras: la prenda sin desplazamiento y la hipoteca mobiliaria, ambas reguladas en la citada LHMPD. Sin embargo, no se termina de superar todas las limitaciones de la prenda pues tan solo pueden constituirse prendas sin

¹⁷ ARANA DE LA FUENTE, I. “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, N.º. 2, 2012, Barcelona 2012, Pp. 1-57, p.3

¹⁸ GABRIELLI, E: Forma y Realidad en el Derecho italiano de las garantías legales. En: TARABAL BOSCH, J. (coord.) y LAUROBA LACASA, E. (dir.) “Garantías reales en escenarios de crisis: presentes y prospectiva”, The Madrid, 2012, pp. 133-148 y Autonomía privada y prenda rotativa; y en: DE CORES, C. y GABRIELLI, E. (coords.) “El nuevo derecho de las garantías reales: Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias”, editorial Reus, 2008, Madrid. <https://books.google.es/books?id=mManBQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>.

desplazamiento e hipoteca mobiliaria sobre un conjunto de bienes *numerus clausus* contemplados en dicha ley (artículos 12 y 52 a 54, respectivamente)¹⁹²⁰.

2.3. Las nuevas figuras

Tal y como señala VEIGA, “la prenda ómnibus, la prenda rotativa y la posibilidad de una prenda flotante constituyen una serie de figuras específicas sobre la prenda ordinaria, y que con una aceptación más o menos generalizada son llevadas a cabo por la práctica bancaria”²¹.

A continuación, expondremos brevemente estas figuras, y presentaremos su problemática jurídica en nuestro OJ.

¹⁹ Artículo 12 – LHMPD

Op cit

Artículo 52 – LHMPD

“Podrán constituir prenda sin desplazamiento los titulares legítimos de explotaciones agrícolas, forestales y pecuarias sobre los siguientes bienes:

1.º Los frutos pendientes y las cosechas esperadas dentro del año agrícola en que se celebre el contrato.

2.º Los frutos separados o productos de dichas explotaciones. Si no estuvieren almacenados, se determinará el lugar en que hubieren de depositarse.

3.º Los animales, así como sus crías y productos.

4.º Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones.”

Artículo 53 – LHMPD

“También podrá constituirse prenda sin desplazamiento sobre los bienes que a continuación se expresan, aunque no formen parte de las explotaciones a que se refiere el artículo anterior:

1.º Las máquinas y demás bienes muebles identificables por características propias, como marca y número de fabricación, modelo y otras análogas, que no reúnan los requisitos exigidos en el artículo 42.

2.º Las mercaderías y materias primas almacenadas.”

Artículo 54 – LHMPD

“De igual manera serán susceptibles de prenda sin desplazamiento las colecciones de objetos de valor artístico e histórico, como cuadros, esculturas, porcelanas o libros, bien en su totalidad o en parte; también podrán serlo dichos objetos, aunque no formen parte de una colección.

Podrán sujetarse a prenda sin desplazamiento los créditos y demás derechos que correspondan a los titulares de contratos, licencias, concesiones o subvenciones administrativas siempre que la Ley o el correspondiente título de constitución autoricen su enajenación a un tercero. Una vez constituida la prenda, el Registrador comunicará de oficio esta circunstancia a la Administración Pública competente mediante certificación emitida al efecto.

Los derechos de crédito, incluso los créditos futuros, siempre que no estén representados por valores y no tengan la consideración de instrumentos financieros a los efectos de lo previsto en el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública, podrán igualmente sujetarse a prenda sin desplazamiento. Para su eficaz constitución deberán inscribirse en el Registro de Bienes Muebles.”

²⁰ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit*. Pp. 13-26, p.15

²¹ VEIGA COPO, A.B. “Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”. Revista de Derecho Bancario y Bursátil, 2001 ABR-JUN; XX (82), Pp. 33-72, p.33

2.3.1. *La prenda ómnibus*

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

Se trata de una garantía en la práctica bancaria, con cláusulas del tipo «El banco tendrá un derecho de prenda sobre todos los valores y saldos propiedad del cliente que se encuentren en poder del banco, actualmente o en el futuro». Las entidades de crédito buscan, con ello, “gozar de una garantía lo suficientemente flexible y elástica que sea susceptible de abarcar todas las operaciones económicas”, si bien ello plantea la posibilidad de que dichas cláusulas sean abusivas y desproporcionadas²².

La admisión de esta figura en nuestro OJ es dudosa, en tanto que su fundamento no se encuentra en el artículo 1866 CC²³, referido al derecho de retención del acreedor pignoraticio. El apartado segundo de este artículo establece que, de contraer el deudor una segunda deuda con el mismo acreedor antes de haberse pagado la primera, el acreedor tiene la facultad de extender la garantía que sobre la primera deuda recaía a la segunda, de forma que, hasta que ambos créditos no queden satisfechos, el acreedor proroga la retención de la prenda.

En relación a la figura de la prenda ómnibus, no puede entenderse este artículo como una extensión, sin límite, del vínculo de garantía preexistente entre las partes a otros y ulteriores créditos, sino que debe aplicarse con cautela, adecuándose a la normativa sobre cláusulas abusivas –de forma que no dañe ni perjudique los intereses generales y públicos- y a las exigencias de determinación de la obligación futura garantizada.

Otra cuestión que nos hace plantearnos la duda de la admisibilidad de esta figura es su indeterminación. Nuestra legislación exige que, tanto objeto como obligación, sean

²² VEIGA COPO, A.B., *op cit.* Pp. 33-72, p.35-37

²³ Artículo 1866 – Código Civil

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

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

determinados o determinables. La prenda ómnibus, por el contrario, recae sobre bienes futuros, luego, *ab initio*, desconocemos (i) el objeto dado en garantía, y (ii) la obligación principal o crédito garantizado.

El principio de especialidad exige, para que la prenda pueda quedar constituida, determinar (i) los sujetos de la relación, (ii) el crédito garantizado, y (iii) el objeto dado en garantía. Por su parte, el principio de accesoriedad se flexibiliza en determinadas figuras, como son la hipoteca de máximo y la fianza por créditos futuros, permitiéndose la existencia de cierta indeterminación en el crédito garantizado²⁴.

Sin embargo, “futuros” no significa “indeterminados”, como bien señala GUILARTE²⁵. Se necesita una cierta concreción *ab initio*, en el momento de celebración del contrato, sobre lo que es materia del contrato, de forma que no se requiera un nuevo contrato para su determinación definitiva.

En el caso de las acciones de una sociedad, la cláusula ómnibus es válida desde el momento en que hay consentimiento. Se trata de una figura compleja que requiere, además, de la imposición –esto es, el traspaso posesorio de bienes ya concretados e individualizados–. “No se trata de una concesión en prenda de bienes futuros sino de una concesión en prenda de bienes indeterminados y determinables solamente con la misma formalidad constitutiva de la prenda (imposición)”.

Podemos, también, encontrar cláusulas extensivas donde los sujetos intervinientes son individualizados, pero no así los créditos u operaciones, que todavía son futuros. Ahora bien, se habrá de estipular en el contrato los requisitos para que estos créditos indeterminados dejen de serlo. De no concretizarse, la cláusula “o bien es nula en cuanto a la extensión (pero no en

²⁴ Para hipoteca de máximo *vid.* CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. “Tratado de los derechos de garantía”, ed. Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2008, tomo I, pp. 855 y ss.

Para la regulación con anterioridad a la Ley 41/2007, *vid.* CORDERO LOBATO, E., *La hipoteca global*, Madrid, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997.

²⁵ GUILARTE ZAPATERO, V. “Comentarios al código civil y compilaciones forales”, tomo XXIII - Artículos 1822 a 1886 del Código Civil [ALBALADEJO (Dir.)], 2ª ed., Madrid, 1990, pp. 105 y 107: “Lo mismo que puede existir obligación presente, de contenido determinado o indeterminado, también la obligación futura puede serlo determinada o indeterminadamente, sin que sea admisible confundir la futuridad con la indeterminación”.

cuanto al resto del concreto contrato de prenda), o bien es indiciaria de una especie de precontrato de prenda”.

“El derecho real de prenda solo surge cuando el crédito está determinado, no antes. En estos casos, por tanto, el crédito carece del derecho de prelación, no pudiendo considerársele privilegiado”.

2.3.2. *La prenda rotativa*

La prenda rotativa tiene su origen en las investigaciones del profesor GABRIELLI, tendientes a satisfacer las exigencias de modernización del sistema de garantías reales a las que hemos hecho referencia antes. La prenda rotativa es “aquella forma de garantía que admite la sustituibilidad y la mutabilidad en el tiempo del objeto, sin implicar, en cada oportunidad, la renovación del cumplimiento de las modalidades requeridas para la constitución de la garantía o para el surgimiento del derecho de prelación, o bien sin que diera lugar a las condiciones para la revocabilidad de la operación económica de tal modo creada”²⁶.

La prenda rotativa permite, por tanto, sustituir el objeto de la prenda, sin tener que proceder a una ejecución anticipada o nuevo contrato de prenda, en los casos en que pereciese el bien garantizado o éste sufriese una disminución de valor económico sustancial²⁷. En virtud del artículo 1129.3 CC español, el deudor deberá reponer la garantía en caso de destrucción total de la cosa, pero no así en caso de mera disminución de valor del objeto garantizado. Ello no impide que, en caso de disminución del valor, pueda estipularse en el contrato que el deudor tenga que reponer el valor de la garantía²⁸.

Las cláusulas rotativas solo se admiten si son suficientemente específicas, esto es, indican qué bienes pueden o van a ser objeto de sustitución, y cómo se procede formalmente a dicha sustitución. La clave para la sustitución del objeto dado en garantía originario por otro radica en la paridad de valor económico, es decir, es necesaria la equivalencia entre el valor del bien

²⁶ GABRIELLI, E. jurista italiano propulsor de la teoría de la prenda rotativa, con obras como “*Garanzia 'rotativa', vincoli su titoli di Stato e disciplina del pegno*”, en la *Rivista di diritto civile*, 1992, y su monografía publicada “*Sulle garanzie rotative*”, Esi ed., Nápoles, 1998.

²⁷ GABRIELLI, E. [*non vidi*] en VEIGA COPO, A.B., *op cit.* Pp. 33-72, p.44

²⁸ VEIGA COPO, A.B., *op cit.* Pp. 33-72, p.44

sustituido (excluyendo los frutos) y el valor del bien sustitutivo²⁹. Se trata de una figura que abunda en materia de acciones.

2.3.3. Las hipotecas de máximo

Las hipotecas de máximo carecen de regulación específica en nuestra legislación hipotecaria. Según la DGRN, se constituyen por una cantidad máxima, en garantía de créditos indeterminados en su existencia o cuantía, que sólo se indican en sus líneas fundamentales, y cuya indeterminación se efectúa por medios extrahipotecarios³⁰.

2.3.3.1. La hipoteca flotante (o global) (art 153 bis LH)

La hipoteca flotante es una modalidad hipotecaria introducida en la reforma hipotecaria de 2007, contemplada en el artículo 153 bis LH³¹, que permite que un único bien hipotecado garantice una o varias obligaciones o deudas, determinadas o indeterminadas, presentes y/o futuras, incluso sin conexión causal entre ellas, sin necesidad de pacto novatorio de las mismas. Basta con la expresión de su denominación y si fuera preciso, la descripción general de “los actos jurídicos básicos de los que deriven o puedan derivar en el futuro las

²⁹ VEIGA COPO, A.B., *op cit.* Pp. 33-72, p.47

³⁰ Res. DGRN 20-6-2012, Registro de la Propiedad

³¹ Artículo 153 bis - LH

También podrá constituirse hipoteca de máximo:

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

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

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

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

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

obligaciones garantizadas, la cantidad máxima de que responde la finca, el plazo de duración de la hipoteca y la forma de cálculo del saldo final líquido garantizado”³².

Esta hipoteca tiene un ámbito subjetivo limitado, en tanto que solamente puede ser admitida a favor de entidades financieras, o a favor de administraciones públicas titulares de créditos tributarios o de la Seguridad Social³³.

Fruto de esta regulación, CORDERO LOBATO señala que la hipoteca flotante supone una anticipación de la preferencia, que pone al acreedor a cubierto del riesgo de una rescisión conforme al artículo 71 LC si la hipoteca se constituyó antes de los dos años, por mucho que las obligaciones nacieran poco antes de la declaración del concurso³⁴.

Señala AZOFRA, socio de URÍA MENÉNDEZ, y probablemente el máximo exponente de la hipoteca flotante en nuestro OJ, que el elemento esencial de la hipoteca flotante es “la «indiferenciabilidad» de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, que permite al acreedor dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas”³⁵. “Además, en este tipo de productos, no hay que definir el crédito máximo, es decir, el importe máximo que vamos a necesitar, sino lo máximo que se va a poder ejecutar, es decir, el importe máximo de la garantía”³⁶.

Todavía no se ha probado toda la potencialidad de esta figura pues los años que siguen a su introducción legal a través de la Ley 41/2007 coinciden con los años de crisis financiera, periodo en el cual el crédito se ha contraído, por lo que la hipoteca flotante no ha sido

³² CORDERO LOBATO, E. “El incierto futuro de la Hipoteca Flotante. A propósito de la STS 10 septiembre 2010”, 2013 Pérez-Lorca Newsletter 11/12, pp. 1-288, p.15, en referencia al pronunciamiento de la DRN en la ya citada Res. DGRN 20-6-2012, Registro de la Propiedad
Para mayor análisis, *vid* AZOFRA VEGAS, F. “La Hipoteca Flotante”, 2015, 572 págs. Editorial: S.L. – DYKINSON.

³³ BUFET MONTAYA, “Las hipotecas especiales”, Lleida 2014.

³⁴ CORDERO LOBATO, E. “El incierto futuro de la Hipoteca Flotante...”, *op cit*. Pp. 15-18, p.17. En la STS 10 septiembre 2010, sin embargo, al tratarse de un caso anterior a la redacción del art. 153 bis LH, el TS mantuvo la validez del título constitutivo de la hipoteca, pero sostuvo la ineficacia de la liquidación efectuada por el acreedor, por tratarse de un acto de disposición afectado por la retroacción de la quiebra.

³⁵ AZOFRA VEGAS, F. “Hipotecas flotantes”, RCDI n.º 707, mayo-junio 2008, p. 1.182.

³⁶ SANZ, E. “¿Hipotecas flotantes? El producto que salvó de la quiebra a cientos de empresas”, 2015, http://www.elconfidencial.com/vivienda/2015-04-24/hipotecas-flotantes-el-producto-que-salvo-de-la-quiebra-a-cientos-de-empresas_764713/

abiertamente utilizada como garantía en nuevas operaciones bancarias, pero sí en el contexto de las refinanciaciones de deuda tan habituales desde finales de 2008 hasta la actualidad³⁷.

2.3.3.2. *La hipoteca en garantía de cuentas corrientes de crédito (art 153 LH)*

Esta modalidad de garantía constituye el segundo supuesto típico de garantía hipotecaria de una obligación futura. Se trata de una figura relativamente frecuente en la práctica, regulada en el art. 153 LH.

Se constituye en seguridad del saldo definitivo resultante de la liquidación de apertura de crédito en cuenta corriente —un contrato consensual en virtud del cual una de las partes (generalmente, una entidad de crédito) «se obliga por tiempo fijo y cantidad máxima, a poner a disposición de la otra una suma de dinero, de la cual ésta podrá disponer de una vez o en fracciones, ya directamente, ya mediante operaciones que permitan obtenerlo, con facultad de reembolso a voluntad durante el tiempo prefijado, y de volver a disponer de él nuevamente, y así sucesivamente, procediéndose, una vez transcurrido dicho plazo, a la liquidación de la cuenta, al objeto de determinar el saldo definitivo a restituir, si lo hay»³⁸.

Por tanto, como el saldo no se puede determinar al momento de la constitución de la hipoteca, la hipoteca sólo garantizará el límite máximo que se fije inicialmente³⁹.

Según la sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 21 de junio de 2012, la diferencia entre la hipoteca en garantía de un saldo de una cuenta corriente de apertura de crédito (art. 153 LH) y la hipoteca flotante (art. 153 bis), está en la pérdida de la individualización de las obligaciones en el caso de la primera. “Cuando hay una garantía de un crédito, las operaciones pierden su individualidad cuando son cargadas en la cuenta, y se entienden novadas. Por ello, se entiende que la nueva obligación resultante es el saldo que

³⁷ AZOFRA VEIGAS, F. (dir. DÍAZ RUIZ, E. y CUENA CASAS, M.) “Tesis doctoral: La Hipoteca flotante”, Madrid, 2015, pp. 1-674, p. 20. <http://eprints.ucm.es/28090/1/T35651.pdf>

³⁸ ALVYDA USINSKAITE, A. (dir. CUENA CASAS, M.) “Garantía hipotecaria de obligaciones futuras: principios clásicos y formas contractuales modernas”, Madrid 2011. Sobre la Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002\117462)

³⁹ BUFET MONTAYA, *op cit.*

figura en la cuenta. La hipoteca flotante en cambio, asegura varias obligaciones mediante una única hipoteca sin necesidad de pacto novatorio”⁴⁰.

2.3.3.3. La hipoteca en garantía de obligaciones futuras (art 142 LH)

Esta modalidad de hipoteca garantiza obligaciones todavía no existentes, pero en las que exista una cierta seguridad o posibilidad fundada de que la obligación llegará a nacer. Deberá hacerse constar en el Registro de la propiedad, el carácter futuro o la condición suspensiva.

Mientras que la obligación no se contraiga, la hipoteca será un derecho real existente, pero en fase de pendencia. Si la obligación llega a contraerse, dicha hipoteca surtirá efectos contra tercero, desde su inscripción. Si la obligación no se cumpliera, el derecho de hipoteca alcanzará eficacia a efectos de ejecución.

La especialidad de ésta clase de hipoteca reside en la posibilidad de inscribir la contratación de la obligación futura mediante nota marginal (Art. 143 LH). Esta anotación está prevista solamente para esta clase de hipoteca de máximo.

Si diferencia de las garantías flotantes del art 153 bis LH, además de en la anotación marginal, en que precisa mayor determinación, así como en la fuente de las obligaciones. En las garantías del 142 LH, la fuente de las obligaciones es única y perfectamente determinada, sin que se trate de pluralidad de actos básicos (a la que se refiere el art 153 bis LH)⁴¹.

2.3.4. La prenda flotante en el Código Civil de Cataluña

La prenda flotante ha sido exclusivamente regulada en nuestra nación en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

La regulación de los derechos reales de garantía en Cataluña se contempla en las siguientes leyes⁴²:

⁴⁰ BUFET MONTAYA, *op cit.*

⁴¹ BUFET MONTAYA, *op cit.*

⁴² Para mayor profundización, *vid.* los trabajos explicativos en la materia de BARRADA ORELLANA, R. “Las garantías mobiliarias en el Derecho Civil de Cataluña”, Valencia, Tirant lo Blanch-Universitat Rovira i Virgili, 2005; CAMPO VILLEGAS, E. «En torno a la Ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble», en: La Notaria, 1996, núms. 7-8, págs. 93-134; y CARRASCO PERERA, A., y CARRETERO GARCÍA, A. «El

- i. la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble (LGPSCM), que regula la prenda y también el derecho de retención de forma innovadora, de manera unitaria y dándole naturaleza de derecho real.
- ii. la Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía (LDRG), que introdujo el derecho de retención sobre inmuebles, junto con la anticresis y, por último,
- iii. el Libro Quinto del Código Civil catalán (CCCat), relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo, que agrupa las figuras mencionadas además de la hipoteca.

La prenda flotante en la legislación catalana, también denominada prenda global u ómnibus, se contemplaba en el artículo 9.3 LGPSCM y 13.3 de la LDRG, pero actualmente está derogada. La prenda flotante era una “modalidad de prenda caracterizada por varias obligaciones ya contraídas o por contraer de forma simultánea o sucesiva entre el mismo deudor y el mismo acreedor, durante un período de tiempo y por una cuantía máxima convenidos”⁴³.

Los requisitos que la Ley exigía para su constitución son⁴⁴:

- que todas las obligaciones garantizadas tengan el mismo deudor y acreedor
- que se determine el periodo máximo de tiempo dentro del cual tales obligaciones hayan de constituirse.
- que se fije un límite máximo de responsabilidad ante la indeterminación de la cuantía de las obligaciones garantizadas⁴⁵.

derecho de prenda en la Ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía», en: Revista jurídica de Catalunya, ISSN 1575-0078, Vol. 102, Nº 4, 2003, págs. 973-1009

⁴³ DEL POZO CARRASCOSA P. “Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias”, edición nº1, Editorial LA LEY, Madrid, Marzo 2013, pp. 205-240, “Los derechos reales de garantía en el Código Civil de Cataluña (1)”, p. 208.

⁴⁴ MARSAL GUILLAMET, J. “Garantías reales mobiliarias en Europa”, 2006, págs. 355-366, *La prenda flotante: un término polisémico*, p. 357; y CARRASCO PERERA, A. “La prenda. El Codi Civil Catalán” en “Derecho Civil catalán: El Derecho Patrimonial catalán (Libro V del CCC)”, pp. 143-167, <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro162/lib162-2c.pdf>.

⁴⁵ MARSAL GUILLAMET, J., *op cit.* Pp. 355-366, p.359; GIMENEZ DUART, T. “Consideraciones en torno a la Ley catalana 22/1991, de garantías possessòries sobre cosa moble, y a sus implicaciones con el Código civil”, Valencia, UdG-Titant lo Blanch, 2000, pp. 397 ss., p. 414; VEIGA COPO, A.B., *op cit.* Pp. 33-72, p.37, niega que el pignus gordiano (art 1866 CC) sea un caso de prenda flotante.

“La doctrina entiende que, una vez nacidas las obligaciones garantizadas, la eficacia de la prenda se produce desde su constitución, por lo que será oponible a acreedores de obligaciones que nazcan entre la constitución de la prenda y el nacimiento de la obligación garantizada”⁴⁶.

En opinión de DEL POZO CARRASCOSA, “no existe ninguna justificación a la eliminación de la prenda flotante en el CCCat, sobre todo si tenemos en cuenta que tanto la doctrina como los profesionales del Derecho habían aplaudido la regulación de esta figura en el Derecho Civil de Cataluña ya desde la LGPSCM”⁴⁷.

Este autor señala también que “dado que la prenda flotante no está expresamente prohibida en el Derecho Civil de Cataluña, ni infringe ninguna de sus normas imperativas, es perfectamente lícito utilizar tal figura en el tráfico jurídico y siguiendo los mismos criterios que el formalmente derogado art. 13.3 LDRG”. “Existe, además, un argumento adicional para la consideración de la prenda flotante como una figura no prohibida: nos lo brinda el art. 569-15.1 CCCat, según el cual una cosa dada en prenda puede volver a ser pignorada, siempre que lo sea entre el mismo deudor y el mismo acreedor. Es decir, es posible que el mismo bien pignorado garantice una pluralidad de obligaciones (igual que en el caso de la prenda flotante) entre las mismas personas, pero con el requisito de constituir la prenda, específicamente, para cada una de estas obligaciones. En el tráfico jurídico, para llegar al mismo resultado, la prenda flotante resulta mucho más simple, cómoda y operativa que el sistema del art. 569-15.1 CCCat, pues evita tener que constituir la prenda cada vez que se requiera garantizar una obligación entre los mismos acreedor y deudor”⁴⁸.

Otra parte de la doctrina, sin embargo, se posiciona a favor de la prohibición de uso de esta figura. Así, HERNÁNDEZ señala que “Es una realidad que las prendas flotantes generan no

⁴⁶ CARRASCO PERERA, A. y CARRETERO GARCÍA, A. *op cit.*, págs. 973-1009

⁴⁷ DEL POZO CARRASCOSA, P., *op cit.* Pp. 205-240, p.209

⁴⁸ DEL POZO CARRASCOSA, P., *op cit.* Pp. 205-240, p.209

Vid. también los comentarios a los artículos 569-1 a 569-26, en DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, GINER GARGALLO, A. (dir.): “Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña”, tomo III, Barcelona, Registradors de Catalunya-Bosch, 2008, págs. 1.772 a 1915, a cargo de diferentes autores.

pocos problemas asociados a su fase de ejecución, lo que a mi juicio pretende evitar el legislador catalán al prohibir la creación de gravámenes sucesivos”.

“Sea como fuere, me permito sugerir que si se opta por la prenda flotante, sería conveniente la celebración de un pacto entre los acreedores pignoratícios para abordar los problemas asociados a su ejecución y, sobre todo y si ello fuera posible, pactar un posible *cross default* entre las distintas obligaciones garantizadas con objeto de poder ejecutar la prenda de una sola vez por todos los acreedores, y evitar así los avatares de una posible ejecución parcial”⁴⁹.

2.3.5. *La prenda de bienes fungibles en el Código Civil de Cataluña*

Un bien fungible es aquel del que no puede hacerse un uso adecuado según su naturaleza sin que se consuma (por ejemplo, el dinero). La prenda de bienes fungibles es aquella prenda, regular, en la que flota o fluctúa el objeto de la prenda. «Esto significa la posibilidad de sustituir la totalidad o una parte de las cosas dadas en prenda por otras de la misma especie y calidad»⁵⁰.

En una cartera de valores, la fungibilidad de la prenda se fundamenta exclusivamente en el valor económico de su cotización, considerando fungibles “bienes que objetivamente no lo son, porque los valores sustitutos y los sustituidos no tienen que pertenecer a la misma emisión que es el concepto de fungibilidad en materia de valores mobiliarios”⁵¹.

⁴⁹ HERNÁNDEZ, J. “Las prendas posesorias de rango sucesivo: una mirada a la prohibición de prendas sucesivas del derecho civil catalán”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 30-2011, pp. 28-38, p. 37

⁵⁰ Preámbulo III.3 de la Ley 22/1991 (LGPSCM)

En relación a la fungibilidad, ésta es asimétrica (*ex conventione*) en la medida en que se predica únicamente del deudor pignorante, facultado para sustituir los valores gravados.

Así lo señala MARSAL GUILLAMET, J., *op cit.* Pp. 355-366, p.361; en M^a Elena LAUROBA LACASA, «*Els drets reals de garantia*», en F. BADOSA COLL (coord.), *Compendi de Dret civil català*, Madrid-Barcelona, Marcial Pons, 1999, p.239: «*De fet, estem davant del que podríem anomenar una fungibilitat asimètrica ex conventione. El caràcter natural o convencionalment fungible de l'objecte no altera la posició del creditor (ell ho posseeix com si fos infungible); per contra, el deutor pot actuar la substitució emparant-se en la irrellevància de l'objecte en si mateix, sempre que en el seu lloc proveeixi un altre de la mateixa espècie y qualitat (fungible), ergo del mateix valor*». Abunda sobre ello en «Notes sobre la fungibilitat de la penyora a l'ordenament civil català», *La Notaría*, 11-12, 2001 pp. 356 ss., esp. p. 367.

⁵¹ MARSAL GUILLAMET, J., *op cit.* Pp. 355-366, p.361; en LAUROBA LACASA, E. «Notes sobre la fungibilitat...», *op cit.*, pp. 356 ss, p. 370: «*es tracta d'una substituïbilitat que opera mitjançant criteris estrictament econòmics – dintre de la categoria valors – i en que la qualificació de fungibles obeeix a la possibilitat que atorga el legislador de substituir uns per altres, sense que l'exigència de la mateixa espècie y qualitat (art 12.1) es prediqui stricto sensu*».

La sustitución del objeto de garantía será oponible frente a terceros desde la fecha originaria de constitución de la prenda⁵².

En el ámbito de las prendas sobre bienes fungibles destacan las garantías financieras, reguladas en el RD-ley 5/2005, de 11 de marzo, con el que se traspone al OJ español la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera.

2.4. Jurisprudencia sobre garantías flotantes, o sobre bienes indeterminados o futuros

La mayor parte de la jurisprudencia en esta materia se encuentra vinculada a las garantías financieras otorgadas como respaldo del pago de préstamos concedidos por bancos y entidades de crédito: hipoteca flotante, hipoteca de máximo, hipoteca en garantía de cuenta corriente, crédito abierto, prendas sobre créditos futuros o bienes todavía indeterminados, etcétera.

Destacamos la reciente Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de la Sala de lo Civil, núm. 180/2017 de 13 de marzo de 2017, relativa al recurso interpuesto por la Agencia Estatal de Administración Tributaria (AEAT) contra el Real Club Deportivo de la Coruña S.A.D. (RCDC) sobre la calificación como crédito privilegiado especial o no de un crédito concursal garantizado con prenda sobre créditos futuros (derecho de traspaso de futbolistas) que ostentaba la AEAT, al ser declarado en concurso (voluntario) el RCDC el 11 de enero de 2013⁵³.

Añade también DIAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S., «Reformas urgentes para el impulso de la productividad: importantes reformas y algunas lagunas», *La Ley*, 6240 (27 de abril de 2005) (2005-2, pp. 1908-1920), que este concepto restringido de fungibilidad hace perder todo el sentido al derecho de sustitución: «por tal razón, el derecho de sustitución tal y como aparece regulado en el Real Decreto-Ley ha perdido toda su virtualidad y razón de ser».

⁵² MARSAL GUILLAMET, J., *op cit.* Pp. 355-366, p.361: “para las garantías financieras, el art. 9.4 RD-ley 5/2005 establece que el objeto que reemplaza el originario será «el tratado con si hubiera sido aportado en el momento en que se aportó el objeto inicial»”.

⁵³ La LC distingue entre concurso voluntario (solicitado por el deudor) y necesario (solicitado por cualquier acreedor u otro legitimado). En el primer caso, no es suficiente con que alegue que se encuentra en un estado de insolvencia, sino que además la ley exige que justifique su endeudamiento y su estado de insolvencia, que podrá ser actual o inminente (art. 2.3 LC). En el caso de concurso necesario, el acreedor en cuestión tendrá que alegar y la concurrencia de algún hecho externo que la ley considera como presuntos reveladores de la insolvencia específicamente enumerados en el art. 2.4 LC.

En la STS núm. 180/2017 de 13/03/17, la AEAT formula casación ante el Tribunal Supremo (TS) solicitando que éste fije jurisprudencia sobre la interpretación de los tres incisos del artículo 90.1.6 de la Ley Concursal (LC⁵⁴) respecto de la calificación como créditos con privilegio especial de aquellos que estén garantizados con prenda sobre créditos futuros⁵⁵.

El RCDC formula sus alegaciones en su oposición, cuyo escrito se basaba en que no solo la relación jurídica debía ser preexistente a la declaración de concurso, sino que también debía serlo el crédito sobre el que recayera la pignoración. Sin embargo, la Sala del TS casa a favor de la AEAT, estimando el recurso, señalando que ya se pronunció sobre la cuestión objeto del recurso en la sentencia 186/2016, de 18 de marzo⁵⁶, y reconociendo el carácter de privilegio especial de los créditos en cuestión. El TS considera que los créditos tributarios (de la AEAT) frente a la entidad concursada (RCDC) que estaban garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivaban de contratos concertados o de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración

⁵⁴ Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal

Artículo 90 – Créditos con privilegio especial

1. Son créditos con privilegio especial:

6.º Los créditos garantizados con prenda constituida en documento público, sobre los bienes o derechos pignorados que estén en posesión del acreedor o de un tercero. Si se tratare de prenda de créditos, bastará con que conste en documento con fecha fehaciente para gozar de privilegio sobre los créditos pignorados.

Los créditos garantizados con prenda constituida sobre créditos futuros sólo gozarán de privilegio especial cuando concurren los siguientes requisitos antes de la declaración de concurso:

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

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

c) Que, en el caso de créditos derivados de la resolución de contratos de concesión de obras o de gestión de servicios públicos, cumplan, además, con lo exigido en el artículo 261.3 del texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre.

⁵⁵ La AEAT formula dos motivos principales, estrechamente vinculados, en su escrito de casación:

Primer motivo. «El interés casacional consiste en que, esa ilustre Sala, fije jurisprudencia sobre la interpretación conforme a Derecho de los tres incisos del artículo 90.1.6 de la LC respecto de la calificación como créditos con privilegio especial de aquellos que estén garantizados con prenda sobre créditos futuros»

Segundo motivo. «Se interesa la fijación de la jurisprudencia del Tribunal Supremo que declare la calificación como privilegios especiales de los créditos concursales garantizados con prenda sobre créditos futuros y que, los créditos que, siendo objeto de la prenda, nazcan después de la declaración del concurso nacen desde ese mismo instante a efectos del derecho real de prenda que los grava».

⁵⁶ STS Sala 1ª, de 18 marzo 2016 - Fundamento de Derecho SEGUNDO, apartado 5 “Si se admite la validez de la cesión de créditos futuros y su relevancia dentro del concurso de acreedores, siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente del crédito futuro objeto de la cesión anticipada, bajo las mismas condiciones deberíamos reconocer el privilegio especial del art. 90.1.6º LC a la prenda de créditos futuros: siempre que al tiempo de la declaración de concurso ya se hubiera celebrado el contrato o estuviese ya constituida la relación jurídica fuente de los créditos futuros pignorados”

del concurso, son resistentes a este y otorgan a los mismos la calificación de créditos con privilegio especial, aunque el crédito pignorado haya nacido tras la declaración de concurso⁵⁷.

3. EL DERECHO DE PROPIEDAD Y LAS GARANTÍAS LEGALES EN EL ORDENAMIENTO INGLÉS

Antes de adentrarnos en el estudio de la *floating charge*, queremos hacer una breve reseña al derecho de propiedad (*property right*) en el ámbito del *common law*. Fundado en raíces históricas, el *common law* distingue entre:

- *Real property*: Derecho de propiedad que recae sobre bienes inmuebles
- *Personal property*: Derecho de propiedad que recae sobre bienes muebles, categoría definida por exclusión (“es propiedad personal aquella que no es propiedad real”)

El *personal property* distingue a su vez entre *chattel real*, que es el derecho de arrendamiento de bienes, y el *chattel personal*, que se define como categoría por exclusión. El *chattel personal* puede subdividirse en *choses (or things) in possession* y *choses in action*, debiendo incluirse todas las cosas muebles en una de éstas. Concretamente,

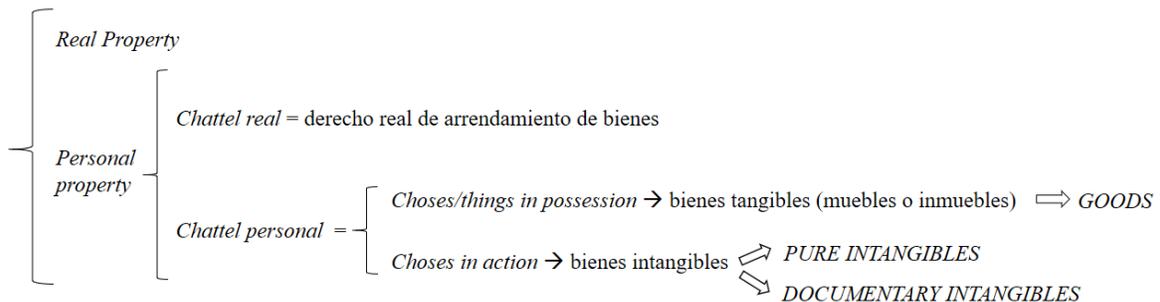
- Los *choses in possession* otorga el derecho a una posesión exclusiva respecto de cosas físicas, materiales (bienes tangibles, susceptibles de ser trasladados, susceptibles de apropiación, visibles).
Cuando tales bienes son el objeto de un contrato, en especial, de compraventa, reciben el nombre de *goods*.
- Los *choses in action* recaen sobre distintos tipos de bienes intangibles o incorporeales que no son susceptibles de posesión. Históricamente el *common law* consideraba imposible transmitir los *choses in action* a terceros, pero la *equity* cambió este

⁵⁷ STS Sala 1ª de 13 marzo 2017 - Fundamento de Derecho TERCERO, apartado 5 “La consecuencia de lo expuesto es que los créditos de que era titular la AEAT frente al Deportivo de la Coruña que estaban garantizados con una prenda de créditos futuros no existentes en el momento de declararse el concurso, pero que derivaban de contratos concertados o de relaciones jurídicas existentes antes de la declaración del concurso, han de considerarse resistentes a este y otorgan a tales créditos la calificación de créditos con privilegio especial, aunque el crédito pignorado haya nacido tras la declaración de concurso”.

planteamiento permitiendo que se pudiesen configurar derechos de propiedad sobre bienes intangibles y, consecuentemente, transmisibles a terceros⁵⁸. Los *choses in action* se subdividen en:

- *Pure intangibles* (bienes puramente intangibles): bienes con valor económico que pueden ser objeto de disposición en favor de terceros, tanto mediante un contrato de compraventa como dándolos en garantía de un préstamo, como, por ejemplo, el derecho de crédito, las acciones, o el *copyright*.
- *Documentary intangibles* (documentos intangibles): aquellos bienes que adquieren una concreción a través del documento al cual se incorpora que tiene una naturaleza tangible), de forma que documento y derecho forman un todo⁵⁹.

A continuación, ilustramos estos conceptos relativos al *property right* en el *common law* en el siguiente esquema:



⁵⁸ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.31: Como señala WORTHINGTON, S. en “*Equity*”, Oxford 2006, pp.6 y 60, “esta sustancial transformación del régimen jurídico aplicable a los bienes intangibles no es sino el reflejo de la especial sensibilidad de la equidad a los cambios sociales y a la percepción económica de que esta categoría de bienes muebles son una indudable fuente de riqueza”. “Esa adaptación de sus normas a la nueva realidad se produjo posteriormente y no a través de la actuación de los jueces, sino mediante *statutes* (vía legal), concretamente, *The Law Property Act de 1925*”.

⁵⁹ MC KENDRIC, E. “*Goode on Commercial Law*”, Londres 2010, p.52. “*the debt or other obligation is considered in law to be locked up in a document*” (vid. SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.29). SMITH, L. “*Real Security over Moveables*”. En: “*Chapter 5: Security*”, pp. 307 y ss. *English Private Law*, BURROWS (editor), Oxford 2013: “*Documentary intangibles are where the document embodies a right*”, lo que conduce a:

- 1 - La entrega del documento mediante el endoso
- 2 - Mientras el documento permanece vigente no existe el derecho a demandar el cumplimiento de la obligación incorporada al documento
- 3 - Si el deudor ofrece el cumplimiento de la obligación al poseedor del documento, éste quedará liberado. (vid. SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.30).

A fin de familiarizarnos con la terminología inglesa en materia de derechos reales de garantía, éstos reciben el nombre de *security interest* en el sistema anglosajón, y, al igual que el *civil law*, se trata de derechos accesorios que tienen como objeto asegurar el cumplimiento una obligación. Cabe destacar que éstos solo comprenden los tres siguientes: *mortgage* (hipoteca), *pledge* (prenda) y *common law liens* (derecho de retención). Este último surge por decisión de la ley en determinados supuestos, mientras que la *mortgage* y la *pledge* nacen por acuerdo de las partes⁶⁰.

Estas tres figuras recaen sobre bienes muebles, y exigen el desplazamiento de la posesión (o entrega de la propiedad en el caso de la *mortgage*), por lo que reciben el nombre de *possessory security interests*. La *equity* creó nuevas figuras de garantía mobiliaria como las *equitable charges* (dentro de la categoría de *non-possessory security interests*), que no exigen el desplazamiento de la posesión (o cesión de la propiedad) del bien, pero mantienen su eficacia frente a terceros. Estas figuras en el *common law* cuenta ya con una larga tradición jurídica, demostrando su adecuación a las necesidades del mercado⁶¹.

Destacan, entre los *non-possessory security interest*, la *chattel mortgage* (hipoteca sobre bienes muebles) y el *charge*, (sobre bienes muebles o inmuebles). Mientras que *chattel mortgage* y la *charge* sobre bien inmueble pueden tener origen legal o en la equidad, la *charge* sobre bien mueble solo puede surgir de la equidad⁶².

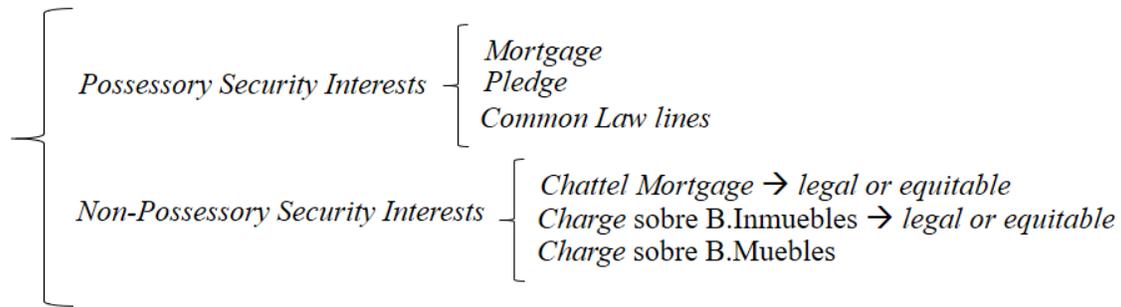
Tanto la parte activa como la parte pasiva se vieron beneficiadas por la posibilidad de constituir *charges*. El derecho de crédito gozaba de una fuerte protección que permite al acreedor hacer efectivo su crédito con preferencia al resto de acreedores, mientras que el deudor retiene la posesión del bien, por lo que puede seguir utilizándolo⁶³.

⁶⁰ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 13-26, p.25

⁶¹ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.29

⁶² BRIDGE, M.: *Introduction*. En: “*The Law of Security and the Title-Based Financing*”, 2ª edición, Oxford 2012, p.10; GULLIFER, L.: “*Goode and Legal Problems of Credit and Security*”, 5ª edición, Londres 2013, pp. 31 y ss.; SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.35; SHEEHAN, D. “*The Principles of Personal Property Law*”, Oxford 2011, p. 298; SMITH, L. *op cit.* pp. 332 y ss.; y WORTHINGTON, S.: *Security Interest*. En: *The Law of Personal Property*, Londres 2013, p. 146.

⁶³ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42 p.29



3.1. La figura del charge

“El *charge* es un derecho real de garantía que surge por acuerdo entre el acreedor (*chargee*) y el deudor (*chargor*) en virtud de cual un bien concreto, o una categoría de bienes quedan sujetos a la satisfacción de un derecho de crédito, sin que eso conlleve la transmisión de la propiedad o posesión del bien”⁶⁴.

Existen dos tipos de *charge*: el *fixed charge* y la *floating charge*. *Fixed charges* son los *charges* que se mantienen contra algunos activos tangibles especificados. Estos activos actúan como garantía del préstamo y la empresa no está autorizada a venderlos o intercambiarlos con un tercero. De hacerlo, adquirirá el bien gravado, salvo que acredite haber actuado de buena fe⁶⁵.

Este charge implica un alto nivel de protección para el acreedor, ya que permite al acreedor asociar el crédito ofrecido a un activo tangible específico en la empresa. También obliga al deudor a mantener el activo sin venderlo hasta el cumplimiento del contrato, garantizando así una garantía en forma fija, estable⁶⁶.

Por último, señalar que este tipo de *charge* tiene un alto nivel de prioridad en la ley de insolvencia inglesa y es la forma más utilizada de *charge* para la mayoría de los acuerdos que involucran valores.

⁶⁴ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42 p.36

⁶⁵ “*Fixed And Floating Charges In United Kingdom Commercial Law Essay*”, Noviembre 2013, Law Teacher, Nottingham, Reino Unido, pp. 1-13, p. 1. <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/commercial-law/fixd-and-floating-charges-in-united-kingdom-commercial-law-essay.php?cref=1>

⁶⁶ “*Fixed And Floating Charges...*”, Law Teacher, *op cit.* Pp. 1-13 p.1

Por el contrario, la *floating charge* recae sobre bienes que todavía no están concretados, sino que recae sobre el conjunto de bienes del que el deudor es propietario. El deudor puede enajenar los mismos *en el ordinario curso de sus negocios* (OCN), pero esta libertad se extingue en el momento en que el deudor es declarado insolvente o cesa voluntariamente en su actividad empresarial. Tal momento es conocido como la cristalización (*crystallization*), y pueden establecerse acontecimientos adicionales que provoquen la cristalización de la *floating charge* en el contrato⁶⁷.

El poder de disposición habrá de hacerse *en el OCN*⁶⁸, pues la empresa no está autorizada a vender la propiedad hasta un punto de agotamiento donde no tiene más activos tangibles. Si esto sucediera, el acreedor podría demandar a la compañía y estará autorizado a elegir algunos entre los activos propiedad de la empresa y tomarlos en posesión como cargo por el préstamo. Por lo tanto, en esta forma de *charge*, no hay ningún activo específico que se utiliza como garantía y la empresa puede perder cualquiera de sus bienes en caso de incumplimiento: el contrato es vinculante para cualquiera de los bienes de la empresa. La importancia de determinar el "curso ordinario de los negocios" es que un tercero que adquiere un interés en el activo garantizado en el ámbito del curso ordinario de los negocios tendrá prioridad sobre el titular de la *floating charge*⁶⁹.

En caso de incumplimiento, la cristalización convierte la *floating charge* en *fixed*, y la garantía pasa a recaer sobre activos específicos de la empresa que la empresa no puede vender. Esta carga implica un bajo nivel de protección para el acreedor, ya que no permite al acreedor asociar el crédito ofrecido a un activo tangible específico en la empresa. Conlleva, además, un bajo nivel de prioridad en la ley de insolvencia inglesa, ya que se atiende después del pago de los *fixed charges*. Por ello, no suele utilizarse para la mayoría de los contratos

⁶⁷ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.37

⁶⁸ "Floating Charge And Priority Commercial Law Essay", Noviembre 2013, Law Teacher, Nottingham, Reino Unido, pp. 1-8, p. 2. <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/commercial-law/floating-charge-and-priority-commercial-law-essay.php?cref=1>. El artículo señala que "*the ordinary course of business has been widely interpreted by the courts, the ordinary course of business was summarised by the "business people would be expected to give them" [7], "not embrace a transaction for the preservation and continuation of a company's business" [8]*"

⁶⁹ "Floating Charge And Priority...", Law Teacher, *op cit.* Pp. 1-8 p.3: "*The importance of determining the "ordinary course of business", is that a third party who acquires an interest in the charged asset under the realm of ordinary course of business shall have priority over the floating charge holder*".

que impliquen cargos por insolvencia. Sin embargo, es muy comúnmente utilizado en los cargos de no insolvencia⁷⁰.

3.2. La figura de la floating charge

Llegado un punto, en el siglo XIX, las *equitable charges* resultaron insuficientes para el desarrollo comercial e industrial, pues:

- La mayoría de los activos estaban representados por maquinaria, mercancías o materia prima, es decir, bienes que se encontraban en constante cambio, y el Derecho inglés en aquel momento solo permitía gravar bienes que estuviesen en el patrimonio del deudor y que estuviesen claramente identificados.
- La imposibilidad del deudor de disponer de los bienes gravados obstaculizaba la continuación de la actividad empresarial, pues obligaba al deudor a pedir autorización al acreedor cada vez que quería enajenar un bien⁷¹.

La equidad, nuevamente, modernizó el régimen de la propiedad solventando estas problemáticas a través de la creación de una nueva figura: la *floating charge*⁷².

3.3. La creación del charge

El *charge* tiene siempre un origen consensual, no obstante, no basta el mero acuerdo de las partes, sino que se precisa la concurrencia de los siguientes requisitos:

⁷⁰ WESTBROOK, J., BOOTH, C., PAULUS, C., y RAJAK, H. “A Global View of Business Insolvency Systems”, 2010, Leiden & Boston: The World Bank & Martinus Nijhoff.

⁷¹ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.32

⁷² “*Floating Charge And Priority...*”, Law Teacher, *op cit.* Pp. 1-8 p.1. El artículo recoge que la aparición de activos de carácter transitorio y circulante en la actividad empresarial (materias primas, existencias, obras en curso, etcétera), genera una nueva garantía que habrá de cubrir, también, estos valores futuros y, en consecuencia, sólo se podrán identificar genéricamente por referencia a una clase. Añade, también, que no es factible, ni práctico, para el financiero solicitar autorización cada vez que quiera disponer de los bienes. En este contexto nace el concepto de la *floating charge*.

“*These assets – raw materials, work in progress, stock-in-trade and, above all, book debts – were different in nature from land or other assets that had traditionally been offered by way of security, in that they were transitory in nature and circulated in the course of carrying on the business. The new security had to cover future assets as well as present assets and accordingly could only be identified generically by reference to a class, and because they were dealt with in the course of the company’s business it was not practicable for the financier to be involved in these dealings; critically, it was not practicable for the financier to execute a release on each occasion that goods were sold or a book debt was collected. It is against this background that the judges invented the concept of a floating charge*”.

1. Intención, no bastando el mero acuerdo
2. Bien determinado o determinable, tangible o intangible, presente o futuro
3. Deudor propietario o con derecho a gravar el bien mediante *float*
4. Que sea accesorio
5. Que se pueda condicionar

Sobre la intención, se admite que sea explícita o implícita, siendo el caso más famoso *Swiss Bank v Lloyds Bank [1982]*. Pero, en cualquier caso, el mero acuerdo no bastará, pues éste constituye una obligación y no un derecho real, por lo que deberá consolidarse mediante escritura o entrega de la posesión. Este criterio se ha flexibilizado, permitiéndose la creación de un derecho de garantía cuando exista intención evidente y la *consideration* (contraprestación) se haya cumplido.⁷³

Sobre el tipo de bien, en general, se admite cualquier bien que tenga las cualidades de identificable y transmisible, pese a existir determinadas categorías de bienes que quedan excluidos por diversas razones⁷⁴.

La admisión de la *floating charge* sobre bienes futuros se produjo a raíz del caso *Holroyd v. Marshall [1962]*, en el cual se planteó la posibilidad de sustituir el bien dado en garantía – una máquina de un molino– por otra nueva. El tribunal consideró que la mera adquisición, sin necesidad de ningún otro acuerdo posterior, era suficiente para entender nacido el derecho del acreedor sobre el bien o conjunto de bienes todavía no adquiridos por el deudor.

La problemática que surge acerca del momento concreto en que el acreedor adquiere un derecho real sobre un bien futuro, ha generado posturas partidarias de que la mera adquisición sea suficiente para entender nacido el derecho, mientras que otras defienden que éste no puede nacer hasta que el deudor no haya adquirido dichos bienes futuros y deviene titular de

⁷³ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 43-50, p.44: “Dicho acuerdo no será obligatorio a menos que incluya una *consideration* y cumpla con todas las formalidades necesarias”. Según SEALY L.S. y HOOLY, R.J.A., “*Commercial Law. Text, Cases and Materials*”, Oxford 2009, pp. 1084-1085, y WORTHINGTON S., “*Acquisition of Equitable Interest by Consent*”. En: *The Law of Personal Property*, p.422: “las promesas son obligatorias sólo cuando están basadas en una contraprestación o promesa de dar o hacer algo”. Debe existir pues reciprocidad. GULLIFER, L. *op cit.* señala que “*the essential point is that there must be an agreement for security*”.

⁷⁴ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 43-50, p.46

los mismos. La doctrina se ha pronunciado entendiendo que el acreedor tiene algo más que un puro derecho personal: un derecho real de garantía incompleto.

Sobre la propiedad del bien, el deudor habrá de ser propietario del mismo o, cuanto menos, tener algún derecho sobre el mismo que le permita gravarlo con esta modalidad de garantía, como puede ser la posición que ostenta el arrendatario del bien (*possessory interest*), figura no admitida en Derecho español. Si dicho bien todavía no se encuentra en el patrimonio del deudor, el derecho no surgirá hasta que la cosa no se adquiera de forma efectiva⁷⁵.

La accesoriadad de la *floating charge* implica que la extinción de la obligación principal conlleva la extinción de la garantía, pero ello no significa que deban surgir de forma coetánea.

Finalmente, sobre la *conditional securities* (o sometimiento del contrato a condición), el derecho real no nace hasta que se cumpla la condición, -cualquier condición-, que hace surtir efecto al contrato.

3.4. Notas distintivas de la floating charge

La *floating charge* puede recaer sobre bienes presentes o futuros, y no exige autorización para su enajenación dentro del OCN, de forma que aquel que adquiere del deudor, lo hace libre de cargas⁷⁶. Según GOODE, la *floating charge*:

- 1º. Permite al deudor retener la posesión del bien tangible pignorado (por ejemplo, maquinaria, materias primas o bienes manufacturados). La retención de la posesión, permite a su vez la normal continuación de la actividad comercial
- 2º. Permite gravar bienes tangibles e intangibles (por ejemplo, créditos, propiedad intelectual, patentes...)
- 3º. Puede recaer sobre bienes presentes o futuros, esto es, bienes todavía no incluidos en el patrimonio del deudor
- 4º. Sin necesidad de una determinación individualizada de cada uno de los bienes
- 5º. Puede garantizar tanto deudas presentes como futuras

⁷⁵ WORTHINGTON, S.: “*Personal Property*”, Oxford 2000, p.51., afirma que el conjunto de derechos que la ley atribuye al poseedor definen “*the possessory interest in property*”.

⁷⁶ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.32

- 6°. Proporciona un mecanismo legal que permite garantizar el pago del crédito con los bienes circulantes y conceder al deudor poder de disposición sobre los mismos en el OCN, transmitiéndolos a terceros sin carga alguna⁷⁷.
- 7°. Establecer mecanismos que, en caso de impago del deudor, impidan que el primer prestamista tenga un absoluto monopolio sobre la totalidad de bienes de aquel.

Los elementos configuradores de esta modalidad de garantía son obra de la jurisprudencia (Caso *Illingworth v Houldsworth* o *Re Yorkshire Woolcombers Association*, 1904) y son los siguientes⁷⁸:

- Es un derecho de garantía; no meramente un acuerdo de constituir una garantía al producirse alguno de los acontecimientos que den lugar a la cristalización⁷⁹.
- Recae sobre bienes indeterminados y oportunamente sustituibles *from time to time* por el contribuyente. En caso de incumplimiento, el acreedor puede agredir ulteriores bienes que hubiesen entrado a formar parte del *undertaking* (patrimonio existente al constituir la garantía).

⁷⁷ MARSAL GUILLAMET, J., *op cit.* Pp. 355-366, p.357; GRETTON, G.L. “*First Worldwide Congress on Mixed Jurisdiction: Salience and Unity in the mixed jurisdiction experience: Traits, Patterns, Culture, Commonalities: Reception without Integration? Floating Charges and Mixed Systems*”, 78 Tul. L. Rev. 307, pp.314-315: «*The charge 'floats' in the sense that assets acquired by the company automatically fall under the charge, without the need for any further juridical act of charge by the debtor, and assets disposed of in the ordinary course of business are automatically liberated from the charge, without the need of any juridical act of discharge by the creditor*».

⁷⁸ Así lo afirma PARSONS, R. “*Fixed Charges*”, pp.11-33, Globe Law and Business Ltd, <http://www.globelawandbusiness.com/SFT/sample.pdf>

“*As a judicial invention, the concept of a floating charge took some time to develop and there is no recognised definition of the term even after 150 years. This is one of the difficulties. The nearest that the courts have come to defining a floating charge is the classic explanation given by Lord Justice Romer in Yorkshire Woolcombers*” [1903] 2 Ch 284, 295.

El caso *Illadworth v Houldsworth* o *Re Yorkshire Woolcombers Association* [1904] AC 355 fue un caso de la ley de insolvencia del Reino Unido, relativo a la toma de una garantía real sobre los activos de una empresa con una *floating charge*. En el Tribunal de apelación, Romer LJ sostuvo las claves que diferencian la *floating charge* de la *fixed charge*:

“*I certainly think that if a charge has the three characteristics that I am about to mention it is a floating charge.*

(1) *If it is a charge on a class of assets of a company present and future;*

(2) *if that class is one which, in the ordinary course of the business of the company, would be changing from time to time; and*

(3) *if you find by the charge it is contemplated that, until some further step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on its business in the ordinary way as far as concerns the particular class of assets I am dealing with.”*

Vid. también SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.37-39

⁷⁹ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.42

- Poder de disposición de los bienes gravados, en el OCN. Es admisible establecer ciertas restricciones al poder de disposición, siendo frecuente la cláusula *negative pledge* en los contratos, en virtud de la cual, el deudor se compromete a no crear otro derecho de garantía que tenga prioridad sobre la *floating charge* constituida.
- Diferenciamos dos fases: antes y después de la cristalización.
 - Antes de la cristalización: no grava bienes determinados, el deudor puede disponer de éstos, y el acreedor no puede agredir bienes concretos.
 - Después de la cristalización: la *floating charge* se convierte en *fixed charge*, recayendo ya sobre bienes concretos y cesando el poder de disposición del deudor sobre los mismos⁸⁰. Dado que la cristalización de la garantía no conlleva una nueva garantía, no ha de inscribirse en el Registro. Existen tres grandes categorías de causas⁸¹:
 - a) Deudor cesa en su actividad comercial (causa legal)
 - b) Intervención del acreedor que priva al deudor de su poder de disposición
 - c) Cláusulas que las partes hayan establecido
 Posteriormente haremos referencia a cada una de éstas.

“En definitiva, el floating charge crea un verdadero derecho de garantía; sin embargo, hasta la cristalización no existe ningún bien de la compañía expresamente afecto al cumplimiento de la obligación; por lo tanto, el deudor tiene libertad para disponer de cualquier bien en la medida que así lo exija el ordinario curso de sus empresas⁸²”.

3.5. La publicidad del charge

Cumplidos todos los requisitos, el *charge* quedará válidamente creado, y los bienes gravados quedarán sujetos al cumplimiento de la obligación principal, sin embargo, solo será eficaz frente a terceros si se dota de publicidad o *perfection*, como se dice en Derecho inglés. Para ello, la *floating charge* ha de inscribirse también en un registro público, que ayuda, además,

⁸⁰ Después de la cristalización, los activos recibidos por la empresa pueden ser capturados por la *floating charge*. Caso *Evans v British Granite Quarries Ltd* [1910] 2 KB 979, per Buckley LJ, y *Caso N W Robbie & Co Ltd v Witney Warehouse Co Ltd* [1963] 1 WLR 1324.

⁸¹ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.40-42

⁸² SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.39

a contrarrestar la merma a la seguridad jurídica que supone la ausencia del desplazamiento de la posesión⁸³.

Observamos pues que, en este aspecto, la LHMPD y la legislación inglesa, ante la falta de transmisión de la posesión, ambas exigen inscripción registral para dotar de publicidad a la garantía constituida.

En el Reino Unido, si el *charge* es creado por una compañía, el registro público es *The Company Charges Register*, mientras que, si es creado por una persona no empresaria, el registro será *The Bill of Sale Act Register*. Resumimos el registro de inscripción y la normativa aplicable, en cada caso, en el siguiente cuadro:

<i>Charges</i> creados por:	Registro público de inscripción	Normativa aplicable – requisitos exigidos para dar publicidad
Compañías	<i>The Company Charges Register</i>	<i>The Company Act</i> (CA, 2006) (reformada en 2016)
No compañías	<i>The Bill of Sale Act Register</i>	<i>The Bills of Sale Acts</i> de 1878-1891

Respecto a los *charges* creados por compañías, la reforma extendió el territorio de aplicación de la Ley a todo el Reino Unido, e instauró como principio general la inscripción en el registro (a excepción de una serie de supuestos que no necesitan inscripción o que están sujetos a una regulación especial), -que podrá llevar a cabo tanto el *chargor* como el *chargee*-, e introdujo la posibilidad de realizar dicha inscripción electrónicamente⁸⁴.

El plazo legal con carácter general para la inscripción es de veintiún días desde la creación del *charge*, habiendo de constar en la misma una serie de datos necesarios (fechas de creación, cantidad del crédito...), los cuales podrán ser rectificadas por la autoridad judicial en caso de omisión o defecto. Inscrito el gravamen, se emite un certificado que contiene el código de referencia asignado al *charge*. Si el gravamen no se inscribe en plazo establecido en el registro público correspondiente, será nulo e ineficaz frente a aquellas garantías constituidas con posterioridad, pero la falta de inscripción no es (como era con anterioridad a la reforma) objeto de una sanción pecuniaria. A esta ineficacia se refieren la doctrina como

⁸³ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 27-42, p.35

⁸⁴ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 51-68, p.54-55

partial voidness, pues no queda sin eficacia la obligación garantizada, sino tan solo la eficacia *erga omnes*⁸⁵.

Con respecto a los *charges* constituidos por personas físicas, o personas jurídicas que no tienen la consideración de compañías, rige la regulación de *The Bill of Sale Act* de 1878 (reformada en 1882). La denominación *bill of sale* se utiliza para referirse a aquellas transmisiones en las cuales el donante conserva la posesión de la cosa después de realizar el acto de disposición; constituye un documento que refleja el acuerdo entre las partes y, además, confiere al acreedor un poder directo sobre la cosa⁸⁶.

La Ley limita su ámbito de aplicación a bienes muebles (*personal chattel*), a excepción de aquellos inmuebles accesorios y cultivos cuando puedan ser transmitidos o gravados de forma separada. Respecto a los bienes futuros, sin perjuicio de que las partes puedan establecer la posibilidad de que los bienes originales sean reemplazados en caso de desgaste o daño, el *Act* no admite la constitución de garantías sobre los mismos (serán, pues, nulos), salvo algunas excepciones: los cultivos antes referidos y bienes muebles accesorios cultivos cuando puedan ser transmitidos o gravados de forma separada, o se reciban en sustitución de los originales⁸⁷.

El *Act* 1878 regula dos modalidades de *bill of sale*: *absolute bills* (escasa en la práctica) y *security bills*. El *Act* 1882 limita su ámbito de aplicación a los documentos que aseguran el pago de obligaciones dinerarias (*bill of sale given by way of security for the payment money*). Mientras que los requisitos de forma difieren sustancialmente en ambas leyes, los requisitos para dotar de publicidad a dichos documentos son bastante similares.

Para constituir el *security bills* se exige que el documento contenga un inventario de los bienes muebles a los que se afecta el acto, que sea suscrito por las partes, haga referencia a

⁸⁵ BEALE, H. *Registration and other perfection requirements*. En: “*The Law of Security and the Title-Based Financing*”, 2ª edición, Oxford 2012, p.389, [*non vidi*] en SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 43-68, p.52, señala que “el *charge* que no ha sido objeto de inscripción es un *charge imperfect* en el sentido de que es inefectivo para otros acreedores, o en el caso de insolvencia; dicho de otro modo, la inscripción en el registro es un modo de perfección del *charge*”. *Vid* también SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 51-68, p.56-59

⁸⁶ *Chapter 15.14 Bill of Sales Act, 1882: “This Act shall apply to every bill of (...) whereby the holder or grantee has power, either with or without notice, and immediately or at any future time, to seize or take possession of any personal chattels, comprised in, or made subject to, such bill of sale.*

Vid. GOODE R.M. “*Hire-Purchase Law and Practice*”, Londres 1970, pp. 64 y 65; y SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 51-68, p.61

⁸⁷ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 51-68, p.63

la causa (*consideration*) y cumpla con las demás formalidades exigidas en la ley, so pena de que sea nulo. “La exigencia de que los bienes muebles estén descritos específicamente en el documento evita que bienes aún no pertenecen al deudor resulten afectados a la garantía. La finalidad es evitar que los deudores que no tengan la consideración de compañías puedan otorgar *floating charges* sobre todos sus bienes presentes y futuros”⁸⁸.

Para dotar de publicidad a los *security bills*, el plazo legal para inscribir es de siete días (ampliable) a contar desde el otorgamiento de la escritura. Dicha inscripción habrá de ser renovada cada cinco años, so pena de que sea nula⁸⁹.

3.6. La prioridad del charge

Las reglas que determinan la prioridad del cobro de los créditos en caso de concurrir distintos derechos reales sobre un mismo bien en el Derecho inglés, son enormemente complejas, incoherentes, y necesitadas de una reforma. Más aún, muchas de las soluciones que tienen acogida en el Derecho inglés difieren sustancialmente de las reglas del *civil law*.

La regla general es el principio de prioridad en el nacimiento del derecho (*prior tempore, potior iure*), o *The first in time principle*, o *The first in time prevails*, aplicable cuando entran en conflicto derechos que tienen el mismo origen. Sin embargo, dicha regla se ve alterada en el caso de derechos de distinto origen (*legal interest and equitable interest*), protección a un tercero de buena fe, y aplicación de leyes especiales⁹⁰.

En el caso de *The Bill of Sales Act* y leyes que establezcan los registros de barcos, aeronaves, bienes agrícolas, etcétera, la prioridad viene determinada por la fecha de acceso al registro. Por el contrario, para *charges* creados por compañías (*The Company Act*) la fecha será la del nacimiento del derecho, en caso de que ambos derechos estén inscritos en el plazo de los veintiún días.

En cuanto a las citadas excepciones al principio de prioridad, la primera se refiere a la prioridad del *legal interest* sobre el *equitable interest*, siendo el *legal interest* posterior en el tiempo a aquel, siempre que actúe de buena fe, y hubiese adquirido a título oneroso y con

⁸⁸ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 51-68, p.66

⁸⁹ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 51-68, p.66

⁹⁰ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 69-86, p.69-71

desconocimiento de la existencia del *equitable interest* nacido con carácter previo. En palabras de SMITH, “*a later legal interest not so protected might take priority as the acquisition of a legal interest in good faith, for value and without notice of the earlier equitable interest*”⁹¹.

En segundo lugar, para los casos en los que existan dos o más cesiones sucesivas de *equitable interests* se aplica *The rule in Dearle v Hall*, según la cual, se concede prioridad a aquel derecho de los cesionarios que primero comunique su cesión al deudor, aun cuando fuera la última de las cesiones otorgadas⁹².

Por último, también cabe la posibilidad de que sea el acuerdo suscrito entre las partes el que, consecuencia del principio de libertad contractual que rige en el Derecho inglés.

Con respecto a las reglas de prioridad entre dos derechos que tienen distinta naturaleza (*possessory* y *non-possessory security interests*), A) si la prenda (*legal interest*) se constituye con anterioridad a otra garantía (*legal* o *equitable interest*), esta otra garantía quedará sujeta a la prenda, mientras que B) si el *charge* o *mortgage* es anterior a la prenda, distinguimos en función del origen de ésta: B1) en el caso de origen legal (exclusivamente la *mortgage*), prima ésta, mientras que B2) en el caso de ser una garantía con origen en la equidad, primará la prenda siempre que el acreedor no pudo tener conocimiento razonable de la existencia del *charge* o *mortgage*⁹³.

Supuesto	Derecho anterior	Derecho posterior	Primacía
A	Prenda (<i>legal</i>)	<i>Charge</i> o <i>mortgage</i> (<i>legal</i> o <i>equitable</i>)	Prenda (<i>legal</i>)
B1	<i>Legal mortgage</i>	Prenda (<i>legal</i>)	<i>Legal mortgage</i>
B2	<i>Charge</i> o <i>equitable mortgage</i>	Prenda (<i>legal</i>)	Prenda (<i>legal</i>), siempre que no hubiese conocimiento real ni previsible de la existencia del <i>charge</i> o <i>equitable mortgage</i>

⁹¹ SMITH, L. “*Priorities in Real Security*”, pp. 351 y ss. En: “*Chapter 5: Security*”, pp. 307 y ss. *English Private Law*, BURROWS (editor), Oxford 2013, p. 362

⁹² SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 69-86, p.80

⁹³ GULLIFER, L: *Exceptions to the nemus dat rule*. En “*The Law of Security and Title-Based Financing*”, p. 2197. Concepto de *Constructive notice*.

Reiteramos que, en caso de que el gravamen que no conlleva desplazamiento de la posesión no haya accedido al Registro, sea o no creado por una compañía, no podrá oponerse frente a terceros.

Finalmente, sobre las reglas de prioridad entre el *fixed charge* y la *floating charge*, aunque la *floating charge* sea anterior, primará el *fixed charge* o la *mortgage (legal o equitable)*, tuviese o no conocimiento de la previa existencia de la *floating charge*⁹⁴. De tratarse de dos *floating charges*, en este caso sí tendrá primacía la de carácter anterior.

3.7. Poder de disposición del deudor sobre los bienes gravados

En el OJ español, la carga permanece en el bien gravado (*res transit cum onere suo*), de forma que, una vez llegado el vencimiento de la deuda, en caso de incumplimiento, el acreedor podrá provocar la realización del mismo, incluso si dicho bien ha sido transmitido a un tercero, salvo que el adquirente tercero no conociese de la existencia de dicho gravamen. Dicho conocimiento (publicidad) se presupone, sin embargo, en el caso de la prenda tradicional por traspaso posesorio, y para bienes inmuebles, mediante la inscripción en un registro público. Para la prenda sin desplazamiento, dado que no existe traspaso posesorio, se requiere de inscripción para hacer constar que el bien en cuestión no goza de una propiedad plena exenta de cargas. Por tanto, en el OJ español, todo tercer adquirente adquiere, en este caso, el bien con gravamen. En el Derecho español la regla general es que cualquier tercero adquirente tiene la carga de consultar el registro a fin de conocerla situación jurídica del bien⁹⁵.

⁹⁴ Como bien señala SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 69-86, p.86, ello sin perjuicio de que las partes estipulen en el contrato de la *floating charge* una *negative pledge*, esto es, una cláusula según la cual se requiere consentimiento del acreedor cada vez que el deudor quiera garantizar el bien mediante *fixed charge*. Esto permite alterar el orden de prioridad, de manera que el acreedor se aseguraría que prime el *floating charge*. En este caso, el *fixed charge* de carácter posterior, si estaría afectado por la primacía de la *floating charge* si ha tenido o hubiera podido tener conocimiento de dicha cláusula.

⁹⁵ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 87-102, p.88 y 90. *Vid* DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II”, Madrid 1993, pp. 297 y ss. para más detalle sobre la función de la publicidad de los derechos reales.

La regulación en el OJ inglés se caracteriza por ser compleja y ausente de sistemática. Se deben tener en cuenta una serie de circunstancias que delimitan si el bien se transmite al tercero libre de cargas o si debe soportar el *charge*:

- Regla general (doctrina de la *constructive notice*): no se impone la carga de consultar la situación jurídica del bien a *aquel que realice un acto de adquisición que está dentro de la actividad comercial habitual del deudor*.
- Modalidad de *charge*: El *fixed charge* proscribía disponer del bien garantizado, mientras que la *floating charge*, precisamente a fin de poder desarrollar la actividad comercial, lo permite.
- Ámbito en que se realiza el acto de disposición: se recibe libre de cargas si se enajena dentro del *ordinary course of business*. Adicionalmente, en caso de conocer o poder haber conocido de la existencia de un gravamen previo, el tercero adquirirá con gravamen.
- Consentimiento del *charge* (a la transmisión o a la constitución de otro derecho real de garantía con prioridad sobre el *charge*): Si existe, el tercero adquiere libre de cargas.
- *Crystallization*: examinar si el acto de disposición provoca o puede provocar la cristalización del *floating charge*⁹⁶.

Además de estas circunstancias, distinguimos varias situaciones en función de la naturaleza (transmisión o constitución de una nueva garantía) y modalidad del *charge* (*fixed* o *float*):

⁹⁶ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 87-102, p.90-92.

NATURALEZA DEL ACTO DE DISPOSICIÓN	MODALIDAD DE CHARGE	TERCERO ADQUIERE:	JUSTIFICACIÓN
Autorización para transmitir bien gravado	o <i>Floating charge</i> en OCN* ¹ antes de cristalización	→ libre del <i>charge</i>	Autorización del acreedor
	o <i>Floating charge</i> fuera de OCN* ² antes de cristalización	→ gravado con el <i>charge</i>	Doctrina de la <i>actual o constructive notice</i> . Regla de prioridad * ³
	o <i>Floating charge</i> después de la de cristalización de la <i>floating charge</i>	→ gravado con el <i>charge</i>	Conversión de la <i>floating charge</i> a <i>fixed charge</i> . Discrepancias en la Doctrina * ⁴
	o <i>Fixed charge</i>	→ gravado con el <i>charge</i>	Deudor carece de poder de disposición sobre el bien garantizado * ⁵

*1 OCN = Ordinario Curso de Negocios. Término confuso, delimitado por la noción de observador objetivo (lo que objetivamente podría considerarse la actividad habitual de la empresa), documento de constitución del charge, y circunstancias del caso. Vid, Caso *Ashborder BV and others v Green Gas Power Ltd and others*, [2005] BBC 634, [2004] EWHC 1517 (Ch): “*The question whether a particular transaction is within the ordinary course of the company’s business in the context of a floating charge is a mixed question of fact and law. It is convenient to approach the matter in a two-stage process. First, to ascertain, as a matter of fact, whether an objective observer, with knowledge of the company, its memorandum of association and its business, would view the transaction as having taken place in the ordinary course of its business. Second and, if so to consider whether, on the proper interpretation of the document creating the floating charge, applying standard techniques of interpretation, the parties nonetheless did not intend that the transaction should be regarded as being in the ordinary course of the company’s business for the purpose of the charge. Subject to any such special considerations resulting from the proper interpretation of the charge document, there is no reason why an unprecedented or exceptional transaction cannot, in appropriate circumstances, be regarded as in the ordinary course of the company’s business*”.

*2 SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit*. Pp. 87-102, p.94. “A esta situación se equipara el acto de enajenación realizado por el deudor fuera de los límites concedidos por el *charge*”.

*3 La doctrina de la *actual o constructive notice* impone la obligación al tercero comprador de consultar el registro o deducir a partir de la actividad del deudor que el bien está gravado. Deber de soportar el derecho que se ha constituido primero (*floating charge*).

*4 Una *floating charge* no es, técnicamente hablando, una verdadera garantía hasta la fecha de su cristalización, cuando metafóricamente desciende y se “fija” a los activos en posesión de la empresa en ese momento.

Autores como GOODE defienden que, pese a haber cristalizado, si se constituye garantía dentro del OCN, el tercero adquiere libre de carga. También puede entrar en juego la aplicación de la regla *Dearle v Hall* (subsidiariamente la regla de prioridad), en caso de haber sucesivas transmisiones.

*5 GULLIFER, L: *Authorized dispositions*. En “*The Law of Security and Title-Based Financing*”, p. 531. En caso de impago del crédito, el *chargee* puede optar entre reclamar la ejecución del bien gravado (incluso si ha sido transmitido a un tercero) o hacer suyo el dinero obtenido con la venta de éstos. Todo ello suponiendo que no existe consentimiento del acreedor a dicha transmisión.

NATURA-LEZA DEL ACTO DE DISPOSICIÓN	MODALIDAD DE CHARGE	Derecho anterior	Derecho posterior	TERCERO ADQUIERE:	JUSTIFICACIÓN
Autorización para constituir otro derecho de garantía (<i>possessory security interest</i>), en especial, el derecho de prenda * ⁶	o Priority del <i>charge/mortgage</i> sobre el <i>possessory security interest</i>	<i>charge/mortgage</i>	<i>possessor y security interest</i>	→ gravado con el <i>charge</i>	Regla de prioridad, salvo que el derecho anterior sea una <i>floating charge</i> * ⁷
	o Priority de la <i>floating charge</i> sobre un <i>fixed charge/mortgage</i>	<i>floating charge</i>	<i>fixed charge / mortgage</i>	→ libre del <i>charge</i> * ⁸	Acto dentro del OCN
	o Priority de una <i>floating charge</i> sobre otra <i>floating charge</i> , antes de la cristalización	<i>floating charge</i>	<i>floating charge</i>	→ gravado con el <i>charge</i>	Regla de prioridad. Salvo que exista una <i>negative pledge</i> en la primera <i>floating charge</i> , el deudor no necesita consentimiento para constituir sobre parte de los bienes una segunda <i>floating charge</i> * ⁹
	o Priority de una <i>floating charge</i> sobre otra <i>floating charge</i> , después de la cristalización	<i>floating charge (cristalizado)</i>	<i>floating charge</i>	→ gravado con el <i>charge</i>	Regla de prioridad. Dos Excepciones: - Si el segundo acreedor constituye una <i>floating charge</i> en el OCN, habiendo cristalizado la primera, pero no conociendo (ni habiendo podido conocer) aquél de dicha cristalización. - Regla <i>Dearle v Hall</i>

*6 Siempre se constituye dentro del OCN

*7 GULLIFER, L: *Authorized dispositions*. En “*The Law of Security and Title-Based Financing*”, p. 534. En el caso de la *floating charge*, se puede limitar la prioridad de los derechos de garantía constituidos con posterioridad, si así lo dispone una *negative pledge*. Si el tercero comprador conocía o pudo conocer de la

existencia de dicha cláusula, al cristalizar la *floating charge*, el acreedor titular de la *fixed charge* no podrá instar la ejecución de su derecho sin verse afectado por un gravamen anterior que ostenta prioridad sobre el suyo.

*8 Sucesivas constituciones de *charges* quedan afectas al primer *fixed charge*, al segundo *fixed charge*, etc y, por último, al *floating charge*, siempre que exista consentimiento del titular del primer *fixed charge* otorgado al deudor.

*9 No puede existir identidad de bienes; ambas *floating charges* serían incompatibles

3.8. Ejecución del derecho de garantía o *enforcement*

En caso de incumplimiento, el acreedor de un derecho de garantía que recaiga sobre bienes muebles (*security interest over personal property*) podrá exigir el cumplimiento de la obligación garantizada a través de cuatro medidas⁹⁷:

		¿Qué remedios puede utilizar?	
		Acreedor Hipotecario (<i>mortgagee</i>)	Acreedor Pignoraticio (<i>chargee</i>)
1)	Retener o exigir la entrega de la posesión del bien gravado (<i>taking possession</i>)	Sí	No ⁹⁸
2)	Instar la venta de los bienes del deudor (<i>sale of asset</i>)	Sí	Sí
3)	Ejecutar la hipoteca (<i>foreclosure</i>)	Sí	No
4)	Designar a un administrador (<i>appointment of a receiver</i>)	Sí	Sí ⁹⁹

⁹⁷ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 103-112, p. 104.

⁹⁸ Como apunta SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 103-112, p. 106, salvo que se haya previsto expresamente en el contrato de constitución del *charge*, el acreedor carece de facultad para retener o exigir que le entreguen la posesión, sino que habrá de solicitar al juez que nombre a un *receiver* a tal efecto. De perverse en el contrato, el acreedor solo podrá hacer uso de esta facultad en una serie de supuestos limitados, si concurre alguna de las circunstancias previstas en el *Act 1878* o en el *Act 1882*, vinculadas a la prevención del riesgo de insolvencia del deudor (*Vid.* MC KENDRIC, E. *op cit.* p. 680). Asimismo, deberán transcurrir al menos cinco días antes de poder enajenar los bienes, a fin de que el deudor pague su deuda.

⁹⁹ MC KENDRIC, E. *op cit.* p. 682-684, y SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 103-112, p. 105. The *Enterprise Act, 2002* ha introducido, en su sección 250 y 252, incentivos a la supervivencia de las empresas con dificultades financieras, a través de la sustitución de la figura del *administrator receiver* (que toma el control de la empresa y procede a la venta de los bienes sujetos a la *floating charge* al mejor precio posible, y pagar a los acreedores) por el *administrator* (que toma el control de la empresa y trata de rescatarla). Además, con raíz en el Informe Cork (1982), dicho texto legal ordena que un porcentaje del total de los bienes se reserve para pagar a acreedores no privilegiados (por valor máximo de £600,000).

También influye la modalidad del *charge*: *fixed* o *floating*. En el primer caso, el remedio habitual es instar al juez la venta de los bienes, y con los beneficios obtenidos, satisfacer el derecho de crédito. En el segundo caso, existen varias posibilidades: desde designar un administrador hasta disolver y liquidar la empresa (*winding-up*)¹⁰⁰.

3.9. Insolvencia: ¿qué pasa con el acreedor pignoraticio?

Tal y como hemos señalado, desde el Informe Cork¹⁰¹, la política moderna de la legislación inglesa en materia de insolvencia ha sido intentar rescatar a empresas en crisis financiera, minimizar las pérdidas y repartir equitativamente las cargas entre empleados, acreedores y otras partes interesadas. Si una empresa no puede ser salvada, es liquidada, por lo que los activos se venden para pagar a los acreedores de acuerdo a su prioridad¹⁰². El orden de prioridad de los créditos: *fixed charges*, salarios a empleados, *floating charges*, acreedores ordinarios. Así se contempla también en *The Insolvency Act 1986*.¹⁰³

¹⁰⁰ SERRANO FERNÁNDEZ, M., *op cit.* Pp. 103-112, p. 109. El *administrator* puede ser nombrado a instancia judicial, por el titular de una *floating charge*, o por la propia empresa o su director. Las funciones del *administrator*, -que sustituye al director-, son tomar el control de la empresa y

- 1) Tratar de rescatarla,
- 2) Subsidiariamente, venderla como si fuera un todo al mejor precio posible,
- 3) Subsidiariamente, liquidarla y pagar primero a los acreedores garantizados, respetando el orden de prioridad de los créditos: *fixed charges*, empleados y autoridades fiscales, *floating charges*, acreedores ordinarios.

y habrán de desempeñarse de forma rápida, eficiente y razonable, velando por los intereses de todos los afectados.

¹⁰¹ *Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice, or Cork Report* (1982). Este informe dijo que no había lugar para la cristalización automática de las *floating charges* en el derecho de insolvencia moderno, basándose en que ello afectaría negativamente a otros acreedores y que no era necesario registrar la *floating charge*.

¹⁰² CA Rajkumar S. Adukia. *International scenario of laws on insolvency*. p. 14. En “*Overview of Insolvency Law in India including corporate insolvency*”, Mumbai (India) 2015, pp. 1-71.

¹⁰³ According to *The insolvency Act 1986 and Companies Act 2006, the priority list is:*

1. *Fixed charge holders*
2. *Insolvency practitioner fees and expenses, s.176ZA*
3. *Preferential creditors, ss 40, 115, 175, 386 and Sch 6*
4. *Ring fenced fund for unsecured creditors, s 176A and SI 2003/2097*
5. *Floating charge holders*
6. *Unsecured creditors, s 74(2)(f)*
7. *Interest on debts proved in winding up, s 189*
8. *Money due to a member under a contract to redeem or repurchase shares not completed before winding up, CA 2006 s. 735*
9. *Debts due to members under s. 74(2)(f)*
10. *Repayment of residual interests to preference, and then ordinary shareholders.*

El titular de la *floating charge* está subordinado por ley a una cantidad limitada de reclamaciones de salarios y pensión de los empleados y alrededor de un 20% para otros acreedores no garantizados.

En el caso español, para que las prendas sobre créditos no nacidos aún, pero derivados de relaciones jurídicas determinadas y ya pactadas, como ocurre con las prendas flotantes que recaen sobre una pluralidad de créditos futuros (caso de los derechos audiovisuales derivados de la participación en las ligas profesionales de los clubes de fútbol y baloncesto) gocen de prioridad en caso de concurso del pignorante es preciso que se formalicen como prenda sin desplazamiento de posesión y se inscriban en el Registro de Bienes Muebles¹⁰⁴.

Autores como ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY ¹⁰⁵se ha pronunciado la reforma de la LC de 2011, considerando la reforma del art. 90.1.6.º “uno de los mayores errores de la norma”, más bien, “un cúmulo de errores en su elaboración, que han dado lugar un resultado que, según veremos, dista mucho de ser el que parece ser que se pretendía”.

¹⁰⁴ GÓMEZ-GÁLLIGO, J. “Prenda de créditos y concurso*”, mayo 2014, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 743, págs. 1153 a 1165

¹⁰⁵ ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY “Sobre la preferencia concursal de la prenda de créditos futuros”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, N.º 19, Sección Cuestiones prácticas, Segundo semestre de 2013, Editorial Wolters Kluwer

CAPÍTULO 3 – CONCLUSIONES

La aparición de distintas modalidades de garantías flotantes ha tenido como objetivo ofrecer una mayor flexibilidad y adecuación al tráfico económico y financiero. Así, la facilidad crediticia que implican estas garantías permite al deudor la conservación, uso y disposición de los bienes garantizados. Estas figuras cuentan con una larga tradición en el sistema *common law*, mientras que en el *civil law*, son relativamente nuevas, no sin controversias.

El uso de garantías globales o flotantes es conveniente cuando existen relaciones comerciales continuadas entre las partes. El título constitutivo no determina completamente las obligaciones, por lo que la garantía puede ser reutilizada de forma continuada para asegurar obligaciones no determinadas con total exactitud al constituir aquella, permitiendo al deudor continuar ejerciendo su actividad sin verse privado del uso de sus bienes¹⁰⁶.

Sobre las garantías reales globales o flotantes, éstas han sido admitidas en nuestro entorno jurídico, tanto mobiliarias –como, por ejemplo, la regulación de la prenda catalana en la LGPSCM–, como inmobiliarias, como la hipoteca global o flotante del art. 153 bis LH.

Las garantías examinadas de ambos sistemas jurídicos tienen la misma finalidad, esto es, asegurar el cumplimiento de una obligación. Así mismo, se trata de derechos accesorios, que precisan de un sistema de publicidad registral dada la ausencia de traspaso posesorio, a fin de ser eficaces frente a terceros.

La *floating charge* se caracteriza por recaer sobre cualquier clase de bienes (presentes o futuros, tangibles o intangibles), sin necesidad de constituir nuevo título para someter a la garantía a bienes que ingresen en el patrimonio del deudor con posterioridad a la constitución de ésta, y permite al deudor disponer de sus bienes *en el ordinario curso de los negocios*, permitiendo al tercero adquirir sin carga. Estas características han permitido a esta figura responder a las necesidades actuales del tráfico económico.

En España, se ha tratado de dar cabida a las nuevas figuras mediante su inclusión en el Ley, y la flexibilización de los principios de accesoriedad y especialidad, permitiéndose un cierto grado de indeterminación del crédito garantizado. Sin embargo, esta flexibilización está lejos

¹⁰⁶ CORDERO LOBATO, E. “El incierto futuro de la Hipoteca Flotante...”, *op cit.* Pp. 15-18, p.16

de suponer una admisión plena en nuestro OJ de las modernas figuras de garantía flotantes. Tal adaptación no resulta inviable en tanto que otros países de tradición latina ya han sido capaces, con éxito, de reformar sus sistemas de garantías. Sin embargo, la dificultad en nuestro OJ radica en la colisión entre la admisión de estas figuras y los citados principios, que se estima esenciales en nuestro OJ.

Existen, todavía, importantes diferencias entre ambas garantías, que habrán de solventarse a fin de una mayor adecuación a las necesidades de tráfico. Dichas diferencias u óbices no son exclusivos de nuestro OJ, sino que, tal y como hemos examinado, el OJ inglés también se caracteriza por tener una regulación compleja y necesitada de reforma en materia de prioridad de cobro de los créditos en caso de concurrir sobre un mismo bien varios derechos de garantía y la transmisión del bien garantizado a un tercero libre -o no- del *charge*.

Así, dos de las grandes diferencias entre ambas figuras son:

- Reglas de prioridad en el cobro de créditos se establecen en la Ley (Sección 4º del Capítulo II, del Título V de la LC), mientras que el sistema anglosajón está lleno de múltiples situaciones posibles cargadas de exenciones. Por regla general, la *floating charge* es subsidiaria en el cobro, tras el pago a los titulares de *fixed charges*, empleados y autoridades fiscales.
- En cuanto al poder de disposición, bajo la legislación española, el gravamen sigue al bien gravado, de forma que si éste se trasmite a un tercero, también se transmite la carga. Por el contrario, el OJ inglés, nuevamente, contiene una compleja regulación en la materia, encontrándonos casos en los que bien gravado se transmite al tercero con el *charge*, y otros que no. En las *floating charges*, no existe una única regla, sino que habremos de analizar una serie de circunstancias (dentro o fuera del OCN, antes o después de la cristalización...) para determinar si el tercero adquiere el bien libre de cargas o no.

A éstas habremos de añadir:

- La existencia de dos registros públicos en el OJ inglés en los que inscribir la *floating charge*, en función de si ésta es creada o no por una compañía. Por su parte, las garantías flotantes en España, se inscriben en el correspondiente Registro de la

Propiedad, en atención al carácter mueble o inmueble del bien sobre el que recae la garantía.

- Los mecanismos de ejecución de créditos en España permiten al acreedor instar la venta de la cosa gravada para satisfacer su crédito con el precio obtenido; sin embargo, es una realidad que la ejecución de prendas flotantes del CCCat ha generado numerosos problemas. El OJ inglés prevé, además, la posibilidad de que el *chargee* designe a un administrador.
- En caso de insolvencia del deudor, la ejecución singular de los créditos se sustituye por una ejecución colectiva. El orden de prelación en la legislación inglesa, otorga preferencia a los *fixed charges*, salarios de empleados, y pagos a las autoridades fiscales, con anterioridad a la satisfacción de *floating charges* existentes. En España, los art. 154 a 162 LC prevén el siguiente orden de prelación: créditos contra la masa, créditos con privilegio especial, créditos con privilegio general, créditos ordinarios y créditos subordinados. Las garantías flotantes, siempre que estén constituidas con los requisitos y formalidades previstos para su oponibilidad a terceros, estarían comprendidas en la categoría de créditos con privilegio especial (art 90.1.6° LC).

Finalmente, quisiéramos abrir la puerta a nuevas líneas de investigación que complementen las colaboraciones actuales e, incluso, propongan una reforma del actual sistema de garantías en España a fin de dar cabida a las modernas figuras examinadas.

BIBLIOGRAFÍA

OBRAS DOCTRINALES

ALONSO-CUEVILLAS FORTUNY “Sobre la preferencia concursal de la prenda de créditos futuros”. Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal, Nº 19, Sección Cuestiones prácticas, Segundo semestre de 2013, Editorial Wolters Kluwer

ALVYDA USINSKAITE, A. (dir. CUENA CASAS, M.) “Garantía hipotecaria de obligaciones futuras: principios clásicos y formas contractuales modernas”, Madrid 2011.

ARANA DE LA FUENTE, I. “La reforma francesa de las garantías mobiliarias”. Indret: Revista para el Análisis del Derecho, ISSN-e 1698-739X, Nº. 2, 2012, Barcelona 2012, Pp. 1-57, p.3

AZOFRA VEIGAS, F. (dir. DÍAZ RUIZ, E. y CUENA CASAS, M.) “Tesis doctoral: La Hipoteca flotante”, Madrid, 2015. <http://eprints.ucm.es/28090/1/T35651.pdf>

AZOFRA VEGAS, F. “La Hipoteca Flotante”, 2015. Editorial: S.L. – DYKINSON.

AZOFRA VEGAS, F. “Hipotecas flotantes”, RCDI n.º 707, mayo-junio 2008

BARRADA ORELLANA, R. “Las garantías mobiliarias en el Derecho Civil de Cataluña”, Valencia, Tirant lo Blanch-Universitat Rovira i Virgili, 2005

BEALE, H. *Registration and other perfection requirements*. En: “*The Law of Security and the Title-Based Financing*”, 2ª edición, Oxford 2012

BUFET MONTAYA, “Las hipotecas especiales”, Lleida 2014. <http://www.montanya-advocats.com/blog/las-hipotecas-especiales>

BRIDGE, M.: *Introduction*. En: “*The Law of Security and the Title-Based Financing*”, 2ª edición, Oxford 2012

CA RAJKUMAR S.A. *International scenario of laws on insolvency*. p. 14. En “*Overview of Insolvency Law in India including corporate insolvency*”, Mumbai (India) 2015, pp. 1-71

CAMPO VILLEGAS, E. “En torno a la Ley catalana de garantías posesorias sobre cosa mueble”, en: La Notaria, 1996, núms. 7-8

CARRASCO PERERA, A. “La prenda. El Codi Civil Catalán” en “Derecho Civil catalán: El Derecho Patrimonial catalán (Libro V del CCC)”, <http://www.difusionjuridica.com.bo/bdi/biblioteca/biblioteca/libro162/lib162-2c.pdf>

CARRASCO PERERA, A., traducción española de la obra de SERICK, R. “Garantías mobiliarias en el Derecho alemán. Perfiles y principios”, Madrid, 1990

CARRASCO PERERA, A., y CARRETERO GARCÍA, A. “El derecho de prenda en la Ley 19/2002, de Cataluña, de derechos reales de garantía”, en: Revista jurídica de Catalunya, ISSN 1575-0078, Vol. 102, Nº 4, 2003, págs. 973-1009

CARRASCO PERERA, A., CORDERO LOBATO, E., MARÍN LÓPEZ, M.J. “Tratado de los derechos de garantía”, ed. Thomson-Aranzadi, 2ª ed., 2008, tomo I

CORK, K. “*Report of the Review Committee on Insolvency Law and Practice*”, or “*Cork Report*” (1982).

CORDERO LOBATO, E. “El incierto futuro de la Hipoteca Flotante. A propósito de la STS 10 septiembre 2010”, 2013 Pérez-Lorca Newsletter 11/12.

CORDERO LOBATO, E., “La hipoteca global”, Madrid, ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 1997.

DE CORES, C. y GABRIELLI, E. (coords.) “El nuevo derecho de las garantías reales: Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias”, editorial Reus, 2008, Madrid. <https://books.google.es/books?id=mManBQAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>.

DECANATO AUTONÓMICO DE LOS REGISTRADORES DE CATALUÑA, GINER GARGALLO, A. (dir.): “Derechos reales. Comentarios al libro V del Código civil de Cataluña”, tomo III, Barcelona, Registradors de Catalunya-Bosch, 2008

DEL POZO CARRASCOSA P. “Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias”, edición nº1, Editorial LA LEY, Madrid, Marzo 2013, “Los derechos reales de garantía en el Código Civil de Cataluña (1)”

“Derechos reales de garantía: concepto, clases y disposiciones generales. La prenda. La hipoteca inmobiliaria y la prenda sin desplazamiento”.
https://www.tirant.com/editorial/actualizaciones/Tema28_nuevo.pdf. Pp 1-24.

DÍEZ PICAZO, L. y GULLÓN, A., “Instituciones de Derecho Civil”, Editorial Tecnos, S.A., Madrid, 1998, Vol.II/1

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN: “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II”, Madrid 1993

DIAZ RUIZ, E. y RUIZ BACHS, S., “Reformas urgentes para el impulso de la productividad: importantes reformas y algunas lagunas”, *La Ley*, 6240 (27 de abril de 2005)

“*Fixed And Floating Charges In United Kingdom Commercial Law Essay*”, Noviembre 2013, Law Teacher, Nottingham, Reino Unido. <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/commercial-law/fixed-and-floating-charges-in-united-kingdom-commercial-law-essay.php?cref=1>

“*Floating Charge And Priority Commercial Law Essay*”, Noviembre 2013, Law Teacher, Nottingham, Reino Unido. <https://www.lawteacher.net/free-law-essays/commercial-law/floating-charge-and-priority-commercial-law-essay.php?cref=1>

GABRIELLI, E. “*Garanzia 'rotativa', vincoli su titoli di Stato e disciplina del pegno*”, en la *Rivista di diritto civile*, 1992,

GABRIELLI, E. “*Sulle garanzie rotative*”, Esi ed., Nápoles, 1998.

GIMENEZ DUART, T. “Consideraciones en torno a la Ley catalana 22/1991, de garantías possessòries sobre cosa mueble, y a sus implicaciones con el Código civil”, Valencia, UdG-Titant lo Blanch, 2000

GÓMEZ-GÁLLIGO, J. “Prenda de créditos y concurso*”, mayo 2014, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, N.º 743, págs. 1153 a 1165

GOODE R.M. “*Hire-Purchase Law and Practice*”, Londres 1970

GRETTON, G.L. “*First Worldwide Congress on Mixed Jurisdiction: Salience and Unity in the mixed jurisdiction experience: Traits, Patterns, Culture, Commonalities: Reception without Integration? Floating Charges and Mixed Systems*”, 78 Tul. L. Rev. 307

GUILARTE ZAPATERO, V. “Comentarios al código civil y compilaciones forales”, tomo XXIII - Artículos 1822 a 1886 del Código Civil [ALBALADEJO (Dir.)], 2.ª ed., Madrid, 1990

GULLIFER, L.: “*Goode and Legal Problems of Credit and Security*”, 5ª edición, Londres 2013

GULLIFER, L: *Authorised dispositions; Exceptions to the nemo dat rule*. En “*The Law of Security and Title-Based Financing*”.

HERNÁNDEZ, J. “Las prendas posesorias de rango sucesivo: una mirada a la prohibición de prendas sucesivas del derecho civil catalán”. Actualidad Jurídica Uría Menéndez / 30-2011

LACRUZ BERDEJO, J.L. “Derechos Reales III”, volumen segundo. 2001, Madrid, España.

MARSAL GUILLAMET, J. “Garantías reales mobiliarias en Europa”, 2006, *La prenda flotante: un término polisémico*, p. 357

MC KENDRIC, E. “*Goode on Commercial Law*”, Londres 2010

PARSONS, R. “*Fixed Charges*”, Globe Law and Business Ltd, <http://www.globelawandbusiness.com/SFT/sample.pdf>

SERRANO FERNÁNDEZ, M. “Garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés. La figura del Charge”. Editorial Aranzadi SA, 2016, Navarra.

SANZ, E. “¿Hipotecas flotantes? El producto que salvó de la quiebra a cientos de empresas”, 2015, http://www.elconfidencial.com/vivienda/2015-04-24/hipotecas-flotantes-el-producto-que-salvo-de-la-quiebra-a-cientos-de-empresas_764713/

SEALY L.S. y HOOLY, R.J.A., “*Commercial Law. Text, Cases and Materials*”, Oxford 2009

SHEEHAN, D. “*The Principles of Personal Property Law*”, Oxford 2011

SMITH, L. “*Real Security over Moveables*”. En: “*Chapter 5: Security*”, *English Private Law*, BURROWS (editor), Oxford 2013

TARABAL BOSCH, J. (coord.) y LAUROBA LACASA, E. (dir.) “Garantías reales en escenarios de crisis: presentes y prospectiva”, The Madrid, 2012

VALLET GOYTISOLO, J. “Introducción al estudio de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento” en *Revista de Derecho Privado*, Madrid, Junio 1953.

VEIGA COPO, A.B. “Prenda omnibus, prenda rotativa de acciones y garantía flotante”. *Revista de Derecho Bancario y Bursátil*, 2001 ABR-JUN; XX (82)

WESTBROOK, J., BOOTH, C., PAULUS. C., y RAJAK, H. “*A Global View of Business Insolvency Systems*”, 2010, Leiden & Boston: The World Bank & Martinus Nijhoff.

WORTHINGTON, S.: “*Personal Property*”, Oxford 2000

WORTHINGTON, S. “*Equity*”, Oxford 2006

WORTHINGTON, S.: *Security Interest; Acquisition of Equitable Interest by Consent*. En: “*The Law of Personal Property*”, Londres 2013

LEYES CITADAS

Amendment Act 1882 of The Bill of Sale Act of 1878 (Act 1882)

Decreto de 8 de febrero de 1946, por el que se aprueba la nueva redacción oficial de la Ley Hipotecaria (LH)

Ley de 16 de diciembre de 1954 de Hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión (LHMPSD)

Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble (LGPSCM)

Ley 19/2002, de 5 de julio, de derechos reales de garantía (LDRG)

Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal. (LC)

Ley 41/2007, de 7 de diciembre, por la que se modifica la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de Regulación del Mercado Hipotecario y otras normas del sistema hipotecario y financiero, de regulación de las hipotecas inversas y el seguro de dependencia y por la que se establece determinada norma tributaria. (Ley 41/2007)

Libro Quinto del Código Civil catalán, relativo a los derechos reales, aprobado por la Ley 5/2006, de 10 de mayo (CCCat)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (CC)

Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública (RD-ley 5/2005)

The Bill of Sale Act de 1878 (Act 1878)

The Company Act (CA, 2006)

The Enterprise Act, 2002

The Insolvency Act 1986

The Law Property Act de 1925

JURISPRUDENCIA Y CASOS CITADOS

Ashborder BV and others v Green Gas Power Ltd and others, [2005] BBC 634, [2004] EWHC 1517 (Ch)

Dearle v Hall [1828] 3 Russ 1, 38 ER 475

Evans v British Granite Quarries Ltd [1910] 2 KB 979, per Buckley LJ

Holroyd v. Marshall [1962] 10 HLC. 191.

Illingworth v Houldsworth o Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd [1904] AC 355

N W Robbie & Co Ltd v Witney Warehouse Co Ltd [1963] 1 WLR 1324.

Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 20 de junio de 2012, Registro de la Propiedad. BOE 178/2012, de 26 julio 2012, núm. 10040 (EDD 2012/148998)
El Derecho

Swiss Bank Corporation v Lloyds Bank Ltd [1982] AC 584

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 21ª, de 26 de febrero de 2002 (JUR 2002\117462)

Sentencia de la Audiencia Provincial de Pontevedra Sección 1ª, de 21 de junio de 2012, nº 358/2012, rec. 915/2011 (EDJ 2012/154142) *El Derecho*

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 16 de mayo de 2000, núm. 485/2000, rec. 1992/1995 (EDJ 2000/15173), *El Derecho*

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 10 de septiembre de 2010, núm. 527/2010, rec. 1196/2006 (EDJ 2010/196184), *El Derecho*

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1ª, de 18 de marzo de 2016, núm. 186/2016, rec. 2068/2013 (EDJ 2016/23783), *El Derecho*

Sentencia del Tribunal Supremo Sala 1^a, de 13 de marzo de 2017, núm. 180/2017, rec 1460/2014. (EDJ 2017/14320), *El Derecho*