

MANUEL FOLLIA

Abogado

Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona)

manuel.follia@cuatrecasas.com

NUEVAS POSIBILIDADES
DE LA PRENDA COMO DERECHO
REAL DE GARANTÍA

PUBLICAT A LA
«REVISTA JURÍDICA DE CATALUNYA»
NÚM. 4, 2022

NUEVAS POSIBILIDADES DE LA PRENDA COMO DERECHO REAL DE GARANTÍA

por

MANUEL FOLLIA

Abogado

Doctor en Derecho (Universidad de Barcelona)

manuel.follia@cuatrecasas.com

RJC, núm. 4-2022, pgs. 909-934

RESUMEN: *Este trabajo analiza las posibilidades de la prenda como derecho real de garantía, en particular: (i) la idoneidad del régimen jurídico actual de la prenda en operaciones complejas de financiación, en las que se precisa garantizar de forma conjunta diferentes facilidades crediticias, estudiando no sólo la normativa común o el Derecho catalán, sino comparándolo con el Derecho anglosajón; y (ii) los diferentes procedimientos de ejecución, con énfasis en los denominados procedimientos de venta o adjudicación directa, previstos tanto en normativa común como en Derecho catalán, analizando las posibilidades que ofrecen, así como algunas de sus limitaciones.*

Palabras clave: *Derecho real de prenda, principio de especialidad, garantías flotantes, ejecución, procedimientos de adjudicación directa.*

ABSTRACT: *This paper analyzes the possibilities of the in rem right of pledge, in particular: (i) as security for several obligations in complex financing transactions, in which it is required to jointly secure one or more financings, focused not only in our Civil Code or catalan rulings, but also gathering the underlying principles of UK law; and (ii) the enforcement alternatives, focused in the so called direct sale proceedings, foreseen both in our common regulations as well as in catalan law, analyzing their main features and possibilities, but also some limitations.*

Keywords: *In rem right of pledge, speciality principle, floating charges, enforcement, direct sale proceedings.*

SUMARIO: I. EL MERCADO DE CRÉDITO Y LIMITACIONES DE LA PRENDA. II. PRELIMINAR (PERSPECTIVA HISTÓRICA). III. PRENDA Y MULTIPLICIDAD DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS. 1. Prenda por porcentajes, prendas concurrentes y sucesivas, y pignoración del remanente de ejecución («surplus»). 1.1. Prenda por porcentajes. 1.2. Prendas concurrentes o sucesivas en rangos. 1.3. Pignoración del remanente de ejecución («surplus»). 2. Flotabilidad de la prenda. Aproximación al régimen de las garantías flotantes de la Ley 41/2007 y a las «floating charges» de Derecho anglosajón. 2.1. Hipoteca Flotante (Ley 41/2007). 2.2. «Floating charges» (Derecho Anglosajón). IV. EJECUCIÓN DE LA PRENDA: ALTERNATIVAS A LOS SISTEMAS TRADICIONALES DE EJECUCIÓN EN SUBASTA. 1. Ejecución a través del Real Decreto-Ley 5/2005. 2. Venta directa del Libro V del Código Civil de Cataluña. 3. El Pacto Marciano.

I. EL MERCADO DE CRÉDITO Y LIMITACIONES DE LA PRENDA

La formalización de las operaciones de refinanciación y reestructuración de deuda de grandes compañías no se puede entender sin una correcta configuración de garantías, tanto de tipo personal (en forma de garantías solidarias y a primer requerimiento) como reales (tanto hipotecarias como pignoraticias), y dentro de éstas –como veremos en el presente artículo– están tomando cada vez mayor importancia las pignoraticias.

En estos procesos de refinanciación o financiación de nuevos proyectos nos referimos no a préstamos de carácter bilateral, sino a contratos de financiación sindicada complejos, que pueden englobar dentro del mismo diferentes tramos: préstamo («*term loan*»), crédito revolving («*revolving credit facility*»), IVA, líneas de avales o factoring, y que además tienen que convivir con otros instrumentos crediticios de una compañía, tales como: (i) financiación crediticia de carácter subordinado («*mezzanine*»), (ii) contratos de cobertura de interés («*hedging agreements*»), destinados a mitigar las fluctuaciones de los tipos de interés asociados a dichas financiaciones, o incluso (iii) emisiones de bonos de alto rendimiento («*high yield*»), habitualmente sujetas a normativa anglosajona.

Operaciones de este tipo son cada vez más habituales en nuestro ordenamiento. Si bien el mercado a principios del 2000 estaba esencialmente formado por entidades financieras y cajas de ahorro,

la tendencia ha cambiado. Ya en 2011 los préstamos de las entidades crediticias nacionales representaban en torno al 80%¹ del total de la financiación del conjunto de los hogares y de las sociedades no financieras, y actualmente no se puede entender el mercado sin estos nuevos operadores de financiación, denominados de financiación directa («*direct lending*»), cuyas estructuras de financiación conviven en nuestro mercado.

Y en este marco contractual, ¿qué activos se otorgarían en prenda? El elenco es amplísimo y como señala VEIGA COPO, «*prácticamente todo bien, todo derecho o activo susceptible de un contenido y valor patrimonial puede, y de hecho es, ser objeto de garantía prendaria*»², destacando a continuación las más habituales:

- Prenda sobre las acciones o participaciones sociales representativas del capital social de una sociedad;
- Prenda sobre los saldos de cuentas corrientes;
- Prenda sobre los derechos de crédito derivados de contratos de relevantes (contrato de construcción, contratos de operación/gestión, contratos de arrendamiento, y, en general, cualesquiera contratos relacionados con un proyecto susceptibles de generar ingresos);
- Prenda sobre los derechos de crédito derivados de pólizas de seguros;
- Prenda sobre los derechos de crédito derivados de préstamos intragrupo;
- Prendas posesorias o sin desplazamiento sobre los activos que componen el proyecto (equipos, instalaciones y/o maquinaria); y/o
- Prenda sobre los derechos de crédito derivados de las correspondientes devoluciones de IVA (aplicable en el caso de que la financiación contemple un tramo IVA)³.

1. CALVO BERNANDINO, Antonio y PAÚL GUTIÉRREZ, Jesús. «*El crédito al sector privado en España: del crecimiento desbordado a la fuerte restricción*». Revista de Estudios Cooperativos (REC). Año 2012, Número 109, p. 15. ISSN: 1885-8031.

2. VEIGA COPO, Abel B. «*Tratado de la prenda*». 1.ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Civitas, 2011, p. 294. ISBN: 978-84-470-3687-5.

3. En relación con esta modalidad de prenda, advertimos que en virtud del artículo 17.5 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria «*los elementos de la obligación tributaria no podrán ser alterados por actos o convenios de los particulares, que no producirán efectos ante la Administración, sin perjuicio de sus consecuencias jurídico-privadas*».

¿Pueden las distintas prendas garantizar todas estas obligaciones como si de un conjunto o unidad de tratase?

Mediante el presente artículo analizaremos los retos, posibilidades, así como limitaciones que presenta nuestro derecho real de prenda ante las exigencias del mercado crediticio, compuesto no sólo por entidades financieras tradicionales, sino también por fondos de inversión y gestión de activos, así como proveedores de financiación directa.

Trataremos diversas cuestiones, por una parte, la configuración de la prenda para garantizar estructuras complejas de financiación, analizando también las últimas novedades legislativas, y haciendo un análisis comparado con una figura muy afín, el derecho real de hipoteca, viendo como dicha figura fue actualizada en 2007 dando cabida a la llamada hipoteca flotante, así como revisando el régimen legal de las garantías flotantes («*floating charges*») bajo derecho anglosajón, y comparándola con nuestra figura.

Finalmente, repasaremos algunas cuestiones relativas al régimen de ejecución de la prenda, en particular, las modalidades de venta o adjudicación directa, contempladas tanto en el Real Decreto-Ley 5/2005⁴, relativo a operaciones de garantía y obligaciones financieras, la regulación que da la prenda catalana⁵ a la venta directa, o el acudir por pacto contractual al llamado «pacto marciano».

II. PRELIMINAR (PERSPECTIVA HISTÓRICA)

La prenda («*pignus*», «*prehendere*», prender, asir, agarrar una cosa⁶) es un derecho real de garantía, y como tal, tiene como

En contra de lo anterior, *vid.* STS de 12 de diciembre de 2002 (RJ 2003, 305) y STS de 11 de julio de 2011 (RJ 2011, 6350) (voto particular de los Magistrados D. Juan Gonzalo Martínez Mico y D. Emilio Frías Ponce), en las que se manifiesta que el derecho a devoluciones de IVA no debe ser considerado como un elemento de la obligación tributaria, sino como un elemento de una obligación de contenido económico a cargo de la Administración frente al sujeto pasivo y, por tanto, disponible y pignorable por parte del sujeto pasivo.

4. 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.
5. Artículo 569-20.3 del Libro V del Código Civil de Cataluña (Ley 5/2006 de 10 de mayo).
6. CASTÁN TOBEÑAS, José. «*Derecho Civil Español, Común y Foral*». Tomo II (Derecho de cosas) Volumen 2 (Los derechos reales restringidos). 11.^a edición. Madrid: Editorial Reus, 1973, pp. 466 y 467.

función principal asegurar el cumplimiento de una obligación principal.

Encontramos sus orígenes en el Derecho Romano («*pignus datum*»), que permitía, sin enajenar la cosa y sin conceder tampoco ningún derecho sobre ella, entregarla al acreedor a título de prenda («*pignari deponere*»), diferenciándola de la hipoteca («*pignus conventum*»), reservándose dicha figura para los casos en que no había desplazamiento de la posesión.

Desde entonces y a lo largo nuestra historia ha sido un instrumento esencial de garantía, adaptándose a la realidad económica de los tiempos.

En la Edad Media, ya Las Partidas⁷ le dedicaban nada menos que cincuenta Leyes agrupadas en el Título XIII de la Quinta Partida, teniendo una regulación más completa incluso que nuestro Código Civil de 1889 (y también que el proyecto de Código Civil de 1851 que le precede).

Actualmente no hay un marco jurídico unificado que regule la figura de la prenda en España, sino que existe una gran dispersión normativa, que además no siempre es compatible en cuanto a contenido entre ella.

Así, los preceptos del Código de Comercio de 1885, del Código Civil de 1889 o de la Ley de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin Desplazamiento de 1954 (que tiene sus antecedentes en el Real Decreto-Ley de septiembre de 1917, para regular las garantías mobiliarias en el crédito agrícola), deben coexistir con el avanzado régimen previsto bajo el Real Decreto-Ley 5/2005, relativo a operaciones de garantía y obligaciones financieras, o con la regulación que da a la prenda el Libro V del Código Civil de Cataluña de 2006.

Por desgracia, nuestra jurisdicción no es una excepción dentro del marco global. Así, DROBNIG⁸, tras analizar los ordenamientos correspondientes a quince jurisdicciones en cuatro continentes, concluye que «*la mayoría de los países no cuenta con un moderno sistema lógico de derechos de garantía respecto a bienes muebles, si*

7. Las Siete Partidas, del Sabio Rey Don Alfonso El IX.

8. DROBNIG, Ulrich. «*Presente y futuro de las garantías reales y personales*». Revista Latinoamericana de Derecho (UNAM). Año 2004, Número I, pp. 93 y ss. ISSN: 1870-0608.

bien dentro del caos comparativo, advierte signos de una tendencia globalizadora».

Dicho lo anterior, dentro del elenco de garantías a otorgar, la prenda constituye una figura muy eficiente, puesto que su otorgamiento aparentemente no presenta muchas complicaciones más allá de su formalización en documento público y el cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación, no gravándose su constitución con impuestos como sí ocurre cuando se otorgan otros derechos reales, como el de hipoteca.

III. PRENDA Y MULTIPLICIDAD DE OBLIGACIONES GARANTIZADAS

Como ya comentado, el actual mercado financiero estaría asociado a una multiplicidad de acreedores y a una heterogeneidad de productos financieros, los cuales no siempre tiene que ser tratados paritariamente y en consecuencia pueden pactarse distintos rangos de prelación («*senior*», «*mezzanine*», «*junior*», etc.). ¿Puede garantizar una prenda todas estas obligaciones como si de un conjunto o unidad de tratase?

La primera pregunta que nos hacemos es si podemos acudir al concepto de «obligación principal» recogido en el artículo 1857,1.º del Código Civil, justificando que el conjunto de financiaciones mencionadas forman parte de una unidad de operación y que tienen una relación de dependencia recíproca y/o nexo o conexión causal entre sí, unas respecto de las otras.

Nosotros creemos que sí, pero nos encontramos no sólo ante una pregunta de muy difícil respuesta, con cierto vacío legal respecto a nuestra normativa, y que por tanto requiere de un análisis detallado y pormenorizado caso a caso. Al respecto, nuevamente nos preguntamos:

- ¿Pueden agruparse como «unidad de operación» acreedores de diferente naturaleza, tales como entidades financieras, proveedores de cobertura de interés, proveedores de financiación directa y/o fondos de inversión?
- ¿Qué ocurre con aquéllos contratos, como los contratos de derivados, que por su propia naturaleza representarían una

relación jurídica autónoma e independiente respecto al resto de contratos de financiación?

Podemos anticipar que en estos casos los operadores del mercado no han interpretado el principio de especialidad bajo la literalidad de «una obligación-una prenda», y que se ha acudido a fórmulas para expandir su conceptualización a «unidad de operación» / «nexo causal».

En operaciones de financiación dicho nexo causal habitualmente se interpreta como que el conjunto de operaciones financieras que se pretende formalizar presenten una relación de dependencia recíproca y/o nexo de conexión causal entre sí, formado parte de una unidad transaccional o de operación; en este contexto y volviendo al ejemplo planteado de una refinanciación global de la deuda de una compañía o grupo de sociedades, creemos que no hay duda de que dicha refinanciación, que viene acompañada habitualmente con una unidad de firma («*closing*»), debiera poder ser motivo suficiente para defender la existencia de nexo causal, pues todas las actuaciones que se realizan tienen como fin la reestructuración y reordenación de la deuda de dicho grupo de empresas.

En ocasiones en que lo anterior no ha sido materialmente posible, se ha recurrido a otras estructuras (que en ocasiones se califican como de ingeniería jurídica y que a continuación desarrollaremos). No nos estamos refiriendo a reinterpretar figuras como el «*pignus gordianum*»⁹, o a una construcción expansiva de la prenda «*ómnibus*»¹⁰, sino esencialmente a las siguientes estructuras:

9. La figura de la prenda gordiana («*pignus gordianum*»), aparece en Derecho Justiniano (Ley única «*Etiā ob chyrographiarum pecuniam pignus teneri posse*» (Codex Iustinianus, Tit. XXVII, Lib. VIII)), que permitía al acreedor pignoraticio conservar la posesión por otros créditos contra el deudor propietario de los bienes pignorados, si no atendía a otras deudas que tuviese contraídas por el mismo que no estuvieran gravadas por la prenda.

10. La prenda «*ómnibus*» representa más que una modalidad de prenda, una consecuencia de una práctica bancaria tendente a garantizar las deudas presentes y futuras que surjan de las relaciones comerciales entre deudor y acreedor garantizado. La prenda «*ómnibus*» cubriría según VEIGA-COPO «*todos los créditos que se originen entre acreedor pignoraticio y deudor, con independencia tanto de la fecha de constitución de la garantía, como del vencimiento del crédito garantizado*».

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

- Constitución de distintas prendas asignando un porcentaje a cada obligación garantizada, que implica necesariamente tener que «trocear» el activo pignorado, asignando a cada obligación una parte del mismo.
- Posibilidad de constituir distintas prendas con rangos, tanto concurrentes con un mismo rango (rangos iguales), como posteriores o sucesivos (segundos, terceros, etc.).
- En defecto del establecimiento de distintos rangos, sería posible pignorar, ya no el activo en sí mismo, sino el eventual derecho de crédito futuro que puede nacer en sede de ejecución, esto es, el sobrante de la subasta.

1. PRENDA POR PORCENTAJES, PRENDAS CONCURRENTES Y SUCESIVAS, Y PIGNORACIÓN DEL REMANENTE DE EJECUCIÓN («SURPLUS»)

Sin perjuicio de que el desarrollo de las anteriores instituciones puede ser objeto de una tesis doctoral (y en mi caso lo fue), vamos a resumir brevemente los «pros» y «contras» de dichas alternativas:

1.1. Prenda por porcentajes

Respecto a la prenda por porcentajes, conocida también como «paquetización», consiste en –cuando la naturaleza del activo así lo permite– proceder a la división del propio activo en paquetes para que cada uno de los activos resultantes de esa operación de división pueda servir de garantía a cada una de las distintas obligaciones que se pretende garantizar.

Por tanto, se constituirían distintas prendas individuales e independientes entre ellas sobre cada paquete de activos, asignando un porcentaje a cada obligación que se pretende garantizar.

Un ejemplo serían las acciones o participaciones que integran el capital social de una sociedad, formándose distintos grupos de acciones sobre los que se constituirían individualmente cada una de las prendas en garantía de las distintas obligaciones garantizadas.

No habría solapamiento de obligaciones garantizadas, ya que cada prenda se constituiría individualmente sobre un paquete de activos determinados.

Lo anterior sería compatible con las distintas regulaciones analizadas en materia de prenda, en tanto permitiría incluso llevar al extremo de la literalidad el principio «una obligación-una prenda».

Más allá de que las prendas por porcentajes respeten el principio de especialidad y se pueda evitar su troceamiento mediante pactos de ejecución conjunta, en la práctica no es muy utilizada, por su complejidad instrumental y operativa, no sólo en su formalización cuando se constituye, sino también durante su vigencia, pues cualquier novación de importes o cambio de estructura de la financiación supone la necesidad de ir novando y adaptando los referidos paquetes o porcentajes.

1.2. Prendas concurrentes o sucesivas en rangos

Nos referimos a la posibilidad de que un activo pignorado pueda ser ofrecido como garantía a través de una nueva prenda, esto es, se constituyan prendas en rangos (sucesivos o simultáneos) sobre un mismo activo.

Nos encontramos cierto vacío legal, que debemos interpretar en el marco de las distintas normas jurídicas de prenda:

En nuestro Código Civil (originario de 1889), ausencia de regulación, sólo se hace referencia en su artículo 1857,1.^a a que la prenda «*asegura el cumplimiento de una obligación principal*». Al no haber una prohibición expresa, trabajaremos en general con la asunción de que dichas prendas debieran ser aceptadas.

En normativa catalana (Ley 5/2006 de 10 de mayo, que aprueba el Libro V del Código Civil de Cataluña, relativo a derechos reales), existía una prohibición general en su artículo 569-15-1 que disponía que «*un bien pignorado no puede volverse a pignorar, salvo que sea en favor de los mismos acreedores y se distribuya la responsabilidad de las obligaciones garantizadas*».

Afortunadamente dicha limitación ya se ha superado a través del Decreto-Ley 9/2019¹¹, y en virtud de su Disposición Final Segunda se modifica el mencionado art. 569-15.1, estableciéndose que «*un bien*

11. Decreto-Ley 9/2019, de 21 de mayo, de medidas urgentes en materia de contención de rentas en los contratos de arrendamiento de vivienda y de modificación del libro quinto del Código Civil de Cataluña en el ámbito de la prenda.

pignorado se puede volver a pignorar, salvo pacto en contra»; como formalidades, se exige que la persona que pignore tiene la carga de manifestar, en el momento de la constitución de la nueva prenda, la existencia y las condiciones de las prendas anteriores.

Asimismo, y dentro del carácter innovador de nuestro Derecho catalán, destacar también el Anteproyecto de Ley de Reforma del Código Civil de Cataluña de 21 de septiembre de 2020, con la finalidad de actualizar ciertos artículos de dicho cuerpo normativo y que pretende dar cabida a un régimen orientado a la flotabilidad de la prenda (así lo define en su Exposición de Motivos), mediante la introducción de un nuevo apartado (3) al actual art. 569-14, en los siguientes términos:

«(3) *La prenda puede garantizar diversas obligaciones ya contraídas o por contraer, de manera simultánea o sucesiva entre las mismas partes deudora y acreedora, durante un período de tiempo y por un importa máximo acordado*».

Dicha propuesta, pese a su carácter novedoso, no es nueva en nuestro ordenamiento jurídico, pues ya se regulaba en términos similares en la Ley 22/1991, de 29 de noviembre, de garantías posesorias sobre cosa mueble (art. 9.3), así como en la Ley 19/2002, de 5 de julio, de Derechos Reales de Garantía de Cataluña (art. 13.3), y además arrastraría, a nuestro entender, una limitación, que es la mención a *«que se trate de obligaciones garantizadas entre un mismo deudor y un mismo acreedor*», pues en operaciones complejas de financiación es algo que no se suele dar, habiendo –como ya comentado– una pluralidad de partes cuyo nexo común sería la refinanciación en sí misma.

En casos de prenda posesoria y sin desplazamiento de la posesión (Ley de 16 de diciembre de 1954, sobre hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión), inicialmente contenía también una prohibición expresa a garantías sucesivas, pero mediante la reforma contenida en la Disposición Final Tercera de la Ley 41/2007¹² (que entre otras cuestiones regula la hipoteca flotan-

12. 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.

te) dicha prohibición fue superada permitiéndose la constitución de prendas sin desplazamiento sobre bienes ya pignoralos, aunque sin detallar el régimen legal aplicable.

Una vez admitida la posibilidad de existencia de dichas garantías pignoralicias en rangos (simultáneos o sucesivos), hemos de plantearnos sobre su funcionamiento en la práctica, así como sobre la efectividad y seguridad que pueden ofrecer a los operadores del mercado, especialmente considerando que a diferencia de las hipotecas no existe un registro que pueda dar publicidad a los diferentes acreedores que puedan ser beneficiarios de los distintos rangos, existiendo exclusivamente en la prenda sin desplazamiento de la posesión (Registro de Bienes Muebles).

En este sentido, nos realizamos las siguientes preguntas (gran parte de ellas afectan directamente a las prendas en rangos (concurrentes o sucesivas):

- ¿Se precisa el consentimiento del acreedor pignoralicio preferente para constituir la garantía de segundo rango?
- ¿Hace falta fijar un máximo de responsabilidad?
- ¿Cómo se acredita el desplazamiento de la posesión?
- ¿Quién es el depositario?
- ¿Cuáles son las reglas de ejecución?
- En caso de ejecución del primer acreedor, ¿se puede llegar a producir la purga de la garantía?
- ¿Puede el segundo acreedor ejecutar la garantía antes que el primero? En ese caso y en el supuesto de que el adjudicatario de la garantía sea un tercero de buena fe que desconocía el gravamen preferente, ¿puede oponerse a ese tercero el derecho de prenda (adquiriendo el activo gravado con primera prenda)?

No es fácil encontrar soluciones dentro de la parca regulación que nuestro ordenamiento ofrece a la figura de la prenda, pero intentaremos ofrecer respuesta con la finalidad de sentar los criterios por los que creemos debiera regularse dicha figura.

En relación con el consentimiento del acreedor pignoralicio preferente, creemos que no sería necesario, salvo en defecto de regulación contractual entre las partes, esto es, por la aplicación de

las cláusulas denominadas de «*negative pledge*», mediante las cuales acreedor y deudor acuerdan de mutuo acuerdo restricciones en cuanto al otorgamiento de garantías adicionales, debiendo estar informados ambos sobre la existencia de la prenda, para –entre otros– acordar cuál de los acreedores es el depositario, o si se nombra a un tercero a estos efectos.

En el supuesto de que el objeto de la pignoración no fueran activos, sino derechos de crédito, el desplazamiento posesorio sería sustituido por la notificación, notificación que no alteraría las reglas de prioridad, por determinarse la preferencia entre acreedores en razón a la fecha de la notificación.

Respecto a la fijación de una responsabilidad máxima, más allá de que ello es expresamente exigido en alguna normativa (como el Código Civil de Cataluña), no creemos que sea esencial a efectos de determinar la validez y eficacia de la garantía.

No obstante, en cuanto al desplazamiento de la posesión, estamos ante un elemento esencial. El artículo 1863 de nuestro Código Civil¹³ (al igual que el artículo 569-13 del Libro V del Código Civil de Cataluña) entiende la desposesión del deudor como un requisito constitutivo de la prenda. En la misma línea, DÍEZ-PICAZO¹⁴ señala que «*para que exista el derecho de prenda, es necesario que la cosa no continúe en poder del constituyente del derecho*», y complementa CARRASCO PERERA¹⁵ que la desposesión debe ser «*verdadera*» y «*continuada*». En la misma línea, LACRUZ BERDEJO¹⁶ señala que el desplazamiento posesorio desempeña una función esencial de «*control patrimonial y de publicidad*».

13. Artículo 1863 Código Civil.

«*Además de los requisitos exigidos en el artículo 1857, se necesita, para constituir el contrato de prenda, que se ponga en posesión de ésta al acreedor, o a un tercero de común acuerdo*».

14. DÍEZ-PICAZO, Luis. «*Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*». Tomo VI (Derechos Reales), 1.ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Civitas, 2012, p. 367. ISBN: 978-84-470-4056-8.

15. CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. «*Tratado de los Derechos de Garantía*». Tomo II (Garantías Mobiliarias), 3.ª edición. Cizur Menor: Editorial Thomson Reuters Aranzadi, 2015, pp. 165 y 166. ISBN: 978-84-9059-688-3.

16. LACRUZ BERDEJO, José Luis. «*Elementos de Derecho Civil*». Tomo III (Derechos Reales), Volumen 2 (Derechos Reales Limitados. Situaciones de Cotitularidad). 2.ª edición. Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 211. ISBN: 84-9772-309-0.

Así, en el supuesto de constituir una prenda posesoria sobre un bien ya dado en prenda, como indica VEIGA COPO¹⁷, nada impide la realización de dicho negocio jurídico, siempre y cuando se cumpla con la entrega y desplazamiento posesorio, pudiendo designarse como poseedor al primer acreedor pignoraticio o, en su caso, a un tercero para que detente dicha posesión.

Más allá de ciertas dificultades que nos podemos encontrar respecto a la colaboración del depositario-acreedor en sede de ejecución, el verdadero «talón aquiliano» es la realización del valor de la garantía por parte de cualesquiera acreedores pignoraticios, pues al carecer de una base registral pública, la debilidad de la garantía radica en que si un acreedor prendario ulterior ejecuta la prenda, toda vez que el crédito garantizado del primer acreedor prendario no hubiese vencido, la adjudicación por parte de un tercero conforme a los cánones del artículo 464 del Código Civil podría implicar la extinción del resto de prendas constituidas sobre ese mismo bien.

A nuestro entender, más allá de la conveniencia de la advertencia realizada, en la práctica creemos que esta situación no es tan fácil que se dé, en tanto en caso de prendas con varios rangos habitualmente los acreedores suscribirán entre ellos el llamado contrato entre acreedores («*intercreditor agreement*»)¹⁸, con la finalidad de regular sus relaciones jurídicas, especialmente el producto de la ejecución, y la documentación de la operación debiera incorporar también las llamadas cláusulas de vencimiento cruzado («*cross default*») presentes en todas las financiaciones, con la finalidad de que cualquier incumplimiento bajo cualquiera de las financiaciones garantizadas permita a las partes financieras denunciar unilateralmente el contrato de financiación («*cross acceleration*»).

17. VEIGA COPO, Abel B. *Op. cit.* «Tratado de la prenda», p. 302. Edición 2011.

18. LOAN MARKET ASSOCIATION (LMA). «*The Real Estate Loan Book*». London: Edwin Buckley & Co, 2015, p. 109. ISBN: 978-0-9554973-3-9.

«*The intercreditor agreement documents the relationship between the various creditors with exposure to a borrower group. It contractually subordinates amounts owing to mezzanine lenders and certain other creditors so that the senior lenders rank in priority to them.*».

T.d.A. «*El contrato entre acreedores documenta la relación entre varios acreedores con el grupo del prestatario. Subordina contractualmente los importes debidos a los prestamistas subordinados u otros acreedores, con la finalidad de que los prestamistas senior tengan prioridad frente a ellos.*».

1.3. Pignoración del remanente de ejecución («surplus»)

No nos referimos a las prendas de derechos de crédito que se consideran legalmente implícitas –con base en el principio de subrogación real– en prendas posesorias (o en hipotecas inmobiliarias) para el supuesto de que la cosa gravada se extinga, se dañe o se pierda, ni a la pignoración del crédito pignorado¹⁹, sino al acuerdo voluntario de acreedor y deudor de que el sobrante de la ejecución (también conocido como «*surplus*») y que habitualmente correspondería al acreditado²⁰, se otorgue formalmente como garantía de otros créditos.

Dicha tipología de garantía se utiliza, en ocasiones, como alternativa a la prenda de rango sucesivo (analizada en la sección anterior), especialmente cuando encontramos limitaciones a formalizar nuevas garantías sobre los mismos activos.

No obstante y pese a que tanto una prenda sucesiva en rango como una prenda de derecho de crédito de remanente aparentemente tengan una finalidad similar en cuanto a su pretensión de ofrecer una garantía adicional al acreedor garantizado, conceptualmente son garantías totalmente diferenciadas.

Así, mientras que en el primer caso se ofrecería como garantía un activo ya pignorado a través de una nueva prenda (en igualdad de rango o con rango sucesivo), en la prenda de remanente de ejecución lo que se otorga en garantía no es el activo dado originariamente como garantía, sino un objeto totalmente distinto, que sería el sobrante de la ejecución, que no deja de ser un derecho de crédito futuro, cuyo nacimiento estaría sujeto a la existencia de dicho remanente.

La prenda de remanente sería, por tanto, una «*prenda ordinaria de crédito de primer rango*»²¹, con la particularidad de que ese derecho de crédito es futuro, esto es, sólo se materializará y tendrá valor económico si de la ejecución de la primera garantía hay su-

19. CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Op. cit.*, «*Tratado de los Derechos de Garantía*». Tomo II. Edición 2015, p. 250.

20. Artículo 692 Ley de Enjuiciamiento Civil (Destino de las sumas obtenidas en la subasta de inmuebles).

21. CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Op. cit.*, «*Tratado de los Derechos de Garantía*». Tomo II. Edición 2015, p. 250.

perávit. Se trataría, por tanto y a los efectos del artículo 1273 del Código Civil²² de un derecho de crédito determinable, y por tanto pignorable.

2. FLOTABILIDAD DE LA PRENDA. APROXIMACIÓN AL RÉGIMEN DE LAS GARANTÍAS FLOTANTES DE LA LEY 41/2007 Y A LAS «FLOATING CHARGES» DE DERECHO ANGLOSAJÓN

La normativa relativa a la hipoteca flotante de la Ley 41/2007 o incluso la regulación de las llamadas «*floating charges*» bajo Derecho anglosajón, más allá de que pueda ser inspiradora a efectos de valorar las nuevas posibilidades de la prenda como garantía global comentadas en este artículo, no puede ser transpuesta directamente en sus mismos términos a la prenda.

2.1. Hipoteca Flotante (Ley 41/2007)

En relación con la Ley 41/2007, mediante la introducción del artículo 153 bis se admitió lo que consideramos una hipoteca flotante «pura», mediante la cual es posible gravar un bien en garantía de obligaciones distintas, incluso aunque carezcan de nexo causal entre ellas, sin que el hipotecante deba individualizar la parte de responsabilidad hipotecaria total que garantiza cada obligación.

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

En palabras de la Dirección General de los Registros y del Notariado, como las obligaciones cubiertas pueden ser varias, no «*hace falta pactar novación alguna, ni refundir de ningún modo las múltiples obligaciones aseguradas en una sola*»²³.

22. Artículo 1273 Código Civil.

«El objeto de todo contrato debe ser una cosa determinada en cuanto a su especie. La indeterminación en la cantidad no será obstáculo para la existencia del contrato, siempre que sea posible determinarla sin necesidad de nuevo convenio entre los contratantes».

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

Por tanto, el elemento esencial de la hipoteca flotante sería, así, la «*indiferenciabilidad*»²⁴ de la responsabilidad hipotecaria entre los créditos garantizados, que permitiría al acreedor dirigirse contra el bien, hasta el límite de la responsabilidad hipotecaria atribuida en conjunto, ante el incumplimiento de cualquiera de las obligaciones garantizadas.

No obstante, este régimen presenta también ciertas restricciones, pues sólo se permite hipoteca flotante en garantía de cualquiera de las entidades financieras indicadas en el artículo 2 de la Ley del Mercado Hipotecario (Ley 2/ 1981, de 25 de marzo)²⁵ o de las Administraciones Públicas.

Queda vedada, por tanto, la constitución de hipotecas flotantes en garantía de cualquier otro acreedor, por ejemplo, fondos de inversión, de gestión de activos, o prestadores de financiación directa («*direct lending*»); al respecto y sin ser objeto del presente artículo, solo apuntar que ello ha generado problemas en los mercados financieros, pues cuando los bancos ceden en operaciones de «*trading*» su posición contractual en financiaciones garantizadas con «hipoteca flotante» a cesionarios «no bancos» (esto es, fondos de inversión o de gestión de activos) es difícil asegurar la pervivencia de la garantía hipotecaria en los mismos términos.

En definitiva y concluyendo, en virtud de dicha figura, se pone fin a la concepción clásica del principio de especialidad interpretado como «*una obligación-una hipoteca*», así como al criterio sentando por la Dirección General de los Registros y del Notariado en múltiples resoluciones, en particular, la Resolución de la DGRN de 25 de abril de 2005 (RJ 2005, 5538).

Dicho lo anterior, no se puede obviar que la existencia de un Registro en sede hipotecaria (inexistente en la prenda ordinaria con

24. AZOFRA VEGAS, Fernando. «*Hipotecas Flotantes*». Revista Crítica de Derecho Inmobiliario (RCDI). Año 2008, Número 707, p. 1182. ISSN: 0210-0444.

25. Artículo 2 de la Ley 2/1981, de 25 de marzo, de regulación del mercado hipotecario. «*Las entidades de crédito que, a continuación, se detallan podrán otorgar préstamos y créditos y emitir los títulos que se regulan por la presente Ley, en las condiciones que reglamentariamente se determinen:*

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

desplazamiento de la posesión) tiene sus consecuencias favorables en cuanto a poder garantizar tal multiplicidad de obligaciones.

2.2. «Floating charges» (Derecho Anglosajón)

El Derecho inglés distingue entre: (i) «*fixed charges*», cuyos rasgos principales serían: «*a fixed charge attaches to a specific asset and restricts the chargor from dealing with (for example, disposing of) that asset*»²⁶; y (ii) «*floating charges*», cuyos rasgos definitorios serían: «*a floating charge generally attaches to a class of assets, and the chargor is permitted to deal with those assets in the ordinary course of business without the consent of the chargee pending an event in which causes the charge to “crystallise”*. A typical floating charge will comprise the entirety of the borrower’s assets, whether existing or future, and whether tangible or intangible»²⁷.

Por consiguiente, la esencia de una «*floating charge*» radicaría en las siguientes características:

- No recae sobre un activo específico, sino sobre una variedad de activos (que pueden ser tanto presentes como futuros);
- Dichos activos pueden fluctuar, esto es, pueden modificarse y sustituirse por el desarrollo de la actividad de la sociedad;
- y
- Las facultades de control las retiene la sociedad (no el acreedor, como ocurría en la «*fixed charge*»), que puede seguir haciendo uso de dichos activos en el desarrollo normal de su actividad.

La «*floating charge*» cubriría tal pluralidad de activos hasta que un evento futuro determine su ejecución/ cristalización («*crystallisation*»).

26. AA.VV. *Op. cit.* «*The Lending and Secured Finance Review*», p. 36.

T.d.A.: «una “*fixed charge*” toma en garantía un activo concreto e impide al deudor gestionar dicho activo (por ejemplo, disponer del mismo)».

27. AA.VV. *Op. cit.* «*The Lending and Secured Finance Review*», p. 36.

T.d.A.: «mediante las “*floating charges*” habitualmente se toman en garantía una variedad de activos, quedando el deudor autorizado a gestionar esos activos en el curso ordinario de sus negocios sin precisar del consentimiento del acreedor, sujeto a la ocurrencia de un evento que produciría que dicha garantía cristalizase. Las “*floating charges*” típicamente comprenderían la totalidad de los activos de un deudor, presentes o futuros, y con independencia de que sean materiales o intangibles».

Respecto a las «*floating charges*», más allá de su similitud terminológica con la hipoteca flotante y que permita poder garantizar una pluralidad de obligaciones (esencialmente por no haber restricciones bajo Derecho inglés en este ámbito), el elemento definitorio de una «*floating charge*» sería el objeto otorgado como garantía (variedad de activos presentes y futuros), dando control y autonomía de disposición al deudor, y precisando de la denominada cristalización para que el acreedor pueda tomar el control de tales activos dados en garantía y poder realizarlos.

Adicionalmente, el régimen legal aplicable a una «*floating charge*» no puede equipararse con la protección ofrecida por nuestro sistema de garantías, gozando el acreedor garantizado por prenda de un verdadero crédito con privilegio especial bajo la Ley Concursal, y ostentando dicho acreedor cierto control sobre el activo dado en garantía, circunstancias no existentes en una garantía flotante bajo Derecho inglés, y más propio de las «*fixed charges*».

IV. EJECUCIÓN DE LA PRENDA: ALTERNATIVAS A LOS SISTEMAS TRADICIONALES DE EJECUCIÓN EN SUBASTA

Un derecho real de prenda puede ejecutarse por varios mecanismos, siendo los más habituales: (i) el tradicional procedimiento de ejecución judicial, conforme a lo previsto en el art. 571 y ss. de nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, (ii) el procedimiento de ejecución notarial, siguiendo las normas establecidas en el Código Civil, en la Ley de 28 de mayo de 1862 del Notariado, y supletoriamente las comprendidas en nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil, o (iii) mediante compensación en caso de que los activos dados en prenda sean de naturaleza pecuniaria (como pueden ser los saldos de cuentas corrientes o derechos de crédito²⁸), no siendo necesaria en ese caso la realización de una subasta previa.

A través del Real Decreto-Ley 2005, se abre la posibilidad de que la ejecución se produzca también mediante la apropiación del objeto dado en garantía o mediante su venta directa a un tercero,

28. La posibilidad de compensación como forma de ejecución de las prendas de derechos de crédito es admitida con carácter general por doctrina y jurisprudencia, en particular desde 1997 (SSTS de 19 de abril de 1997 [RJ 1997, 3429] y 7 de octubre de 1997 [RJ 1997, 7101]).

siendo en ese caso necesario (y para evitar la aplicación del pacto comisorio) que las partes acuerden un valor de mercado.

Dicho Real Decreto-Ley, que es consecuencia de la trasposición de la Directiva 2002/CE/47 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio, está encaminada, entre otras finalidades, a armonizar las legislaciones nacionales de los Estados Miembros, eliminando incertidumbres en el funcionamiento de los mercados financieros, y en particular y en lo que nos interesa a estos efectos, en el terreno de las llamadas «garantías financieras».

En términos similares, aunque ofreciendo un régimen más general y no pensado específicamente para garantías financieras, destacar el régimen de venta directa recogido en la prenda catalana (detallado en el artículo 569-20.3 del Libro V del Código Civil de Cataluña), con una regulación, como veremos, muy clara y pragmática.

Finalmente y como alternativa a los procedimientos de ejecución anteriores, se puede acordar que la prenda se ejecute por adjudicación (conocido como «*pacto marciano*»), si bien para este caso en concreto y al tratarse de un mecanismo articulado a través de la libertad contractual entre las partes, su reconocimiento deberá examinarse caso por caso a fin de asegurarnos que se mantiene en todo caso un equilibrio entre los intereses de acreedor y deudor que impida el enriquecimiento injusto.

Nos centraremos a continuación en los que consideramos más novedosos, esto es: (i) el Real Decreto-Ley 5/2005, (ii) el Libro V del Código Civil del Cataluña, así como (iii) el de adjudicación («*pacto marciano*»).

1. EJECUCIÓN A TRAVÉS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2005

Antes de analizar el régimen de ejecución de dicho Real Decreto-Ley, vemos conveniente contextualizar el mismo, siendo uno de sus principales objetivos conseguir una amplia armonización comunitaria para los denominados acuerdos de compensación contractual, así como las garantías de carácter financiero, flexibilizando asimismo los requisitos formales para su adopción y aportación, en particular:

- Posibilitar la disposición del objeto de la garantía (dinero, valores e instrumentos financieros) y la ejecución directa de las garantías cuando se produzca incumplimiento, sin intervención de ningún tipo de fedatario o autoridad pública, e incluso la apropiación directa del bien aportado en garantía por el propio acreedor; y
- Establecer los efectos derivados de las disposiciones de insolvencia sobre dichos acuerdos y garantías.

No obstante, esta regulación no es aplicable a cualquier parte, existiendo unos requisitos tanto subjetivos como subjetivos:

- **Ámbito subjetivo:** Lista tasada, únicamente aplicaría a las denominadas partes autorizadas: (i) por un lado, una de las partes ha de ser una entidad financiera, sujeta a autorización y supervisión pública²⁹; y (ii) por otro lado, se determina su aplicación, con carácter general, sólo para las personas jurídicas.
- **Ámbito objetivo:** Obligaciones garantizadas mediante un acuerdo de garantía financiera que dan derecho a un pago en efectivo o a la entrega de instrumentos financieros («*Obligations which are secured by a financial collateral arrangement and which give a right to cash settlement and/or delivery of financial instruments*»).

Sobre lo anterior, destacar en la línea que apuntan algunos autores³⁰, dicho cuerpo jurídico requiere de muchos esfuerzos inter-

29. Art. 4 Real Decreto-Ley 5/2005 (Sujetos):

- a) Entidades públicas;
- b) El Banco Central Europeo, el Banco de España, los bancos centrales de los Estados miembros de la Unión Europea, los bancos centrales de terceros Estados, el Banco de Pagos Internacionales, los bancos multilaterales de desarrollo, el Fondo Monetario Internacional y el Banco Europeo de Inversiones;
- c) Las entidades de crédito; las empresas de servicios de inversión; las entidades aseguradoras; las instituciones de inversión colectiva en valores mobiliarios y sus sociedades gestoras; los fondos de titulización hipotecaria, los fondos de titulización de activos y las sociedades gestoras de fondos de titulización; los fondos de pensiones, y otras entidades financieras; y/o
- d) Los organismos rectores de los mercados secundarios y las sociedades que gestionan sistemas de registro, compensación y liquidación, así como las entidades de contrapartida central, agentes de liquidación o cámaras de compensación a que se refiere la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores, y las entidades similares que actúen en los mercados de futuros, opciones y derivados.

30. DÍAZ RUIZ, Emilio y RUIZ BACHS, Salvador. «*Reformas urgentes para el impulso a la productividad: Importantes reformas y algunas lagunas*». Diario La Ley, 27 de abril de 2007,

pretativos, por cuanto se trata de una traducción un tanto desafortunada de la versión inglesa y cuyo ámbito de aplicación se ha configurado de forma vaga faltando definición y delimitación en varios de sus conceptos, como el de «garantía financiera», con la importancia que ello tiene.

Afortunadamente, a través de la STJUE de 10 de noviembre de 2016 se consolidó la interpretación, optando por una interpretación amplia de los términos de «obligación principal» y «obligación garantizada» (siguiendo los términos de la Directiva 2002/47³¹), considerando que tales expresiones hacían referencia a cualquier obligación que dé derecho a un pago en efectivo.

Las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante: (i) la transmisión de la propiedad del bien dado en garantía (o «garantía financiera con cambio de titularidad»); o (ii) la pignoración del bien dado en garantía.

El objeto de la garantía financiera que se aporte debe consistir exclusivamente en: (i) efectivo; (ii) valores negociables y otros instrumentos financieros; y (iii) todo derecho directo o indirecto sobre aquellos.

Ello en la práctica permitiría poder sujetar al Real Decreto-Ley 5/2005 prendas de la siguiente tipología: prendas de saldos de cuentas, prendas de derechos de crédito, así como prendas de acciones.

Respecto a las prendas de acciones, ha existido cierto debate sobre si comprende únicamente acciones admitidas a cotización o puede englobar cualquier tipo de acción; a nuestro entender y siguiendo a CARRASCO PERERA, dentro del concepto de valores negociables cabría incluir también acciones sobre una sociedad no cotizada (especialmente si se trata de acciones representadas por anotaciones contables)³², y lo que quedaría excluido en todo caso serían las participaciones, que en ningún caso se considerarían valores.

Y en relación con la prenda de saldo de cuentas, a la hora de valorar si se debiera permitir al deudor poder disponer del saldo

pp. 4 y 5. ISSN: 1989-6913.

31. Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito.

32. CARRASCO PERERA, Ángel, CORDERO LOBATO, Encarna y MARÍN LÓPEZ, Manuel Jesús. *Op. cit.*, «Tratado de los Derechos de Garantía». Tomo II. Edición 2015, p. 335.

de las cuentas pignoradas, téngase en cuenta que la sentencia del TJUE de 10 de noviembre de 2016 antes indicada ha entendido que para que el beneficiario de una garantía financiera pueda ejecutarla conforme a la Directiva 2002/47 (de la que trae origen el Real Decreto-Ley 5/2005) debe tener bajo su control los fondos depositados, para lo cual se recomienda limitar la disponibilidad de los mismos.

Finalmente y como formalidades, la única formalidad para la constitución, validez y eficacia de los acuerdos de garantía financiera regulados en dicho Real Decreto-Ley sería que consten por escrito, teniendo la consideración de constancia por escrito el registro o anotación por medios electrónicos y en cualquier soporte duradero. En este sentido destacar que a pesar de la flexibilidad que nos aporta dicha norma, es práctica habitual de mercado formalizar dichas garantías en documento público.

Centrándonos en la ejecución, el beneficiario podrá ejecutar las garantías, entre otras, de las siguientes formas:

- Valores negociables u otros instrumentos financieros: Mediante compensación o aplicación de su valor al cumplimiento de las obligaciones financieras principales y mediante venta o apropiación.
- Efectivo: Mediante compensación de su importe o utilizándolo para ejecutar las obligaciones financieras principales.

La apropiación sólo será posible cuando se haya previsto expresamente en el acuerdo, y, en el caso de valores negociables, además se pacten las modalidades de valoración de los mismos.

En este sentido, es habitual regular en los contratos de prenda que el valor será determinado por un experto independiente, como puede ser un banco de inversión o una firma de auditoría, siendo recomendable pactar un valor mínimo para dicha venta.

2. VENTA DIRECTA DEL LIBRO V DEL CÓDIGO CIVIL DE CATALUÑA

El Código Civil de Cataluña indica en su Preámbulo que la autonomía de la voluntad es un elemento relevante a la hora de constituir y configurar los derechos reales.

En este sentido y siguiendo tales principios inspiradores, introduce como novedad significativa en su artículo 569-20.3 la po-

sibilidad de que el acreedor y deudor acuerden un procedimiento específico de realización del valor, por el que la cosa mueble objeto de la prenda sea vendida directamente por cualquiera de ellos o mediante una tercera persona³³.

Dicho procedimiento, conocido también como de «venta directa», creemos se trata de una muy buena alternativa al procedimiento regulado en el Real Decreto-Ley 5/2005, en tanto en cuanto no se circunscribe a operaciones financieras, ni presenta las limitaciones objetivas o subjetivas antes indicadas. Así, unas participaciones sociales podrían ser realizadas por este procedimiento de venta directa (no posible bajo dicho Real Decreto-Ley por reservar dicho procedimiento a valores), tampoco habiendo impedimento a que fondos de inversión y gestión de activos, así como proveedores de financiación directa puedan utilizarlo, existiendo en cambio dudas en este sentido bajo el Real Decreto-Ley 5/2005, por el listado *númerus clausus* de sujetos que pueden beneficiarse el mismo.

Los requisitos son muy sencillos, y los establece la propia norma:

- Que el acuerdo se recoja en documento público; y
- Que se describan los criterios de venta, así como el plazo, que no puede superar los seis meses.

Respecto al contenido de estos acuerdos recomendamos que no se limiten autorizar la venta o transcribir los preceptos de la ley, sino que también se incluyan los criterios de enajenación, como pueda ser la determinación de la persona o personas autorizadas para disponer del bien, las facultades que en concreto se le otorgan, el valor de venta o de mercado del bien o la fijación de un mínimo, forma de pago, destino del precio sobrante, etc.

Destacar también dentro del carácter innovador de dicha normativa, la naturaleza que se le otorga al derecho de retención, que como señala BADOSA COLL «*deja de ser una excepción en la obli-*

33. Art. 569-20-3 del Libro V del Código Civil de Cataluña:

«Els creditors pignoratius i els pignorants poden acordar que qualsevol d'ells o una tercera persona vengui el bé empenyorat. Aquest acord, que s'ha de formalitzar en un document públic, ha de contenir els criteris de l'alienació i el termini en què s'ha d'acomplir, que no pot superar els sis mesos, i s'ha de notificar feiaentment als titulars coneguts de drets reals sobre el bé, a fi que, si els interessa, paguin el deute i se subroguin en la posició dels creditors pignoratius».

gación de restituir una cosa ajena al reforzarse con la facultad de realización de su valor»³⁴, convirtiéndolo en un derecho real, y por tanto, en una garantía adicional.

3. EL PACTO MARCIANO

Como alternativa a los procedimientos de ejecución anteriores, las partes pueden también acordar que, en caso de incumplimiento de cualquier obligación de pago, una prenda podría ejecutarse mediante la adjudicación, ya sea parcial o total, por parte del acreedor pignoraticio, conocido como «pacto marciano».

Aunque el Código Civil prohíbe el denominado pacto comisorio por el que el acreedor se puede apropiar definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor³⁵ (arts. 1859 y 1884), doctrina y jurisprudencia³⁶ vienen aceptando su validez siempre que exista un equilibrio entre los intereses de acreedor y deudor que impida un enriquecimiento injusto, dejando sin efecto las tesis que entendían que el mismo era contrario al orden público o que entendían que carecía de causa justificativa en su transmisión.

Dicha posibilidad ya se recogía en el Digesto (20,1,16,9): *«Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio».*

Al margen de lo anterior, el reconocimiento de estos pactos deberá examinarse caso por caso a fin de determinar si el mecanismo articulado para su ejercicio parte de la libertad contractual de las partes y de la buena fe, y respeta el equilibrio entre las prestaciones entre deudor y acreedor.

34. BADOSA COLL, Ferran *«Las Garantías Reales en el CCCat»*, en *«Garantías reales en escenarios de crisis: presente y perspectiva»*. LAUROBA LACASA, M.^a Elena y TORABAL BOSCH, Jaume. Madrid: Editorial Marcial Pons (Ediciones Jurídicas y Sociales), 2012. ISBN: 978-84-9768-992-2.

35. VEIGA COPO, Abel B. *Op. cit.* *«Tratado de la prenda»*, p. 1322: *«El motivo determinante de la prohibición del pacto comisorio está en función de la desproporción que se genera entre el valor de lo debido y el valor de la pérdida que sufre el deudor por el hecho de que el acreedor se apropie de la cosa objeto de garantía».*

36. Resoluciones de la DGRN de 26 de diciembre de 2018 (RJ 2018, 5995) y Resolución de la DGFPySJ de 15 de marzo de 2021 (RJ 2021, 1557). Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de febrero de 2017 (RJ 2017, 595).

A estos efectos, recomendamos:

- Que se establezca un procedimiento de valoración objetivo del bien objeto de la garantía que permita determinar su justo precio y evitar situaciones de abuso para el deudor; y
- Deben quedar garantizados adecuadamente los derechos de terceros en relación con el sobrante del precio que se obtuviera, una vez pagada la deuda garantizada.

Al igual que en el Real Decreto-Ley 5/2005, así como en el Libro V, como mejor detallemos estos procedimientos, más nos aseguramos las posibilidades de éxito y mitigaremos eventuales causas de oposición.