

Las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés: *Fixed charge* y *Floating charge*: su constitución y publicidad registral

Non-possessory security interests in English law: Fixed and Floating charge: attachment and perfection

por

MARÍA SERRANO FERNÁNDEZ
Profesora Titular de Derecho Civil
Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)

RESUMEN: En una situación de crisis inmobiliaria, el capital financiero adquiere una importancia cada vez mayor; sin embargo, en el Derecho español existe una inadecuación entre la concesión de créditos y los tipos de garantías en el tráfico de bienes muebles. Por ello, parece necesario buscar fórmulas flexibles de garantías mobiliarias que superaran los inconvenientes de los derechos clásicos, especialmente de los no posesorios. Los deudores necesitan los bienes para la explotación de su empresa y que ciertos activos dados en garantía, como los instrumentos financieros, mercancías o materias primas sean enajenables o transformables sin que la garantía desaparezca. En este contexto, recurrir al Derecho comparado y conocer la experiencia de otros países constituye un paso indispensable para madurar las soluciones más idóneas respecto

a nuestras circunstancias. Este trabajo de investigación se centra en el Derecho inglés; concretamente en el *charge*, el cual puede revestir dos modalidades: *fixed charge* y *floating charge*. Este último tipo se caracteriza porque puede recaer sobre bienes presentes y futuros, tangibles e intangibles, sin exigir un acto expreso de sometimiento a la garantía ya constituida cuando se adquieren nuevos bienes. Además, permite que el deudor pueda disponer de sus bienes en el ordinario curso de sus negocios, de forma que el adquirente los reciba libres de gravamen. La flexibilidad de esta fórmula creemos que justifica el estudio que ahora abordamos, el cual se va a centrar en los requisitos necesarios para constituir el *charge* y en el sistema de publicidad establecido para este tipo de gravamen.

ABSTRACT: In a situation of real estate crisis, the financial capital acquires increasing importance. However, in Spanish law there is an inadequacy between the granting of credits and the types of security interests in the traffic of movables. Therefore, it seems necessary to find flexible formulas that overcome the drawbacks of the classic security interests, especially non possessory. Debtors need goods for the exploitation of their company and certain active give as a guarantee, as financial instruments, goods or commodities be disposal or transformable without the guarantee disappears. In this context, resort to comparative law and the experience of other countries was an essential step to mature the most suitable solutions regarding our circumstances. This research article focuses on English law; specifically on the charge, which may take two forms: fixed charge and floating charge. The last form is characterized because it can fall to present and future, tangible and intangible, goods without requiring express act of submission to the security already lodged when new assets are acquired. It is also allows that the debtor disposes assets in the ordinary course of business, in such a way that the purchaser received them free of charge. The flexibility of this form we believe that it justifies this study, which is going to focus on the requirements necessary to attachment and perfection the charge.

PALABRAS CLAVES: Derecho inglés. Garantía flotante. Cristalización. Publicidad.

KEY WORDS: *English law. Floating charge. Crystallisation. Perfection.*

SUMARIO: I. PLANTEAMIENTO.—II. *THE FLOATING CHARGE:* 1. UNA APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL *CHARGE*. 2. TIPOS DE *CHARGE*: *FIXED CHARGE* Y *FLOATING CHARGE*. 3. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL *FLOATING CHARGE*. 4. CRISTALIZACIÓN DEL *FLOATING CHARGE*.—III. CREACIÓN DEL *CHARGE*.—IV PU-

BLICIDAD DEL DERECHO DE GARANTÍA: 1. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN *PERFECTION*. 2. *CHARGES* CREADOS POR COMPAÑÍAS (*COMPANIES ACT 2006, SECTION 859 A*): A) *Introducción*. B) *Régimen jurídico*: a) *Charges* que han de ser objeto de registro. b) Sujeto que tiene la obligación de practicar la inscripción en el Registro. c) Plazo de inscripción. d) Datos que constan en la inscripción. e) Rectificación de la inscripción. f) Efectos de la inscripción. g). Efectos derivados de la falta de inscripción. 3. *CHARGES* OTORGADOS POR DEUDORES QUE NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE COMPAÑÍAS: *THE BILL OF SALE ACTS 1878* Y *THE BILL SALES ACT 1882*: REQUISITOS DE FORMA Y REQUISITOS DE PERFECCIÓN: A) *Introducción: concepto de bill of sale*. B) *Requisitos de forma para la constitución de security bills*. C) *Requisito de perfección para dotar de publicidad a bill of sale given by way of security for the payment money*.—V. CONCLUSIONES.—BIBLIOGRAFÍA.—JURISPRUDENCIA.

I. PLANTEAMIENTO

El estudio de los dos principales tipos de garantías reales en el Derecho español parte de una distinción fundamental en función de la categoría de bienes sobre los que recaen; así, la hipoteca inmobiliaria recae sobre bienes inmuebles y la prenda sobre bienes muebles. Sin pretender lógicamente llevar a cabo un estudio de estas figuras, si cabe afirmar que las características que configuran estos dos tipos de garantías reales son sustancialmente distintas. Como es sabido, en la hipoteca inmobiliaria el bien continúa en posesión del deudor cumpliendo la inscripción en el Registro de la Propiedad la esencial publicidad frente a terceros. Por el contrario la prenda, que puede constituirse sobre todos los bienes muebles susceptibles de posesión, conlleva como elemento esencial el traspaso posesorio de la cosa gravada al deudor o a un tercero¹. La prenda excluye además el pacto comisorio, pues el acreedor no puede disponer, ni apropiarse de la cosa gravada.

Precisamente, esta 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. Como se ha puesto de manifiesto², en sede de análisis económico, la figura clásica de la prenda con desplazamiento implica una respuesta muy poco eficiente. Por una parte, el depósito del bien genera unos costes de almacenamiento y conservación que no se ven acompañados por la posibilidad de que el acreedor pueda disfrutar económicamente del bien, al no ser su propietario. Por otra parte, la desposesión que sufre el deudor impide que pueda destinar el objeto gravado al proceso productivo; dicho de otro modo, no podrá utilizar como garantía las materias primas, su maquinaria, o las mercancías o, de hacerlo, se verá privado del instrumento esencial para obtener el beneficio que le permita satisfacer el crédito y liberar el bien pignorado³.

Ello explica que la prenda convencional tenga un ámbito de aplicación muy limitado en el tráfico crediticio; solo en aquellos casos en los que el deudor puede renunciar a la posesión inmediata de los bienes, y además esta no resulte un problema para el acreedor; tal sería el caso de joyas y otros objetos preciosos.

Esta inadecuación de la prenda a las necesidades del tráfico provocó la aparición de otras figuras, como la hipoteca mobiliaria o la prenda sin desplazamiento de la posesión, que nacen directamente con la finalidad de superar las limitaciones de la prenda⁴. Sin embargo, de nuevo nos encontramos ante figuras de alcance limitado; así mientras la prenda convencional se extiende a todos los bienes muebles susceptibles de posesión, la hipoteca mobiliaria únicamente puede constituirse sobre aquellos enumerados en el artículo 12 LHMPSD⁵. De igual modo, solo pueden constituirse prendas sin desplazamiento sobre los bienes contemplados en los artículos 52 a 54 de la citada ley⁶.

Este panorama contrasta con las necesidades impuestas por el actual tráfico económico, caracterizado por el importante papel que juega el capital financiero. Es más, en estos momentos en que la crisis inmobiliaria está presente en buena parte de los países europeos, la apuesta por bienes muebles como objeto de garantía se revela como una opción inteligente⁷. Ahora bien, el crédito financiero solo puede funcionar con un sistema de responsabilidad eficiente que determine claramente cómo responderán los deudores con su capital mobiliario el cual ha adquirido una relevancia económica, al menos, similar a la del capital inmobiliario. Por ello, parece necesario una adecuación entre concesión de créditos y tipos de garantía en el tráfico de bienes muebles.

Dicha situación no es exclusiva de nuestro país; así, en Francia, se constituyó un grupo de trabajo para reflexionar sobre una reforma global del derecho de garantías. El resultado fue la aprobación de la Ley 2007-2012 de 20 de febrero de 2007, en la que el derecho de prenda ha experimentado una profunda transformación⁸. De igual modo, también en el ordenamiento italiano se hizo evidente que la figura de la prenda se había vuelto ineficaz debido al requisito de la desposesión y de la inmovilización de los bienes gravados, lo cual resultaba contrario a toda razón económica. Se afirma que el actual derecho de los negocios impone operaciones de financiación cada vez más complejas y determina la necesidad de garantías que tengan la idoneidad de extenderse más allá del vínculo originario; de comprender y asegurar, en una operación económica, todas las relaciones que puedan instaurarse entre un banco y su cliente; de mantener inalterado la eficacia del vínculo aún en el caso de modificaciones materiales de los objetos de las garantías. El aspecto más significativo del actual sistema italiano de garantías reales se refiere, precisamente, a la posibilidad de construir una forma de garantía rotativa o flotante incluso a partir de un acto de autonomía privada⁹.

Todo ello nos invitó a reflexionar sobre la necesidad de que también nuestro ordenamiento jurídico buscara fórmulas flexibles de garantías mobiliarias que superaran los inconvenientes de los derechos de garantías clásicos, especialmente

de los no posesorios¹⁰. Los deudores necesitan los bienes para la explotación de su empresa; de igual modo se requiere que ciertos activos dados en garantía, como los instrumentos financieros, mercancías o materias primas sean enajenables o transformables sin que la garantía desaparezca. Las actividades económicas de financiación, fabricación y comercialización deben ser compatibles con la conservación de la garantía¹¹.

En este contexto, recurrir al Derecho comparado y conocer la experiencia de otros ordenamientos en materia de garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión que hayan demostrado su adecuación a las necesidades del mercado y que se encuentren respaldados por sólidas construcciones jurídicas, constituye un paso indispensable para madurar las soluciones más idóneas respecto a nuestras circunstancias¹².

Pues bien, en esa búsqueda nuestra mirada se ha dirigido al Derecho inglés y al estudio de sus tipos de garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión, tratando de encontrar una figura susceptible de tener una amplia aplicación. Es cierto que en el ámbito del Derecho comparado el *common law* es presentado como *el otro derecho* en el sentido de que, especialmente en el ámbito del derecho de cosas, difiere notablemente del *civil law*. Sin embargo y aunque es cierto que existen diferencias importantes entre ambas tradiciones jurídicas lo es también que, en un gran número de casos, los problemas son comunes y que el conocimiento de este ordenamiento jurídico puede ofrecer soluciones válidas para el Derecho español.

En tal sentido, el esquema al que responden los derechos reales de garantía o *security interests* es el mismo en el *civil law* y en el *common law*. En ambos casos se trata de derechos que se constituyen con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación; fundamentalmente la entrega de una suma de dinero. Se trata igualmente de derechos accesorios; por tanto, si la obligación se cumple puntualmente, el derecho de garantía se extingue. Pero si el deudor incumple su obligación, el acreedor puede vender el bien dado en garantía y cobrar el crédito. Ahora bien, como es sabido el Derecho inglés goza de la singularidad de tener un doble sistema legal: *the common law and equitable rules*¹³.

Precisamente, una de las más importantes contribuciones de la *equity* en el ámbito del Derecho de propiedad fue la relativa a la admisión de nuevos tipos de derechos reales de garantía sobre bienes muebles. Así, en lo relativo a los tipos de garantía que podían constituirse sobre bienes muebles, el *common law* solo reconocía tres tipos de *security interests*: *mortgage*, *pledge* and *common law liens*. Es decir, la hipoteca, la prenda y el derecho de retención. Las dos primeras formas de garantía nacen por acuerdo de las partes; por el contrario, el *lien* surge por decisión de la ley en determinados supuestos.

Sin embargo, todos estos derechos de garantía se basaban en la entrega de la propiedad de la cosa al acreedor (*mortgage*) o su posesión (*pledge* y *lien*). Desde estos planteamientos, la decisiva contribución de la *equity* en este campo

fue la creación de derechos reales de garantía que no exigían la cesión de la propiedad o posesión de la cosa al acreedor y que, al configurarlos como *security interests*, tenían eficacia contra terceros. Además, en caso de incumplimiento del deudor, el acreedor podía vender la cosa y cobrarse con preferencia al resto de los acreedores. Estos nuevos derechos recibieron el nombre de *equitable charges*. Sin duda, esta modalidad de garantía conllevó indudables ventajas para ambas partes de la relación crediticia. En primer lugar, el derecho de crédito gozaba de una fuerte protección en caso de insolvencia del deudor, de forma que si este no pagaba su deuda, el acreedor podía hacer efectivo su derecho contra el bien asegurado con preferencia al resto de los acreedores. Desde el punto de vista del deudor, este conservaba tanto la propiedad como la posesión del bien, de modo que podía seguir utilizando la cosa, salvo que incumpliera su obligación de pago¹⁴.

Sin embargo, como señala PENNINGTON (1960, 630) llegó un momento en que incluso esta modalidad de garantía resultó insuficiente. En efecto, en el siglo XIX el desarrollo comercial e industrial había alcanzado tal grado de expansión que se convirtió en una necesidad constante para las compañías la obtención de capital, a fin de poder llevar a cabo empresas tales como la construcción de la línea de ferrocarril o el canal de Panamá. Las formas tradicionales de garantía no se adecuaban a las necesidades de las empresas por diversos motivos. En primer lugar, porque la mayor parte de los activos estaban representados por materias primas, mercancías o maquinarias; estos bienes estaban en constante cambio y eran sustituidos por otros. En ese momento el *common law* solo permitía gravar bienes que ya se encontraban en el patrimonio del deudor y que estaban identificados; en consecuencia, el prestamista que quería extender su derecho sobre los nuevos bienes adquiridos, en sustitución de los que habían sido dados en su momento en garantía, exigía un nuevo acuerdo de las partes. En segundo lugar, la imposibilidad del deudor de poder disponer de los bienes gravados constituía un serio obstáculo para poder continuar con su actividad empresarial, pues era imposible que el deudor se viera en la necesidad de pedir autorización al acreedor cada vez que necesitaba enajenar mercancías.

Por ello, el tráfico económico necesitaba contar con un tipo de garantía que presentara dos elementos básicos: El primero de ellos era que pudiera recaer sobre bienes presente y futuros, sin necesidad de que cuando el deudor adquiriera un nuevo bien fuera necesario un acto expreso de sometimiento de dicho bien a la garantía ya constituida; el segundo, que el acuerdo permitiera al deudor disponer de sus bienes en el ordinario curso de sus negocios, de forma que el adquirente los recibiera libre de gravamen. Dicha situación debía mantenerse hasta que el deudor decidiera cesar en su actividad empresarial, o bien ocurriera un suceso que amenazara la seguridad del crédito, de forma que el acreedor pudiera exigir que su derecho se concretara en bienes determinados y cesara el poder de disposición del deudor. La respuesta a dichas exigencias fue

el *floating charge* que tiene su origen exclusivamente en la equidad y que ha sido calificado como: *a further manifestation of the English genius for harnessing the most abstract conception to the service of commerce*¹⁵.

En relación con esta forma de garantía, GOODE (1996, 193) que es probablemente el mayor especialista en materia de *security interests*, afirma que la posibilidad de obtener crédito está condicionada a que las normas que regulan los derechos de garantías cumplan las siguientes exigencias:

1.º Admitir que los deudores retengan la posesión de los bienes tangibles, tales como maquinaria, materias primas o bienes manufacturados, sin los cuales es inviable cualquier actividad comercial.

2.º Permitir que los tipos de garantías mobiliarias graven bienes intangibles (créditos, derechos de la propiedad intelectual, patentes, etc.) que con frecuencia representan una parte importante del activo de cualquier empresa.

3.º Permitir que puedan ser gravados bienes que actualmente no están en el patrimonio del deudor (*future property*). La razón es que el destino fundamental de la mayor parte de los bienes muebles de la empresa (dinero en efectivo, materias primas, créditos, bienes fabricados) es circular en el tráfico; en efecto, el dinero se utiliza para comprar materias primas, que se convierten en bienes manufacturados, los cuales a su vez se venden obteniendo de este modo créditos que, cuando se cobran, se convierten en dinero en efectivo que se utiliza para comprar nuevas materias primas y así sucesivamente. El régimen jurídico de los derechos de garantía debe tener presente las exigencias de circulación de este tipo de bienes, los cuales por su propia naturaleza desaparecen del patrimonio de la empresa para ser sustituidos por otros y así sin límite de tiempo.

4.º Admitir la posibilidad de que puedan ser gravados todos los bienes de la empresa, o una o varias categorías de bienes, sin necesidad de una determinación individualizada de cada una de ellos.

5.º El derecho de garantía debe permitir al deudor garantizar tanto deudas actuales, como futuras deudas.

6.º Proporcionar un mecanismo legal que permita, por un lado, garantizar el pago del crédito con los bienes que están en constante circulación pero, al mismo tiempo, conceder al deudor un poder de disposición sobre estos a fin de que pueda enajenarlos en el *ordinario curso de sus negocios*, transmitiéndoselos a terceros sin carga alguna.

7.º Por último, establecer instrumentos que impidan que el primer prestamista tenga un absoluto monopolio sobre todos los bienes del deudor en caso de impago del crédito.

Todos estos objetivos se consiguen con un tipo de garantía denominada *floating charge*¹⁶; ello nos parece que justifica suficientemente el presente estudio, ofreciendo soluciones técnicas que sean capaz de responder a los problemas sociales vigentes.

No obstante, antes de concluir esta introducción es preciso hacer algunas puntualizaciones sobre el objeto de nuestra investigación. Excedería las pretensiones de este trabajo llevar a cabo un estudio completo del régimen jurídico de esta forma de garantía, así como de su posible adecuación a los principios que inspiran el sistema de garantías reales en el Derecho español. Por ello, nuestro estudio se va a centrar en los requisitos necesarios para constituir el *floating charge* y en el sistema de publicidad establecido para este tipo de gravamen.

La razón que justifica que acotemos el estudio de esta forma de garantía mobiliaria sin desplazamiento de la posesión a dichos extremos, reside en el hecho de que uno de los principales problemas que plantean estas modalidades de garantía, en las que el deudor conserva la posesión de la cosa, es la existencia de un sistema de publicidad eficiente que contrarreste los efectos negativos que para la seguridad del tráfico provoca la ausencia de desplazamiento de la posesión del bien¹⁷.

Sin duda, la forma más perfecta de publicidad es la registral pues permite conocer de un modo seguro y reglado a todo tercero: sea potencial adquirente/subadquirente, o sea un potencial tercero acreedor de ese mismo deudor, la extensión completa del gravamen constituido sobre la cosa gravada. En consecuencia, la función de la publicidad en el registro de cargas es básicamente la de constituir un instrumento o medio legal de oponibilidad a terceros de las situaciones publicadas. Ahora bien, dentro de dicho sistema es posible que la inscripción sea constitutiva respecto de ciertos gravámenes o que tenga efectos meramente declarativos. Como es sabido, en el Derecho español se exige la inscripción registral como condición de oponibilidad de la garantía frente a terceros (art. 41.3 LHMPSP).

De igual modo, el Derecho inglés fue consciente de que, en el ámbito de las garantías mobiliarias, si la cosa permanece en posesión del deudor el problema que se plantea es que terceras personas desconocen que dicho bien mueble está gravado con un derecho real de garantía, lo cual puede crear una falsa apariencia de solvencia económica. Por ello, como veremos el *floating charge* debe ser objeto de inscripción en un registro público a fin de que sea eficaz frente a terceros, si bien con algunas diferencias respecto a nuestro sistema registral.

En definitiva, aun cuando existen importantes diferencias entre el Derecho español y el Derecho inglés, y dada la escasa bibliografía sobre el tema, esperamos que un estudio comparativo sobre las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión en el Derecho inglés reavive el debate sobre la necesidad de modernizar nuestro derecho de garantías, en la línea adoptada por otros países de nuestro entorno.

II. THE FLOATING CHARGE

1. UNA APROXIMACIÓN A LA FIGURA DEL CHARGE

El ordenamiento inglés conoce dos tipos de derechos reales de garantía sobre bienes muebles que no conllevan desplazamiento de la posesión (*non-possessory security interests*). Como ya ha quedado expuesto, la principal ventaja de estas formas de garantías respecto de aquellas que exigen como elemento constitutivo la entrega del bien sujeto a la garantía al acreedor o a un tercero, es que el deudor puede seguir conservando la posesión del bien y, con ello, la posibilidad de obtener los recursos suficientes a fin de hacer frente al pago de la obligación garantizada.

El primero de estos derechos es la hipoteca sobre bienes muebles o *chattel mortgage* que puede tener un origen legal o surgir de la equidad (*legal mortgage or equitable mortgage*). El segundo es el *charge*, susceptible de gravar bienes inmuebles o muebles. En el primer caso, la carga puede tener su origen en la equidad o en el *common law*; sin embargo, cuando esta modalidad de gravamen recae sobre la propiedad personal¹⁸, su origen es siempre en equidad¹⁹.

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. El deudor conserva pues la propiedad aunque se le impone una limitación a su derecho en forma de carga o gravamen. En caso de incumplimiento de la deuda, el acreedor ostenta el derecho de reclamar la posesión de la cosa, proceder a su venta y cobrar la deuda pendiente con el producto obtenido²⁰.

2. TIPOS DE CHARGE: FIXED CHARGE Y FLOATING CHARGE

El *fixed charge* es aquella modalidad de gravamen caracterizado porque el bien queda sujeto directa e inmediatamente al cumplimiento de la obligación garantizada; el deudor carece de poder de disposición sobre el bien, de forma que si lo enajena a un tercero en contra de esta prohibición, este adquiere el bien gravado salvo que acredite que es un comprador de buena fe, que ignoraba la existencia del gravamen.

Por el contrario, el *floating charge* se caracteriza porque, en un primer momento, no quedan sujetos bienes concretos del deudor, sino el conjunto de bienes del que este es propietario. El deudor tiene además poder de disposición para enajenar los bienes *en ordinario curso de los negocios*, si bien sujeto a los límites establecidos en el acuerdo de constitución. Esta libertad de disponer de los bienes gravados permanece hasta el momento de la cristalización, que

determina la conversión del *floating charge* en *fixed charge*, de forma que el poder del acreedor recae ya sobre bienes concretos. Las partes pueden prever en el contrato los acontecimientos que van a provocar la cristalización del *floating charge*; sin embargo, y al margen de lo pactado, este fenómeno siempre tiene lugar cuando el deudor cesa en su actividad empresarial voluntariamente, o bien es declarado insolvente. Como se ha dicho, el *floating charge* permite al deudor ofrecer en garantía bienes que no van a permanecer en su patrimonio, sino que serán enajenados y reemplazados por otro; al mismo tiempo, la concesión de dicho poder de disposición le permite continuar con su actividad empresarial hasta el momento de la cristalización²¹.

3. ELEMENTOS CONFIGURADORES DEL *FLOATING CHARGE*

La delimitación de los elementos que caracterizan a esta modalidad de garantía ha sido obra de la jurisprudencia²².

En primer lugar, se afirma que el *floating charge* es un derecho de garantía y no meramente un acuerdo entre las partes de crear una garantía cuando se produzca el/los acontecimientos que produzcan la cristalización del *charge*²³.

En segundo lugar, los bienes sobre los cuales se crea el *floating charge* son generalmente definidos como *undertaking* de una sociedad; la garantía recae pues sobre bienes indeterminados y oportunamente sustituibles *from time to time* por el constituyente, de modo que admite que el deudor pueda seguir utilizando libremente el objeto de la garantía, evitando así la paralización de su empresa, hasta el momento en que se extinga el crédito o se produzca la cristalización; por otra parte, el acreedor puede agredir, cuando se produzca la cristalización, ulteriores bienes que sucesivamente hubieran entrado a formar parte del *undertaking*²⁴. Sin embargo, dicho elemento no es esencial y la garantía puede gravar solo una parte de los bienes del deudor.

En tercer lugar, el deudor posee la facultad de disponer de los bienes gravados en el ordinario curso de sus negocios. Este es el elemento que se considera fundamental para determinar la existencia de esta modalidad de *charge*. En el caso *Re Spectrum Plus*²⁵ se afirma que *this is the hallmark of a floating charge and distinguished it from a fixed charge*. No obstante, es posible que dicha libertad no sea absoluta. En tal sentido, es admisible que el acreedor pueda establecer ciertas restricciones al poder de disposición del deudor con el objetivo de proteger sus intereses. Así, es frecuente que en los términos del acuerdo se incluya la cláusula denominada *negative pledge* en virtud de la cual el deudor se compromete a no crear otro derecho de garantía que tenga prioridad sobre el *floating charge* constituido.

Por último, podríamos señalar que característico de esta figura es la diferenciación de dos fases o momentos: antes y después de la cristalización. En el

periodo que va desde la constitución del derecho de garantía hasta que se produce la cristalización, el derecho no grava bienes individualizados y, por tanto, el acreedor carece de poder sobre bienes concretos, de forma que el deudor puede disponer de dichos bienes como si no estuvieran gravados. La dificultad de explicar la configuración de este derecho del deudor generó un importante debate en la doctrina inglesa. Así, mientras algunos autores negaban la existencia de un verdadero derecho real afirmando que el acreedor solo tenía un derecho de origen contractual²⁶, otros defendieron que el derecho que ostentaba el acreedor era de igual naturaleza al de *fixed charge*, si bien acompañado de una licencia del acreedor a fin de que el deudor pudiera disponer de los bienes²⁷. Una tercera tesis sostiene que el acreedor ostenta un derecho sobre a *fund of assets*²⁸. Esta teoría afirma que la noción de *fund* es distinta de cada uno de los bienes que lo integran. El contenido del *fund* cambia constantemente cuando los bienes salen del patrimonio y son sustituidos por nuevos bienes, si bien la identidad del *fund* permanece inamovible²⁹.

En definitiva, el *floating charge* es 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 tanto, el deudor tiene libertad para disponer de cualquier bien en la medida que así lo exija el ordinario curso de sus empresas.

La segunda fase comienza con la cristalización, la cual convierte el *floating charge* en *fixed charge*. A partir de ese momento, el poder del acreedor recae sobre bienes concretos, y cesa el poder de disposición del deudor.

4. CRISTALIZACIÓN DEL *FLOATING CHARGE*³⁰

Como se ha apuntado, una de las notas características de este tipo de garantía es que el deudor puede disponer de sus bienes en el ordinario curso de sus negocios y el acreedor debe abstenerse de cualquier acto que pueda interferir en esos poderes. La cristalización fija el límite temporal a partir del cual el deudor pierde dicha facultad; este fenómeno no exige una nueva inscripción en el Registro ya que no conlleva la creación de una nueva garantía; en un sentido estricto podría decirse que dicho derecho pierde su carácter «flotante» y se concreta en una serie de bienes específicos. La cesación en ese poder de disposición se produce por alguna de las causas previstas en la ley o en el acuerdo de las partes, y ningún tercero puede determinar que eventos determinan la cristalización.

En principio, es posible agrupar las causas que originan la cristalización del *floating charge* en tres grandes categorías³¹. La primera tiene lugar cuando el deudor cesa en su actividad comercial. En estos supuestos la cristalización se produce por ministerio de la ley; esta primera categoría puede, a su vez,

subdividirse en dos supuestos. El primero sucede cuando la empresa entra en liquidación (*winding up*), mientras que el segundo comprende aquellos casos en los que la compañía decide poner fin a su actividad empresarial, sin que ello se deba a una situación de iliquidez. En el caso de *winding up* tanto si ello es decidido por los socios, como si es por orden judicial, el resultado será siempre la cristalización. El principal problema que esta causa plantea a la doctrina es el momento a partir del cual se produce la conversión del *floating charge* en *fixed charge*. Al respecto, se considera que esta se produce en el momento de la presentación de la petición de liquidación³².

Como ya se ha dicho, el segundo supuesto comprende los casos en los cuales el deudor decide cesar en su actividad empresarial, sin que sea necesario que ello se deba a una situación de insolvencia. No obstante, la doctrina³³ incluye además otros sucesos que no conllevan la cesación de la actividad empresarial (*events not denoting cessation o trading*) y por tanto en sentido estricto no producen la cristalización, salvo previsión expresa de las partes en ese sentido; como ejemplos de tales supuestos se citan la transferencia de poderes de decisión del *management* de la compañía a otro sujeto; el hecho de que sea designado un *receiver*. Siendo la función específica de estas figuras la de mantener con vida a la empresa, es preciso determinar los efectos que su nombramiento producen sobre la garantía constituida. Pues bien, su nombramiento por parte del Tribunal conlleva una limitación de los poderes del *debenture holder* sobre los *assets* garantizados; así no puede iniciar la liquidación de la compañía; no puede solicitar la ejecución de los bienes del deudor y todos los procedimientos en curso son suspendidos³⁴.

La segunda categoría abarca todos los casos en los que se produce una intervención del acreedor, titular del crédito, que priva al deudor de su poder de disposición. Para que en esta hipótesis se produzca la cristalización del *floating charge* han de concurrir una serie de requisitos: 1.º Es preciso que dicha intervención se lleve a cabo con la intención expresa de convertir un *floating charge* en *fixed charge*. 2.º Es necesario que dicha circunstancia haya sido prevista expresa o implícitamente en el acuerdo de las partes. 3.º Dicha intervención debe privar a la compañía del control de sus bienes.

Entre los supuestos más frecuentes de intervención del acreedor, a fin de tener el control sobre los bienes gravados, se citan la petición de obtención de la posesión sobre uno o varios de los bienes que integran el patrimonio del deudor, de modo que este deja de tener el control sobre dichos *assets*; la emisión por parte del tribunal de una orden a fin de que sea conferida la posesión de los bienes al titular del crédito, o que estos sean enajenados; en ambos casos es necesario que la orden sea efectivamente emitida, sin que sea suficiente con que se inicie el procedimiento.

No obstante, el supuesto más habitual de intervención del acreedor que priva al deudor de su poder de disposición sobre los bienes es el nombramiento de

un *administrative receiver*, el cual se ocupa de la gestión y administración de los bienes del deudor. El acreedor que procede a su designación debe esperar a que el crédito sea exigible; además debe observar las formalidades previstas en el acuerdo por el cual se ha creado el *floating charge* tales como, por ejemplo, la necesidad de una previa intimación de cumplimiento de la obligación³⁵.

No existe unanimidad en la doctrina acerca de los efectos del nombramiento del *administrative receiver* en relación con la cristalización; así algunos autores consideran que para obtener la cristalización es necesario además del nombramiento la toma de posesión de los bienes del deudor³⁶; otros sostienen que la cristalización se produce en el mismo momento de su designación, sin que sea preciso que este adquiera la posesión efectiva de los bienes o que dicho nombramiento sea notificado a la otra parte³⁷.

Por último, el tercer grupo de sucesos que producen la cristalización comprendería todas aquellas cláusulas que las partes han establecido en el contrato constitutivo de la garantía. En dicho acuerdo, no solo se especifican las causas de cristalización, sino también el sistema por el cual se genera esta situación: cristalización *by notice* o *automatic cristalización*. En el primer caso, el acreedor debe comunicar al deudor la cristalización del *floating charge* al producirse los eventos previstos, o incluso discrecionalmente. Por el contrario, en la segunda hipótesis, el acreedor no necesita llevar a cabo ningún tipo de actividad para que se produzca la cristalización.

III. CREACIÓN DEL *CHARGE*

El *charge* tiene siempre un origen consensual. Esta modalidad de garantía puede crearse fácilmente; el deudor simplemente acuerda con el acreedor que determinados bienes queden gravados a fin de asegurar el cumplimiento de una obligación dineraria u otra modalidad de obligación³⁸. El núcleo de dicha acuerdo (*attachment*) es el punto relativo a la exigibilidad: el bien gravado queda sujeto al cumplimiento de la obligación, concediendo al acreedor un poder sobre la cosa frente al deudor. No obstante, es preciso advertir que no basta el mero acuerdo de las partes para crear el *charge*, sino que dicho pacto tiene que cumplir los siguientes requisitos³⁹:

1. *Intención de las partes de crear un derecho real de garantía*. Dicho acuerdo debe ser válido y exigible, y no será obligatorio a menos que incluya una *consideration*⁴⁰ y cumpla, en su caso, con todas las formalidades necesarias. En consecuencia, el primer requisito exigible para que surja el derecho es que resulte evidente la intención de los sujetos; en la práctica, los tribunales interpretan el acuerdo de las partes como un paso previo e imprescindible a la calificación del derecho creado⁴¹. Como señala GULLIFER (2013, 65) *the*

essential point is that there must be an agreement for security. Ahora bien, el interrogante que se plantea es si puede el mero acuerdo hacer surgir el derecho de garantía. La respuesta es que, de acuerdo con las reglas del *common law*, ello no es posible. La creación de un derecho real requiere que la completa transmisión se consolide bien mediante escritura, bien mediante la entrega de la posesión, excepto cuando se refiere a la venta de determinadas mercaderías a las que se denominan *potencial property*, como sería el caso de los cultivos. Salvo en dicho caso, el mero acuerdo constituye una obligación, no un derecho real⁴². No obstante, las reglas de la equidad han suavizado dichas exigencias admitiendo que el acuerdo producirá el efecto de crear un derecho de garantía cuando existe la intención evidente de las partes y la *consideration* se ha cumplido; mientras tanto, el derecho permanece incompleto.

2. *Bienes determinados o determinables.* La razón por la que se exige que los bienes sujetos al gravamen estén identificados es obvia: ambas partes deben conocer qué bienes concretos están sujetos a dicha garantía. En esta modalidad de garantía, y a diferencia de la prenda que no puede recaer sobre bienes intangibles, el *charge* puede gravar todo tipo de bienes: tangible e intangibles tales como los derechos de propiedad intelectual, licencias, depósitos bancarios, letras de cambio, pólizas de seguro, derechos de suscripción preferente y en general cualquier bien que tenga las cualidades de *identifiable y transmissible*; en tal sentido, las reglas de identificación son las mismas que se aplican en caso de celebración de un contrato de compraventa. A pesar de lo dicho, determinadas categorías de bienes están excluidos de la posibilidad de ser objeto de garantía real por distintas razones⁴³.

Sin embargo, no se requiere que los bienes estén absolutamente determinados, basta que sean *determinables* sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes: así el deudor puede constituir un *charge* sobre todos sus bienes, o todos sus futuros derechos de créditos. De forma similar a lo que sucede en el Derecho español, el cumplimiento de este requisito varía en función de la categoría de bienes de que se trate⁴⁴.

Desde otro punto de vista, el *charge* puede recaer sobre bienes que se encuentran ya en el patrimonio del deudor (*property already owned by the debtor*), o bienes futuros que aún no han ingresado en su patrimonio (*property not yet owned by the debtor*). Sin embargo, dicha posibilidad no siempre existió; en el sistema del *common law* el acuerdo para crear un derecho real de garantía sobre bienes futuros no surtía efectos hasta que el deudor no era propietario de estos. Por tanto, una vez que el deudor había adquirido dichos bienes, era necesario un nuevo acuerdo de las partes a fin de que el bien quedara afecto a dicha garantía; dicha limitación suponía un serio inconveniente, pues el acreedor podía ignorar el momento exacto en el que el deudor había adquirido el bien, o incluso, el deudor podía ser declarado en una situación de insolvencia antes de que el acreedor hubiera tenido la oportunidad de exigir del deudor el posterior

acuerdo que hacía efectivo el nacimiento del *charge*; como señala GULLIFER, L. (2013, 73): *Fortunately, equity came to the rescue*.

En el caso de *Holroyd v. Marshall*⁴⁵ los hechos versaban sobre el gravamen constituido sobre la maquinaria de un molino; en el momento de constitución de la hipoteca se pactó no solo que el deudor conservara la posesión de dichos bienes, sino además la posibilidad de sustituirlos por otra maquinaria nueva. La cuestión que se planteó ante los tribunales fue si la nueva maquinaria adquirida por el deudor en sustitución de la antigua, así como cualquier otra maquinaria adicional que existiera en el molino, quedaba sujeta al cumplimiento de la obligación garantizada desde el momento en que fuera adquirida por el deudor, sin necesidad de un nuevo y específico acto de transmisión. De darse una respuesta afirmativa, el acreedor tendría prioridad sobre la demanda de cualquier otro acreedor en caso de ejecución de los bienes del deudor; en caso contrario, dichos bienes podían ser objeto de ejecución por otros acreedores⁴⁶. En este caso el tribunal dio la razón al acreedor hipotecante. Por ello, aunque la posibilidad de constituir derechos de garantía sobre bienes futuros ya había sido admitida por los tribunales, la importancia de este caso residió en que el más alto tribunal concedió a los acreedores el poder de garantizar sus créditos con los bienes presentes y futuros de los deudores⁴⁷.

La cuestión que se plantea entonces la doctrina inglesa es en qué momento concreto adquiere el acreedor un derecho sobre el bien futuro. Al respecto, parece evidente que el derecho de garantía no nacerá hasta que el bien o el conjunto de bienes no hayan sido adquiridos por el deudor, ya que hasta ese momento el acreedor no es titular de un derecho real (no existe aún un bien o bienes que puedan ser gravados); por otra parte, en el caso *Holroyd v. Marshall* se puso de manifiesto que, a menos que expresamente se hubiera pactado otra cosa, la mera adquisición es suficiente sin necesidad de ningún otro acuerdo posterior⁴⁸. La doctrina considera que en estos casos el acreedor tiene algo más que un puro derecho personal. Se ha constituido un derecho real de garantía «incompleto» a la espera de que el bien sea adquirido por el deudor. Cuando el suceso se produce, los efectos del *charge* se retrotraen al momento en que se llegó al correspondiente acuerdo, de modo que el deudor adquiere la cosa ya con la carga⁴⁹. Dicha solución conlleva dos importantes consecuencias: a efectos de inscripción del *charge* en el correspondiente registro la fecha a tener en cuenta será la de creación del acuerdo, no la de adquisición del bien. En segundo lugar, esa misma fecha será la relevante a efectos de determinar la prioridad de dicho gravamen sobre otros de fecha posterior.

3. *Que el deudor ostente algún derecho sobre el bien*. El tercer requisito que se exige para la válida constitución del contrato que dar lugar al nacimiento del *charge* es que el deudor ha de ostentar algún derecho sobre el bien de tal naturaleza que le permita gravarlo con esta modalidad de garantía. En términos generales, el deudor no concede garantías sobre bienes de otros, aunque existen

excepciones a dicha regla, tanto establecidas por el *common law* (por ejemplo, cuando el propietario del bien ha concedido al deudor un poder de disposición sobre la cosa) como por los *statutes* (cuando el deudor es un agente mercantil). Como ya se ha dicho, cuando se trata de bienes que aún no están en el patrimonio del deudor, el derecho real de garantía no surge hasta que el deudor no adquiere efectivamente la cosa, quedando la constitución de dicho derecho en una situación que pudiéramos calificar de «incompleta»⁵⁰.

A diferencia de lo que sucede en el Derecho español, no es imprescindible que el constituyente del derecho sea propietario del bien que queda sujeto al gravamen; al respecto se admite a *possessory interest*⁵¹, como el que ostenta el arrendatario del bien.

4. *Existencia actual de una obligación.* Como todo derecho accesorio, este derecho real exige la existencia de una obligación. La extinción de esta provoca la del derecho de garantía. Ello no significa que la obligación garantizada tenga que surgir de forma coetánea al derecho real de garantía, pues es posible garantizar deudas ya existentes.

5. *Conditional securities.* Si en el contrato se han incluido determinadas condiciones que deben ser cumplidas antes de que el acuerdo produzca efectos, entonces el derecho real no nacerá hasta el cumplimiento de estas. Sin embargo, como advierte GULLIFER (2013, 69 y 72), ello no significa que las partes de mutuo acuerdo puedan condicionar el nacimiento del derecho al cumplimiento de cualquier condición; al contrario, si las partes eligen lo que se denomina «*a mere contingency*», entendiendo por tal un suceso que puede ocurrir o no, entonces el acuerdo no dará lugar al nacimiento de un derecho real, sino que estaríamos ante un mero contrato⁵². A excepción de que la condición sea simplemente que el deudor adquiera un derecho en la cosa gravada, pues en este caso la eficacia del acuerdo se retrotrae al momento de su creación. La regla es diferente si se acuerda que el acuerdo producirá efecto a partir de una determinada fecha o después de un periodo de tiempo o cualquier otro futuro acontecimiento que es seguro que se va a producir⁵³; pues este supuesto que nosotros denominaríamos término inicial o final, si produce el nacimiento de derecho.

IV. PUBLICIDAD DEL DERECHO DE GARANTÍA

1. SIGNIFICADO DE LA EXPRESIÓN *PERFECTION*

Cuando se han cumplido todos los requisitos expuestos, el contrato en virtud del cual se constituye el *charge* queda perfeccionado; como ya se ha dicho, su principal consecuencia es que los bienes gravados quedan sujetos al cumplimiento de la obligación garantizada. Ahora bien, en el derecho de garantía objeto de nuestro estudio, el deudor sigue conservando la posesión de la cosa,

la cual además puede ser un bien intangible⁵⁴. Esta situación puede conllevar que la existencia de dicho acuerdo sea desconocida por terceras personas que en el futuro puedan pretender tener algún derecho sobre los bienes gravados, o por acreedores ordinarios del deudor que ha constituido la garantía. En consecuencia, la constitución del derecho real de garantía solo será eficaz frente a terceros en la medida en que esté dotado de publicidad. Dicha publicidad recibe en el Derecho inglés el nombre de *perfección*⁵⁵ y los requisitos a través del cual se obtiene dependerán del tipo de derecho real de garantía que se constituya⁵⁶.

En términos generales, la finalidad fundamental de la publicidad será dar a conocer a terceros la existencia de dicho gravamen; de este modo, como tendremos ocasión de analizar más detenidamente, si el gravamen no se inscribe en el plazo establecido, entonces será ineficaz frente a las garantías que se hayan constituido con posterioridad; similar protección gozan los acreedores no garantizados en caso de insolvencia de la empresa⁵⁷.

De modo similar a lo que sucede en el Derecho español, dicha publicidad se logra mediante la inscripción en un registro público. Si el *charge* es creado por una compañía el registro es *The Company Charges Register*; cuando la garantía se constituye por cualquier otro sujeto que no tenga la cualidad de empresario el *charge* debe inscribirse en el *Bill of Sale Act Register*. Respecto a la normativa aplicable, los requisitos exigidos para dar publicidad a los *charges* creados por compañías se encuentran regulados en *The Companies Act 2006*⁵⁸. En concreto, era la sección 860 la que contenía dicha regulación. Pero la reforma aprobada en abril del año 2013 ha sustituido dicha normativa por la prevista en la sección 859. Por su parte, los *charges* creados por aquellos sujetos que no tienen la consideración de compañías están sujetos a *The Bills of Sale Acts* de 1878-1891.

Por último, es preciso señalar que cuando los bienes dados en garantía son barcos, aeronaves o derechos de propiedad intelectual existe una normativa específica para inscribir los derechos de garantía constituidos sobre dichos bienes. Se trata, sin embargo, de una inscripción adicional que no excluye la obligación de inscribir el derecho en los registros ya citados, salvo que la que respectiva ley prevea expresamente lo contrario⁵⁹.

Será por tanto necesario dividir el estudio de la publicidad de este derecho en dos grandes apartados en función de quién sea el deudor que otorga el derecho de garantía.

2. *CHARGES* CREADOS POR COMPAÑÍAS (*COMPANIES ACT 2006*, SECTION 859 A)

A) *Introducción*

Como ya se ha dicho, esta materia fue reformada en el año 2013 (*The Companies Act 2006, Amendment of Part 25, Regulations 2013*)⁶⁰; la nueva

regulación se aplica a todos los *charges* creados con posterioridad al 6 de abril de ese mismo año. Las principales novedades introducidas por dicha norma fueron las siguientes⁶¹:

1.º En lo relativo a su ámbito de aplicación, la nueva ley introdujo un importante cambio. En la legislación anterior los *charges* creados por compañías que tenían su sede en Escocia estaban sometidos a su propia legislación; la reforma suprimió dicha regla, de forma que desde el año 2013 la normativa que regula el procedimiento de inscripción se aplica a todos los *charges* creados por compañías que tengan su sede en cualquier lugar del Reino Unido, aunque el gravamen se haya constituido fuera del Reino Unido o los bienes gravados se encuentren fuera de dicho territorio. Los *charges* creados por compañías extranjeras no son objeto de inscripción en *The Company Charge Register*, sino que están sometidos al régimen jurídico previsto en *Overseas Companies (Execution of Documents and Registration of Charges) (Amendment) Regulation 2011*.

2.º Se establece como principio general que todos *charges* creados por compañías deben ser objeto de registro, salvo los casos expresamente exceptuados⁶². El planteamiento adoptado por el legislador antes de la reforma de 2013 era el opuesto: *The Companies Act, 2006* sección 860 establecía un listado de *charges* que debían ser objeto de inscripción en el Registro⁶³. Esta nueva técnica ha sido muy favorablemente acogida por la doctrina, en la medida que ha eliminado las dudas que existían con anterioridad relativas a la existencia de la obligación o no de registrar determinados *charges* que no aparecían claramente incluidos en la enumeración legal.

3.º Se suprime la sanción de multa impuesta en la anterior legislación⁶⁴ cuando se incumplía el requisito de la inscripción.

4.º Por último, se establece la posibilidad de que el procedimiento de inscripción se lleve a cabo electrónicamente.

B) Régimen jurídico

a) *Charges* que han de ser objeto de Registro

Según hemos apuntado, una de las novedades de la reforma llevada a cabo en el año 2003, fue la sustitución del método empleado por el legislador a la hora de determinar que gravámenes debían ser objeto de registro; la actual sección 859 dispone, con carácter general, que «dicha sección es aplicable a todos los *charges*⁶⁵ creados por una compañía. Sin embargo y a pesar de dicha declaración general, hay determinados supuestos que no necesitan ser objeto de inscripción, o cuya inscripción está sujeta a una regulación especial. Dichos supuestos son los siguientes:

- Gravamen constituido en favor de un propietario por el depósito en efectivo dado como garantía de las obligaciones contraídas por un inquilino⁶⁶.
- Derechos de garantía que se producen por ministerio de la ley los cuales, en su mayoría, son supuestos de derecho de retención.
- Derechos sobre garantías financieras⁶⁷.
- Gravámenes constituidos en favor del Banco de Inglaterra o de otro banco central⁶⁸.
- Derechos reales de garantía en los que el titular ostenta la posesión del bien⁶⁹.

b) Sujeto que tiene la obligación de practicar la inscripción en el Registro

La responsabilidad de enviar la documentación necesaria para llevar a cabo la inscripción recae sobre el *chargot*; es decir, el deudor que constituye el charge. Sin embargo, la inscripción puede llevarla a cabo tanto el *chargot* como cualquier persona interesada; usualmente el acreedor garantizado (*chargee*)⁷⁰. Es requisito imprescindible que la documentación requerida se presente dentro del plazo previsto, en cuyo caso, el registrador está obligado a practicar la correspondiente inscripción.

c) Plazo de inscripción

Como regla general, la ley establece un plazo de veintidós días desde la creación del *charge*⁷¹, salvo en aquellos supuestos en los que el día inicial comienza a computarse a partir de una fecha distinta (s. 859 E)⁷². No obstante, la ley admite la posibilidad de que el tribunal conceda un plazo superior al de veintidós días siempre que:

- La falta de entrega de los documentos dentro del plazo previsto fuera accidental, o se debiera a un error, o esté fundada en otra causa suficiente y la ampliación del plazo no cause perjuicio a otros acreedores o a los accionistas de la compañía.
- Exista una causa justa y equitativa que permita la ampliación del plazo.

d) Datos que constan en la inscripción

Una de las novedades que introduce la ley es que los datos que han de constar en la inscripción pueden ser introducidos electrónicamente, siempre que la inscripción se practique dentro del plazo de veintidós días que señala la ley. A tenor de lo dispuesto en la sección 859.A D), dichos datos son los siguientes:

- El día de creación del gravamen. Si el gravamen recae sobre bienes que son ya propiedad de la compañía, el día de adquisición de dichos bienes.
- Identificación de los sujetos: deudor o *chargor* y acreedor titular del derecho real de garantía o *chargee*.
- El tipo de *charge*: *fixed o floating charge*.
- La cantidad asegurada.
- Identificación de los bienes gravados.
- Mención expresa de si el *charge* incluye *negative pledge clause*. Con dicho nombre se alude a la cláusula en virtud de la cual la compañía se compromete a no crear otro *charge* que pueda tener prioridad sobre el que se ha constituido⁷³.

e) Rectificación de la inscripción

La ley concede a la autoridad judicial la facultad de rectificar la inscripción en aquellos casos en los que se ha producido una omisión de datos, una declaración errónea o cualquier otro defecto, (s. 859 M) o la sustitución *the instrument*⁷⁴ or *debenture*. Ello exige que se den las mismas circunstancias previstas en la sección 859 E para ampliar el plazo de veintiún días previsto para la inscripción; esto es: bien que la inexactitud de la inscripción tenga su origen en una causa accidental, se debiera a un error o esté fundada en otra causa suficiente y la ampliación del plazo no cause perjuicio a otros acreedores o a los accionistas de la compañía, o bien que exista una causa justa y equitativa que justifique la ampliación del plazo.

f) Efectos de la inscripción⁷⁵

Una vez inscrito el gravamen se emite un certificado que debe contener un código de referencia asignado al *charge*; dicho código es único. Dicho certificado es firmado por el registrador y constituye una prueba conclusiva de que los documentos exigidos para la inscripción fueron entregados dentro del periodo permitido. Con anterioridad a la reforma, la propia oficina del registrador comprobaba la concordancia entre los datos inscritos y el documento donde constaba el acuerdo, de forma que el certificado garantizaba la certeza de los datos; lógicamente, ello resultaba muy beneficioso para los terceros que consultaban el Registro. En el nuevo régimen, el registrador no efectúa dicha comprobación, si bien los propios interesados que consultan el registro pueden contrastar la concordancia entre ambos documentos⁷⁶.

g) Efectos derivados de la falta de inscripción⁷⁷

Si las partes interesadas no llevan a cabo la inscripción del gravamen en el plazo de los veintiún días previstos a contar desde su creación, o dentro de la ampliación concedida por los tribunales, *The Companies Act 2006, section 859 H* declara que el *charge* es considerado nulo, e ineficaz frente al liquidador, el administrador y, en general, frente a cualquier acreedor de la compañía. Es decir, el acreedor garantizado no goza del derecho de separar el bien gravado a fin de proceder a su venta y satisfacer su derecho de crédito con preferencia a otros acreedores. Sin embargo, la obligación asegurada conserva su validez, la cual será además inmediatamente exigible⁷⁸. Igualmente, ya se ha dicho que la nueva ley introdujo una modificación en este ámbito respecto de su predecesora, de forma que la falta de inscripción no es ahora objeto de una sanción pecuniaria⁷⁹.

Los efectos que se derivan de la no inscripción del *charge* son calificados por la doctrina como *partial voidness*. En primer lugar, porque solo la eficacia *erga omnes* del gravamen es lo que queda ineficaz, no la obligación garantizada que sigue siendo eficaz entre las partes. En segundo lugar, porque el gravamen resulta ineficaz frente a las personas mencionadas en el precepto: el liquidador, el administrador y cualquier otro acreedor de la compañía. Veamos con más detalle cada uno de estos supuestos.

Respecto del liquidador, este puede solicitar si lo estima conveniente una declaración en la que conste que el gravamen es inválido. La declaración de ineficacia del gravamen significa, en última instancia, que el liquidador puede disponer de los bienes que debieran haber quedado sujetos al gravamen a fin de satisfacer los créditos de otros acreedores. Un acreedor no garantizado no ostenta la posibilidad de solicitar la declaración de ineficacia del gravamen; sin embargo, puede requerir al liquidador a fin de que impugne la eficacia del gravamen debido a su falta de inscripción.

La ineficacia respecto del administrador conlleva que este, actuando en nombre de la compañía deudora, puede comportarse como si los bienes no hubieran sido gravados.

Sin embargo, respecto a acreedores no garantizados, estos no resultan afectados por el gravamen en el caso de que insten la ejecución de los bienes del deudor⁸⁰.

3. *CHARGES OTORGADOS POR DEUDORES QUE NO TIENEN LA CONSIDERACIÓN DE COMPAÑÍAS: THE BILL OF SALE ACT 1878 Y THE BILL SALES ACT 1882: REQUISITOS DE FORMA Y REQUISITOS DE PERFECCIÓN*

A) *Introducción: concepto de bill of sale*

The Bill of Sale Act, 1878 (en adelante *The Act, 1878*⁸¹) y *The Bill of Sale Act (1878) Amendment Act 1882* (en adelante *The Act, 1882*⁸²) se aplican a los

derechos de garantía otorgados por personas físicas o por personas jurídicas que no tienen la consideración de compañías⁸³. Es decir, todos aquellos casos que caen fuera del ámbito de aplicación de *The Companies Act 2006*.

En una primera aproximación cabe señalar que queda sujeta a las disposiciones de *The Act, 1878* toda *bill of sale* en virtud de la cual el propietario o el cesionario tiene el poder adquirir la posesión, o de sujetar los bienes muebles descritos en el documento⁸⁴. Prescindiendo del amplísimo concepto que da el legislador inglés, esencialmente *bill of sale* es aquel documento en virtud del cual se confiere al comprador o al acreedor un poder directo sobre la cosa; por tanto, no es simplemente un documento que refleje el mero acuerdo celebrado entre las partes⁸⁵.

Dentro de la noción de *bill of sale* se incluye dos modalidades: los denominados *absolute bills* en virtud del cual se transmite la plena propiedad del bien⁸⁶ y *the security bills* que se otorgan a fin de garantizar el pago de una deuda. Ahora bien, *The Act, 1878* limita su ámbito de aplicación a aquellos documentos en virtud de los cuales se llevan a cabo actos de transmisión o gravamen que se refieran exclusivamente a *personal chattel*, lo cual incluye goods, muebles y objetos que pueden ser transmitidos por medio de la entrega; se excluye, pues, los derechos sobre bienes inmuebles excepto accesorios y cultivos cuando puedan ser transmitidos y gravados separadamente del inmueble⁸⁷.

En relación a los bienes futuros, durante la vigencia de *The Act, 1854* no era posible celebrar acuerdos que tuvieran por objeto la constitución de garantías sobre bienes futuros en la medida que dicha norma exigía que dichos bienes hubieran sido completamente entregados por el vendedor. Dicho planteamiento se modifica en *The Act, 1878* que parece admitir dicha posibilidad⁸⁸. Sin embargo, lo cierto es que la sección 5 *The Act, 1882* sanciona con la nulidad, excepto frente al otorgante del acto, aquellos supuestos en los que los bienes muebles descritos en el documento no son propiedad del otorgante en el momento de la firma del escrito. Por otro lado, en el caso de bienes futuros que no han sido descritos específicamente en el documento, la sanción impuesta por el legislador es aún mayor, pues el documento es declarado nulo, incluso frente al otorgante del acto por incumplimiento de los requisitos de formas exigidos en el texto legal⁸⁹. No obstante, existen excepciones a dicha regla general.

1. Cultivos vendidos o gravados de forma separada al bien inmueble, cuando esos cultivos ya existían en el momento en que el documento fue suscrito.
2. Cualquier bien mueble accesorio, plantas o maquinarias siempre que hayan sido transmitidos o gravados de forma separada al terrero, fábrica, tienda, casa o cualquier otro lugar del que estuvieran separadas, así como los citados bienes (accesorios, plantas o maquinarias) adquiridos en sustitución de los descritos en el documento⁹⁰.

Por otra parte, los contratantes pueden prever en el propio documento que suscriban la posibilidad de que los bienes descritos puedan ser reemplazados en el caso de que los originales hayan sufrido un daño o desgaste por el paso del tiempo.

B) Requisitos de forma para la constitución de security bills

Ambas leyes establecen las reglas relativas a los requisitos de forma y de perfección exigibles a las transacciones, o a las garantías otorgadas por escrito que estén dentro de su ámbito de aplicación. Ahora bien, es preciso señalar que dicha legislación centra su atención en el documento en sí —*bill of sale*— no en el acto de transmisión⁹¹; de este modo, cabría admitir la posibilidad de eludir dicha normativa constituyendo un derecho de garantía (*mortgage or charge*) en equidad sobre bienes muebles mediante un acuerdo oral; es verdad, que ello conllevaría un riesgo para el acreedor; sin embargo, en opinión de BEALE (2012, 430) dicho riesgo sería menor que el que supondría que el acuerdo fuera declarado nulo por no cumplir los requisitos legales, dada la complejidad de ambos texto legales⁹².

Llegados a este punto es importante señalar que *The Act, 1882* no debe entenderse como una mera reforma de la anterior. Al contrario, como pone de manifiesto la doctrina, ambas normas difieren en lo relativo a los supuestos objeto de regulación. Así, mientras la primera se aplica a *absolute bills and security bills* cualquiera que sea la naturaleza de la obligación garantizada, *The Act, 1882* limita su ámbito de aplicación a los documentos otorgados a fin de asegurar el pago de obligaciones dinerarias (*bill of sale given by way of security for the payment money*).

Los requisitos de forma y publicidad exigidos en el caso de *absolute bills* están regulados en la *The Act, 1878*; mientras que cuando se trata de garantizar obligaciones dinerarias hemos de tener presente la regulación de 1882. Al respecto, mientras los requisitos de forma son sustancialmente diferentes en uno y otro, sin embargo los exigidos para dotar de publicidad al documento son bastante similares. Dado que el objeto de nuestra investigación es el estudio del régimen jurídico de los *charge* que recaen sobre bienes muebles, en el presente apartado limitaremos nuestro estudio a los requisitos de forma de los denominados «*security bills*», mientras que en el punto siguiente abordaremos el análisis de los requisitos exigidos para dotar de publicidad a dichos documentos.

The Act, 1882 regula establece estrictos requisitos de forma; las consecuencias derivadas del incumplimiento son distintas en función del requisito omitido.

El documento, en forma de anexo o en el propio texto, debe contener un inventario de todos los bienes muebles a los que afecta el acto, el cual solo

será eficaz respecto de los *personal chattel* específicamente descritos. El documento será declarado nulo, excepto frente al cedente y respecto a aquellos bienes muebles no incluidos en el documento. En la práctica, es frecuente que el documento no contenga una relación detallada de los objetos incluidos, a fin de evitar dicha declaración de nulidad (*The Act, 1882 section 4*).

El documento debe de estar suscrito por las partes y por uno o más testigos creíble (que no hayan sido parte en el acto). En caso contrario, el documento es nulo respecto de los bienes muebles comprendidos en él (*section 10*).

El documento debe hacer referencia a la causa (*consideration*) por el que se otorgó el acto. El incumplimiento de este requisito conlleva la nulidad del documento (*The Act, 1882 section 8 in fine*).

El documento debe contener todos los requisitos exigidos en el texto legal⁹³; en caso contrario el documento será íntegramente nulo incluso frente al cedente. El acreedor no puede instar la ejecución para exigir el pago de la suma garantizada ni de los intereses, aunque si posee una acción personal para exigir la restitución del principal junto con unos intereses razonables.

La exigencia de que los bienes muebles estén descritos específicamente en el documento evita que bienes que aún no pertenecen al deudor estén afectos a la garantía. La finalidad, acorde con el objetivo de la ley, es evitar que los deudores que no tengan la consideración de compañías puedan otorgar *floating charges* sobre todos sus bienes presentes y los futuros.

C) *Requisitos de perfección para dotar de publicidad a bill of sale given by way of security for the payment money*

El plazo para practicar la inscripción es de siete días a contar desde el otorgamiento de la escritura. El incumplimiento de dicho plazo conlleva la nulidad respecto de todos los bienes muebles descritos en el mismo. No obstante, y al igual que veíamos en el caso de *charge* constituidos por compañías, se prevé la posibilidad de que el Tribunal conceda una ampliación de dicho plazo. Por otra parte, la ley exige que la inscripción sea renovada cada cinco años, so pena de que sea declarada nula.

El registrador, antes de practicar la inscripción, tiene la obligación de hacer constar el nombre, residencia y ocupación del otorgante de la garantía. En relación con dicha obligación, también en el supuesto de garantías otorgadas por sujetos que no tienen la consideración de deudor, se admite la posibilidad de que la autoridad judicial ordene la rectificación del registro en caso de omisión, error en el nombre, residencia u ocupación de cualquiera de las partes intervinientes.

Cuando el otorgante del derecho de garantía tiene su residencia fuera del distrito de Londres, o cuando los bienes muebles específicamente descritos en el documento se encuentran fuera de dicho distrito, el registrador está obliga-

do a hacer llegar un resumen del contenido del documento con los datos más relevantes al Secretario del Tribunal del Condado correspondiente.

En lo relativo a la publicidad de los datos que constan en el registro, cualquier persona tiene derecho a acudir al registro y consultar y/o solicitar extractos de cualquier documento inscrito. Cualquier persona puede igualmente consultar o solicitar copia del resumen del documento al que hemos hecho referencia. Cuando la obligación garantizada con el *charge* ha sido cumplida, el registrador puede ordenar la redacción de un documento de pago (*memorandum of satisfaction*) que se inscribe al margen del documento registrado.

Por último, la *section 10 of The Act, 1878*, que se aplica a ambas categorías de documentos, estipula que la prioridad entre *bill of sales* que afectan a los mismos bienes muebles se determinará por el orden del *día de su inscripción*. Esta regla se aplica también respecto de los bienes que son objeto de inscripción en registros especiales (propiedad intelectual, barcos, aeronaves). Por el contrario, cuando se trata de *charges* creados por compañías, la prioridad se determina por la fecha de creación del gravamen, siempre que este sea objeto de inscripción en el plazo legal de veintidós días.

V. CONCLUSIONES

I. Las actuales necesidades impuestas por el tráfico económico, caracterizado por el importante papel que juega el capital financiero, unido a la situación de crisis presente en gran parte de los países europeos determina que la posibilidad de ofrecer bienes muebles como objeto de garantía sin que conlleven el desplazamiento de la posesión, debe constituir una posibilidad prevista en las legislaciones nacionales.

II. Estos nuevos modelos de garantías mobiliarias deben constituirse a partir de fórmulas flexibles que concedan un poder de disposición al deudor en el curso ordinario de sus negocios y permitan mantener inalterado la eficacia del vínculo aun en el caso de modificaciones materiales de los bienes dados en garantía.

III. El esquema al que responde los derechos de garantía en el Derecho inglés (*security interests*) guarda importantes similitudes con los principios que inspiran el Derecho español. En ambos casos se trata de derechos que se constituyen con la finalidad de asegurar el cumplimiento de una obligación normalmente dineraria; son igualmente derechos accesorios. Por último, el sistema de publicidad establecido es igualmente un sistema de publicidad registral, de forma que los derechos deben ser objeto de inscripción en un registro público a fin de que sea eficaz contra terceros.

IV. Desde estos planteamientos, la figura del *charge*, especialmente la del *floating charge* parece responder a las necesidades actuales del tráfico econó-

mico debido a sus dos características fundamentales: 1. Puede recaer sobre bienes presentes y futuros, tangibles e intangibles, sin exigir acto expreso de sometimiento a la garantía ya constituida cuando se adquieren nuevos bienes. 2. Permite que el deudor pueda disponer de sus bienes en el ordinario curso de sus negocios, de forma que el adquirente los recibe libre de gravamen.

V. A pesar de dichas semejanzas, es cierto que determinados principios básicos que inspiran nuestro Derecho en materia de garantías reales sobre bienes muebles, como es el caso del principio de especialidad, parecen constituir un impedimento notable a la admisión de dicha posibilidad. El interrogante que se plantea es si dichos principios son inmodificables, de tal forma que no sea posible que la llamada garantía flotante pueda ser un modelo aplicable en nuestro país. Al respecto, debe tenerse presente que ordenamientos jurídicos que responden a una tradición latina, como sucede con el derecho francés o el italiano, han abordado ya la reforma de sus sistemas de garantías reales mobiliarias admitiendo esta modalidad de garantía.

VI. Este trabajo de investigación pretende, pues, abrir un debate sobre la necesidad de modernizar nuestro sistema de garantías reales mobiliarias sin desplazamiento en la línea adoptada por otros países de nuestro entorno. En tal sentido, el legislador español deberá decidir si la opción es la imposibilidad de realizar dichas reformas por afectar a principios que son esenciales en nuestro ordenamiento jurídico y mantener un sistema de garantía de bienes muebles que se revela ineficaz en el actual tráfico económico, o por el contrario, sería necesario llevar a cabo reformas en dicha materia a fin de que existiera una adecuación entre la concesión de créditos y los tipos de garantía en el tráfico de bienes muebles.

JURISPRUDENCIA

- *Evans v. Rival Granite Quarries Ltd* (1910) 2 K. B. 979
- *Holroyd v Marshall* (1862) 10 HLC. 191
- *National Provincial and Union Bank of England v Charnley* (1924) K. B. 431
- *Re Cosslett (Contractors)* (1998) Ch 495, Court of Appeal
- *Re Spectrum Plus* (2005) UKHL, 41
- *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd* (1903), 2 Ch 284
- *Roger v Challis* (1859) 27 Beav 175, ER 68
- *Siebe Gorman & Co Ltd v. Barclays Bank Ltd* (1979) 2 Lloyd's Rep 142, Ch
- *Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank Ltd* (1982) A. C. 584

BIBLIOGRAFIA

ARANA DE LA FUENTE, I. (2012). La reforma francesa de las garantías mobiliarias. Ed. *Indret*, vol. 2, pp. 1-58.

- BAKER, J. H. (2002). The Court of Chancery and Equity. En: *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, pp. 96-115.
- BAZ IZQUIERDO, F. (1980). *Derecho Inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema inmobiliario español*. Madrid: Edersa.
- BEALE, H. (2007). *The Law of Personal Property Security*. Oxford: Oxford University Press.
- (2012). Registration and other perfection requirements; Interest created by companies e Interest created by debtor who are not companies. En: *The Law of Security and Title-Based Financing*. Oxford: Oxford University Press, pp. 387-398; pp. 399-428 y 429-448.
- BRIGDE, M. (2002). *Personal Property Law*. Oxford: Oxford University Press.
- (2012). Introduction. En: *The Law of Security and Title-Based Financing*, Oxford: Oxford University Press, pp. 6-11.
- BUSSANI, M. (2006). Los modelos de las garantías reales en el civil y en el *common law*. Una aproximación de Derecho Comparado. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 237-250.
- CALNAN, R. (2013). *Taking security*. Bristol: Jordan Publishing.
- COLLINS, H. (2003). *The Law of contract*. London. University Press.
- DE CORES, C. (2008). Historia de la garantía real mobiliaria. En: C. de Cores y E. Gabrielli (coords.). *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*, Madrid: Reus, pp. 47-61.
- DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, L. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*, Madrid: Civitas.
- FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2006). La solución registral del problema de las garantías reales mobiliarias. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 91-122.
- FERRAN, E. y LOOK CHAN H. (2014). *Principles of Corporate Law*. Oxford: Oxford University Press.
- GABRIELLI, E. (2012). Forma y realidad en el Derecho italiano de las garantías legales. En: Tarabal Bosch (coord.). *Garantías reales en escenarios de crisis: presentes y prospectiva*. Madrid: Marcial Pons, pp. 133-145.
- (2008). La garantía flotante en el Derecho inglés. En: De Cores y Gabrielli (coords.). *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales*. Madrid: Reus, pp. 443-468.
- GOODE, R. (1996). The Exodus of the Floatin Charge. En: *Corporate and Commercial Law: Modern Developments*. Londres: Feloman and Meisel, pp. 93-203.
- (1970). *Hire-Purchase Law and Practice*. London: Butterworths.
- GOUGH W.J. (1996). *Company Charges*. London: Buttterworths.
- GRIMALDI, M. (2006). La prenda en el Derecho francés: Derecho positivo y proyecto de reforma. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*, Madrid: Marcial Pons, pp. 18-25.
- GULLIFER, L. (2013). *Goode and Legal Problems of Credit and Security*, Londres: Sweet & Maxwell.
- (2012). Non-possessory security. En: *The Law of Security and Title-Based Financing*. Oxford: Oxford University Press, pp. 139-210.

- GULLIFER, L. and PAYNE, J. (2006). The characterization of fixed and floating charge. En: Getzler and Payne (editors). *Company Charges. Spectrum and Beyond*. Oxford: Oxford University Press, pp. 51-104.
- HACKNEY, J. (1987). *Understanding Equity and Trust*. London: Fontana Press.
- KÖTZ, H. and FLESSNER, A. (1997). *Europa Contract Law, volumen one: Formation, validity and content of contracts; contract and third parties*. Oxford: Clarendon Press.
- LACRUZ BERDEJO, J. L. (2001). *Derechos reales III, volumen segundo*, Madrid: Dykinson.
- LAWSON, F. J. & RUDDEN, B. (1982). *The Law of Property*. Oxford: Clarendon.
- MADRAZO MELÉNDEZ, B. (2013). Registro de bienes muebles y garantías mobiliarias. En: J. M.^a Miquel González (coord.). *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*. Madrid: La Ley, pp. 95-113.
- MAITLAND, F.W. (1969). *Equity: A Course of Lectures*, revisado por Brunyate, J. Cambridge: University Cambridge Press.
- MARSAL GUILLAMET, J. (2006). Las prendas flotantes. Un término polisémico. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 355-366.
- McKENDRICK, E. (2010). *Goode on Commercial Law*. Londres: Penguin Books.
- McMEEL, G. (2013). Introduction. En: *The Law of Personal Property*. Londres: Sweet & Maxwell, pp. 1-33.
- MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2013). Introducción. En: J. M.^a Miquel González (coord.). *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*. Madrid: La Ley, pp. 13-22.
- NOLAN, R. (2004). Property in a Fund. En: *Law Quarterly Review*, volumen 120, pp. 108-120.
- PENNINGTON, R. (1960). The genesis of the floating charge. En: *Modern Law Review*, vol. 23, pp. 630-645.
- ROJO AJURIA, L. (1989). Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de garantías mobiliarias a la luz del Derecho de los Estados Unidos de América. En: *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLII, Fascículo 3, pp. 717-811.
- SÁNCHEZ LERÍA, R. (2014). Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno derecho contractual europeo. En: *InDret*, vol. 3, pp. 2-32.
- SÁNCHEZ LORENZO, S. (1993). *Garantías reales en el comercio internacional (Reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, Madrid: Civitas.
- SEALY, L. S. & HOOLY, R.J.A. (2009). *Commercial Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: Oxford University Press.
- SERICK, R. (1990). *Garantías mobiliarias en el Derecho alemán. Perfiles y principios*. Traducción española de Angel Carrasco Perera. Madrid: Tecnos.
- SHEEHAN, D. (2011). *The Principles of Personal Property Law*, Oxford: Hart Publishing.
- SMITH, L. (2013). Real Security over Moveables. En: *English Private Law*, Oxford: University Oxford Press, pp. 332-351.
- WORTHINGTON, S. (2013). Security Interests y Acquisition of Equitable Interests by Consent. En: *The Law of Personal Property*, Londres: Sweet & Maxwell, pp. 145-173 y pp. 421-437.
- (2010). *Personal Property: Text, Cases and Materials*, Oxford: Hart Publishing.
- (1996). *Proprietary Interests in Commercial Transactions*. Oxford: Clarendon Press.
- (2006). *Equity*. Oxford. Oxford University Press.

NOTAS

¹ LACRUZ BERDEJO, J. L. (2001). *Derechos reales III, volumen segundo*. Madrid. Dykinson, p. 205. Señala este autor que el desplazamiento posesorio desempeña una función de control patrimonial y de publicidad: asegura al acreedor que el deudor, o quien constituyere la prenda, no enajena como libre a terceros adquirentes de buena fe en fraude de sus derechos el bien mueble gravado; y al mismo tiempo, pone sobre aviso, a sucesivos o precedentes acreedores no privilegiados del mismo deudor, sobre la limitación de la solvencia que experimenta el patrimonio del mismo, consecuencia de la afección preferente del objeto pignorado.

² SÁNCHEZ LORENZO, S. (1993). *Garantías reales en el comercio internacional (Reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*. Madrid: Civitas, pp. 31 y 32. En el mismo sentido la Exposición de Motivos de la Ley de 16 de diciembre de 1954 sobre Hipoteca Mobiliaria y Prensas Sin Desplazamiento (en adelante LHMPSD) afirma que: «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 suntuarias, 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 SERICK, R. (1990). *Garantías mobiliarias en el Derecho alemán. Perfiles y principios*. Traducción española de Ángel Carrasco Perera. Madrid: Tecnos, pp. 15 y 30 señala que las situaciones que pueden dar lugar a una prenda convencional han sido condicionadas por el legislador a ese acto externo que es el traspaso de la posesión, con la finalidad de garantizar que la carga revista publicidad. Resultaría, por ello, inadmisibles un acuerdo de pignoración acompañado de un pacto o acuerdo en virtud del cual el pignorante, que es a la vez deudor del préstamo, conserve la posesión inmediata sobre la cosa pignorada mientras que el acreedor pignoraticio adquiera la sola posesión mediata. Añade este autor que en el tráfico comercial de hoy en día, sin embargo, difícilmente el deudor puede permitirse renunciar a la posesión inmediata de bienes muebles con los que ha de garantizar un crédito. Además, la posesión inmediata de estos bienes comportaría para el acreedor, bancos normalmente, altos costes de administración. Se pregunta este autor, dónde podría guardar un banco este tipo de cosas: materias primas, mercancías, máquinas, vehículos etc.

⁴ DE CORES, C. (2008) Historia de la garantía real mobiliaria. En: C. de Cores y E. Gabrielli (coords.). *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales mobiliarias*. Madrid: Reus, pp. 47 y 61, pone de manifiesto que en el ámbito de las garantías mobiliarias existen tres generaciones sucesivas. Una primera que podríamos llamar tradicional, la de la prenda posesoria caracterizada por la necesaria desposesión por parte del deudor mediante la entrega, ya sea al acreedor, ya sea a un tercero, de la cosa que constituye el objeto de la garantía, elemento este que se considera esencial para la existencia del derecho real de garantía. Una segunda caracterizada por la experiencia de la ineficacia económica de la prenda posesoria que implica la privación al deudor de la posesión de los activos que le son útiles para desarrollar su gestión empresarial durante la cual, cediendo por una parte a la necesidad de crédito productivo, y por otra parte, a que el deudor tenga la disponibilidad de los bienes para desarrollar su actividad agropecuaria, industrial o comercial se incorpora el mecanismo de la prenda sin desplazamiento que

permite al deudor constituir una garantía sin transferir la posesión de ciertos bienes muebles. Y una tercera generación, que es a la que estaríamos asistiendo actualmente, en la cual debido a las actuales necesidades expansivas del comercio económico y partiendo de la dificultad consistente en que las garantías mobiliarias de segunda generación son de carácter restrictivo o excepcional, se organiza un sistema en base a la ampliación de la esfera de aplicación de la prenda sin desplazamiento.

⁵ *Artículo 12*

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

⁶ *Artículo 52.*

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

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

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

Tercero. Los animales, así como sus crías y productos.

Cuarto. Las máquinas y aperos de las referidas explotaciones.

Artículo 53

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:

Primero. 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 cuarenta y dos.

Segundo. Las mercaderías y materias primas almacenadas.

Artículo 54.

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.

⁷ MADRAZO MELÉNDEZ, B. (2013). Registro de bienes muebles y garantías mobiliarias. En: J. M.^a Miquel González (coord.) *Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias*, Madrid: La Ley, p. 96. Afirma esta autora que en Europa sectores como las energías renovables o alternativas, el medio ambiente, la agricultura ecológica, el sector alimentario con características propias, los transportes o las telecomunicaciones son mercados en auge que exigen reflexionar sobre las garantías mobiliarias.

⁸ GRIMALDI, M. La prenda en el Derecho francés: Derecho positivo y proyecto de reforma. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 22 y 23. Señala este autor que la prenda en el Código Civil francés era un contrato de naturaleza real; el Tribunal Supremo (*Court de Casation*) ha señalado repetidamente que el desplazamiento de la posesión del bien del constituyente al acreedor es un requisito de validez, y no solamente de oponibilidad de la prenda. De ello deriva que la prenda no pueda tener como objeto bienes futuros: ni bienes corporales futuros o pendientes de adquisición, ni créditos no nacidos. Las empresas no pueden pignorar sus stocks, ni su volumen de negocio futuro, lo cual limita su capacidad para obtener crédito. El proyecto de reforma rompe radicalmente con esta tradición. La prenda, desdoblada en prenda de bienes muebles corporales y pignoración de muebles incorpóreos ya no se puede considerar un contrato real: la desposesión del constituyente deja de ser un requisito para constituirla. Sobre esta reforma véase ARANA DE LA FUENTE, I. (2012). La reforma francesa de las garantías mobiliarias. En *InDret*, vol. 2, pp. 1-58.

⁹ GABRIELLI, E. (2012). Forma y realidad en el Derecho italiano de las garantías legales. En: Tarabal Bosch (coord.). *Garantías reales en escenarios de crisis: presentes y prospectiva*. Madrid: Marcial Pons, pp. 133 y 137.

¹⁰ Es preciso poner de manifiesto el distinto planteamiento que existe entre los países de tradición romanista y los países pertenecientes al *common law*. Como apunta SÁNCHEZ LORENZO, S.: *op. cit.*, p. 36, en estos últimos se detecta una tendencia a admitir un *numerus apertus* de derechos reales; pero tal vez sea el sistema alemán el paradigma de un ordenamiento basado en el principio de autonomía. En efecto, la autonomía de la voluntad es un principio válido para la creación por los particulares de nuevos derechos reales de garantía, susceptibles de producir efectos *erga omnes*. Ello es debido a la propia configuración de las fuentes del Derecho alemán, donde el Derecho consuetudinario tiene una extraordinaria importancia. De este modo, dichas garantías son utilizadas, en primer término, en la práctica comercial y bancaria y su validez, finalmente, es sentenciada por la jurisprudencia. Así, poco importaría que la legislación alemana estableciera un sistema de control de las garantías si, a través de la costumbre que se origina en la contratación privada, los nuevos derechos vienen a ser admitidos por otra fuente que no cede, por razones de jerarquía, ante el Derecho escrito. Por el contrario, en el Derecho español, que responde a una tradición romanista, son las leyes las que tipifican las nuevas formas de garantía mobiliaria de origen convencional. En lo relativo al fundamento de dicha opción de política legislativa, Díez-Picazo Ponce de León, L. (1993). *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial II*. Madrid: Civitas, p. 102 afirma que en los derechos reales de garantía imperan la tipicidad y el sistema de *numerus clausus*. Ello por la razón fundamental de que los derechos reales de garantía entrañan una suerte de realización de valor, y sobre todo, una suerte de privilegio o prelación que tiene por ello un carácter excepcional, ya que supone una particular derogación del principio de la *par conditio creditorum*. Un análisis de los distintos modelos de garantías reales mobiliarias que existen en las dos tradiciones jurídicas que conviven en Europa realiza Bussani, M.: Los modelos de las garantías reales en el civil y en el *common law*. Una aproximación de Derecho Comparado. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 237-250 y Rojo Ajuria, L. (1989). Las garantías mobiliarias (Fundamentos del Derecho de garantías mobiliarias a la luz del Derecho de los Estados Unidos de América, en *Anuario de Derecho Civil*, tomo XLII, Fascículo 3, 717-811.

¹¹ MIQUEL GONZÁLEZ, J. M.^a (2013). Introducción. En: J. M.^a Miquel (coord.). Cuestiones actuales de las garantías reales mobiliarias, *op. cit.*, p. 14.

¹² Sin embargo, somos conscientes de que el desarrollo de nuevas figuras no es una cuestión baladí, pues lleva implícita la derogación del principio general de responsabilidad del deudor e igualdad de todos los acreedores, otorgando a un concreto acreedor la titularidad de un derecho sobre determinados bienes muebles del deudor y una prioridad para el cobro de su crédito respecto a los demás acreedores. Dicho de otro modo, supone favorece a unos acreedores y a sus intereses en detrimento de otros; por ello, el crédito garantizado debe tener una justificación suficiente, a fin de que las ventajas que proporciona al tráfico económico ese crédito garantizado supere las pérdidas que sufren otros acreedores.

¹³ Es preciso advertir que la expresión *common law* tiene en el Derecho inglés significados diversos, en función del contexto en el que se utilice. En un sentido estricto, este término permite distinguir entre *common law* y *equity* como dos diferentes cuerpos de leyes elaborado por los jueces. Distinción que tiene un origen histórico. En un sentido más amplio, la palabra *common law* se utiliza para aludir al conjunto de leyes cuyo origen es judicial frente a aquellas normas elaboradas por el Parlamento (*statutes*). Esta distinción, basada en el diferente modo de crear derecho (judicial o legal), conlleva que la expresión *common law* incluya los dos conceptos antes señalados: *common law* en sentido estricto y *equity*. Por último, dicha noción puede emplearse en un sentido aún más amplio a fin de distinguir las dos tradiciones jurídicas que conviven en el espacio europeo: *common law* y *civil law*. En este contexto, *common law* agrupa todas las leyes que comprenden dicho sistema jurídico, tanto las que tienen un origen judicial (*common law and equity*) como aquellas que tienen un origen legal (*statutes*). En este

capítulo, la expresión *common law* se utilizará, en ocasiones, en el primero de los sentidos expuestos y en otras en su sentido más amplio, a fin de contraponer *civil law* y *common law*.

¹⁴ Sobre el importante papel desempeñado por la *equity* en el ámbito del *common law*, véase: BAKER, J. H. (2002). *The Court of Chancery and Equity*. En: *An Introduction to English Legal History*. London: Butterworths, pp. 96-115. HACKNEY, J. (1987). *Understanding Equity and Trust*. London: Fontana Press. MAITLAND, F. W. (1969). *Equity: A Course of Lectures*, revisado por Brunyate, J. Cambridge: University Cambridge Press. WORTHINGTON, S. (2006). *Equity*. Oxford: Oxford University Press.

¹⁵ McKENDRICK, E. (2010). *Goode on Commercial Law*. Londres: Penguin Books, p. 772.

¹⁶ El adjetivo flotante referido a la prenda se refiere a la posibilidad que tiene el pignorante de modificar el objeto sobre el que recae, facultad que se halla vinculada al carácter fungible de los bienes dados en garantía. Sobre esta cuestión MARSAL GUILLAMET, J. (2006). Las prendas flotantes. Un término polisémico. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, p. 356.

¹⁷ Al respecto, un atento examen del Derecho comparado nos enseña que la naturaleza de las cosas obliga a discriminar entre dos sistemas factibles de organización del sistema registral mobiliario. 1. El Registro de Bienes Muebles unas veces funciona como Registro de la Propiedad Mueble, en donde se inscriben el dominio y los demás derechos con transcendencia real sobre ciertos bienes muebles de características económicas análogas a la de los inmuebles. 2. Otras veces el Registro de Bienes Muebles se reduce a servir como registro de cargas y gravámenes respecto de los demás bienes muebles registrables. En la Exposición de Motivos de la LHMPSD se hace referencia a dicha distinción afirmando que: «El problema de la publicidad ha sido resuelto a base de la creación de un Registro de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento. Ha sido objeto de meditación el alcance que debería darse al nuevo Registro, en el sentido de si sería procedente establecer un sistema de Registro de Propiedad que, al modo de la propiedad inmueble, recogiera toda la historia jurídica de los bienes, incluso las transmisiones de dominio de los mismos, o un sistema de Registro de gravámenes, limitado a las finalidades de esta Ley. Aunque, en principio, se ha estimado que el sistema más completo hubiera sido el primero, se ha desistido de él en atención a las dificultades prácticas de su adaptación; toda vez que exigiría un cambio total y absoluto en el sistema de transmisión de propiedades y contratación de esta clase de bienes. Por esta razón se ha regulado solamente un Registro de gravámenes, si bien se estima procedente hacer constar el criterio favorable al Registro de la propiedad de los bienes muebles, al menos para algunos de ellos, como los establecimientos mercantiles y los automóviles». Sobre esta cuestión véase FERNÁNDEZ DEL POZO, L. (2006). La solución registral del problema de las garantías reales mobiliarias. En: Lauroba y Marsal (eds.). *Garantías Reales Mobiliarias en Europa*. Madrid: Marcial Pons, pp. 91-122.

¹⁸ Cuando hablamos de *property right* en el ámbito del *common law*, la distinción más importante es aquella que diferencia entre el derecho de propiedad que recae sobre bienes inmuebles (*real property*) y el derecho de propiedad sobre bienes muebles (*personal property*). Como pone de manifiesto BAZ IZQUIERDO, F. (1980). *Derecho Inmobiliario e hipotecario inglés y su comparación con el sistema inmobiliario español*. Madrid: Edersa, pp. 6 y 7 los juristas ingleses a la hora de delimitar ambos tipos de propiedades prescinden de cualquier criterio jurídico-abstracto para establecer dicha dicotomía; es decir, no atienden a exigencias físicas (situación fija e imposible desplazamiento sin deterioro y a la inversa, posibilidad de trasladarse de un lugar a otro sin detrimento de su naturaleza), sino que se trata de una distinción que tiene raíces históricas. Sin embargo y al igual que sucede con el Derecho español, estamos ante una categoría de bienes que se define por exclusión: es propiedad personal aquella que no es propiedad real. Un estudio sobre el origen histórico y el significado de lo que se conoce como *personal property* realiza BRIDGE, M. (2002). *Personal Property Law*. Oxford: Oxford University Press, pp. 1-10.

El análisis propiamente dicho de la propiedad personal comienza con la distinción entre *chattel real* y *chattel personal*. El primero era el derecho de arrendamiento de bienes, sujeto a una acción de carácter personal hasta 1925 fecha en la que, en virtud de *Law of Property*

Act, se le reconoce naturaleza de derecho real. El segundo comprendía aquellos bienes que no eran *chattel real*. La noción de *chattel personal* puede, a su vez, dividirse en dos categorías: *choses (or things) in possession* y *chose in action*. Estamos ante categorías exhaustivas de formas que todas las cosas muebles deben de incluirse en una u otra modalidad.

Chose in possession, como su propio nombre indica, se configura como el derecho a una posesión exclusiva respecto de cosas físicas, materiales. Comprende bienes que son tangibles, susceptibles de ser trasladados de un lugar a otros, visibles, susceptibles de posesión. Cuando tales bienes son el objeto de una compraventa o de otro tipo de contrato suelen recibir el nombre de *goods*. Por el contrario, los *chose in action* comprende distintos tipos de bienes intangibles o incorpóreos que no son susceptibles de posesión. Estos pueden dividirse en dos categorías: *pure intangibles* y *documentary intangibles*. Como ejemplos de bienes puramente intangibles cita la doctrina inglesa el derecho de crédito, las acciones de una compañía, o el copyright (los derechos de propiedad intelectual de contenido patrimonial). Se trata de bienes que tienen un valor económico y pueden ser objeto de disposición en favor de terceras personas, tanto mediante un contrato de compraventa como dándolos en garantía de un préstamo. Por su parte, con la expresión documentos intangibles se alude a aquellos supuestos en los que el bien puramente intangible adquiere una concreción a través del documento al que se incorpora, que tiene una naturaleza tangible, de forma que documento y derecho forman un todo. McKENDRIC, E.: *op. cit.*, p. 52, distingue tres subgrupos de documentos intangibles. El primero comprende los documentos que incorporan un derecho al pago de dinero, tales como letras de cambio o pagarés. En segundo lugar documentos que incorporan valores negociables, como los títulos o bonos al portador. En la tercera categoría se integran los documentos que incorporan derecho sobre bienes, como los conocimientos de embargo. Tres consecuencias se derivan de la incorporación del derecho al documento. Primero, la mera entrega y, en su caso, endoso del documento por lo general será eficaz para transferir la titularidad del derecho al cesionario. Segundo, por medio de una ficción los remedios derivados de una injusta o arbitraria intromisión en los bienes, como su transformación, se extienden al documento y en general a cualquier documento comercial que acredite una obligación o deuda. Los documentos intangibles son susceptibles de constituir objetos de derecho de garantía, en particular de prenda. Por último, es preciso señalar que los documentos intangibles son transferibles. El denominado documento al portador (*bearer document*) puede ser transmitido mediante la mera entrega. Los llamados *order document* en el cual aparece designada la persona titular de la obligación es transferible mediante endoso y entrega.

¹⁹ BRIDGE, M. (2012): Introduction. En: *The Law of Security and Title-Based Financing*, Oxford: Oxford University Press, p. 10. GULLIFER, L. (2013). *Goode and Legal Problems of Credit and Security*, Londres: Sweet and Maxwell, pp. 31 y sigs. SHEEHAN, D. (2011). *The Principles of Personal Property Law*, Oxford: Hart Publishing, p. 298. SMITH, L. (2013). Real Security over Moveables. En: *English Private Law*, Oxford: University Oxford Press, pp. 332-351; WORTHINGTON, S. (2013): Security Interests. En: *The Law of Personal Property*, Londres: Sweet & Maxwell, p. 146 y WORTHINGTON, S. (2010). *Personal Property: Text, Cases and Materials*, Oxford: Hart Publishing, pp. 5 y 6.

²⁰ *In National Provincial and Union Bank of England v Charnley* (1924) K. B. 431 se afirma que: «It is not necessary to give a formal definition of a charge, but I think there can be no doubt that where in a transaction for value both parties evince an intention that property, existing or future, shall be made available as security for payment of a debt, and that the creditor shall have a present right to have it available, there is a charge, even though the present legal right which is contemplated can only enforced at some future date, and though the creditor gets no legal rights of property, either absolute or special, or any legal right to possession, but only gets right to have the security made available by an order of the Court. If those conditions exist, I think there is a charge. If, the other hand, the parties do not intend that there should be a present right to have the security made available, but only that there should be a right in the future by a, such as a licence, to seize the goods, there will be no charge. En *Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank* (1982) AC 584 se define esta garantía

afirmando que «An equitable charge... is said to be created when property is expressly or constructively made liable, or specially appropriated to the discharge of a debt or some other obligation, and confers on the chargee a right of realisation by judicial process, that is to say, by the appointment of a receiver or and order for sale». Por último, en *Re Cosslett (Contractors)* (1998) Ch 495, Court of Appeal, Millett L. J. señala que «is of essence of a charge that a particular asset or class of assets is appropriate to the satisfaction of a debt or the other obligation of the charger or a third party, so that the chargee is entitled to look to the asset and it proceeds for the discharge of the liability».

Sobre el concepto de *charge*: GULLIFER, L.: Non-possessory security. En: *The Law of Security and Title-Based Financing*, op. cit., p. 148 y Goode and Legal Problems of Credit and Security, op. cit., pp. 36 y sigs.; Mc MEEL, G. (2023). Introduction. En: *The Law of Personal Property*, op. cit., p. 154 y WORTHINGTON, S. 2013. *Personal Property*, op. cit., p. 101.

²¹ Sobre los tipos de *charge*, además de la bibliografía anterior abordan el tema FERRAN, E & HOOK CHAN H. (2014). *Principles of Corporate Law*, Oxford: Oxford University Press, pp. 318 y sigs.

²² Se pregunta GULLIFER, L. *Goode and Legal Problems of Credit and Security*, op. cit., pp. 126 y sigs., *How do we identify a floating charge? What are the hallmarks of such a security?* Valuable guidance is offered in *Re Yorkshire Woolcombers Association Ltd* (1903) 2 Ch 284: «I certainly do not intend to attempt to give an exact definition of the term floating charge, nor am I prepared to say that there will not be a floating charge within the meaning of the Act which does not contain all the three characteristics that I am about to mention, but I certainly think that if a charge has the three characteristics... it is a floating charge¹. If it is a charge on a class the assets of a company present and future². If that class is one which, in the ordinary course of the company, would be changing from time to time; and³ if you find that by the charge it is contemplated that, until some future step is taken by or on behalf of those interested in the charge, the company may carry on its business in the ordinary way as far as concerns the particular class of assets I am dealing with.

²³ *In Evans v. Rival Granite Quarries Ltd* (1910) 2K.B. 979, se afirma que: «A floating charge is not a future security; is a present security which presently affects all the assets of the company expressed to be include in it...but not specifically affecting any item until some act or event occur or some act on the part is done which cause it to crystallise into a fixed charge».

²⁴ GABRIELLI, E. (2008). La garantía flotante en el Derecho inglés. En: De Cores y Gabrielli (coords.). *El nuevo derecho de las garantías reales. Estudio comparado de las recientes tendencias en materia de garantías reales*. Madrid: Reus, pp. 445 y 447 y GULLIFER, L.: *Goode and Legal Problems of Credit and Security*, op. cit., p. 127.

²⁵ *Re Spectrum Plus* (2005) UKHL, 41.

²⁶ El principal defensor de esta tesis es GOUGH W.J. (1996). *Company Charges*. London: Butterworths, pp. 97-101.

²⁷ WORTHINGTON, S. (1996). *Proprietary Interests in Commercial Transactions*. Oxford: Clarendon Press, pp. 80 y sigs. y *Personal Property*: op. cit., 126 y sigs. De igual modo, *In Evans v. Rival Granite Quarries Ltd* se afirma que: A floating charge is not a specific mortgage of the assets, plus a licence to the mortgagor to dispose of them in the course of his business.

²⁸ GULLIFER, L. *Goode on Legal Problems* op. cit., pp. 127 y sigs. Sobre la noción de *fund* véase NOLAN, R. (2004). Property in a Fund in *Law Quarterly Review*, volumen 120, pp. 108-120 y FERRAN/LOOK CHAN: op. cit. pp. 321-323. Para una síntesis sobre las teorías que existen en torno a la naturaleza del *floating charge*, véase CALNAN, R. (2013). *Taking Security*. Bristol: Jordans Publishing, pp. 120-123 y 128; SHEEDAN, D: op. cit., pp. 393-398; GULLIFER, L. and PAYNE, J. (2006). The caracterizacón of fixed and floating charge. En: Getzler and Payne (ed.). *Company Charges. Spectrum and Beyond*. Oxford: Oxford University Press, pp. 55-64.

²⁹ Compara GULLIFER L: *Goode and Legal Problems of Credit and Security* op. cit., p. 127, la situación del *fund* con la del río Támesis el cual es siempre el mismo a pesar de que el agua de su caudal varía constantemente.

³⁰ Sobre el fenómeno de la criticalización del *floating charge* existe una abundante bibliografía; así, por ejemplo, CALNAN, R.: *op. cit.*, pp. 123-132. GABRIELLI, E.: La garantía flotante en el Derecho inglés, *op. cit.*, pp. 455-464. GULLIFER, L.: *Goode and Legal Problems of Credit and Security op. cit.*, pp. 153-171 y Non-possessory security, *op. cit.*, p. 191. Mc KENDRICK, E.: *op. cit.*, pp. 728 y 732. WORTHINGTON, S.: Security Interests, *op. cit.*, p. 191.

³¹ CALNAN, R.: *op. cit.*, pp. 130 y 131. GABRIELLI, E.: La garantía flotante en el Derecho inglés, *op. cit.*, p. 456; GULLIFER, L.: *Goode and Legal Problems of Credit and Security op. cit.*, p. 153. McKENDRIC, E.: *op. cit.*, pp. 72-8732.

³² GULLIFER, L.: *Goode and Legal Problems of Credit and Security op. cit.*, p. 156, afirma que: In the case of compulsory winding up, the winding up is deemed, by statute, to have commenced at the date of the presentation of the petition for winding up. This relation back is to prevent dispositions of the company's assets in the ru-up to insolvency.

³³ CALNAN, R.: *op. cit.*, p. 130; GABRIELLI, E.: La garantía flotante en el Derecho inglés, *op. cit.*, p. 457. GULLIFER, L.: *Goode and Legal Problems of Credit and Security op. cit.*, p. 157. Mc KENDRICK, E.: *op. cit.*, pp. 728 y 729.

³⁴ GABRIELLI, E.: La garantía flotante en el Derecho inglés, *op. cit.*, p. 460.

³⁵ GOUGH, W. J., *op. cit.*, p. 81.

³⁶ CALNAN, R.: *op. cit.*, p. 131 y GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems, op. cit.*, p. 161.

³⁷ WORTHINGTON, S.: Security Interests, *op. cit.*, p. 180.

³⁸ Sin embargo, advierte GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credit and Security, op. cit.*, p. 63 que no siempre el acreedor podrá ejercitar dicho poder frente a terceros, ya que es preciso distinguir entre el acuerdo y su eficacia frente a otros sujetos. En tal sentido, esta autora señala que *attachment of security interest is thus to be distinguished from perfection of a security interest*. La perfección incluye otros requisitos adicionales como la entrega de la cosa o la inscripción en un Registro a efectos de dotar de publicidad al acto frente a terceros. Dicho concepto, a su vez, debe diferenciarse de los requisitos exigidos para conceder al titular del derecho prioridad frente a otros acreedores. En parecidos términos, SHEEDAN, D.: *op. cit.*, p. 299 afirma que: *Attachment is said to render the security binding between the grantor and the grantee and perfection renders it binding as against third parties*. Dicho autor considera que pudiera parecer extraño que los derechos de garantía sean considerados derechos reales los cuales se caracterizan, precisamente, por su eficacia frente a terceros. Al respecto, matiza dicha afirmación en el sentido de que no es completamente cierto decir que un derecho real «imperfecto» carezca de efectos frente a terceros, pues en caso de insolvencia del deudor siempre tendrá preferencia frente a un acreedor ordinario. Volveremos sobre esta cuestión al analizar los requisitos de publicidad.

³⁹ GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credit and Security, op. cit.*, pp. 63-77; SEALY, L. S. & HOOLY, R. J. A. (2009): *Commercial Law. Text, Cases and Materials*, Oxford: University Press, pp. 1084-1085 y WORTHINGTON, S.: Acquisition of Equitable Interests by Consent. En: *The Law of Personal Property, op. cit.*, pp. 421-437.

⁴⁰ SEALY, L. S. & HOOLY, R. J. A.: *op. cit.*, p. 1084 y WORTHINGTON, S.: Acquisition of Equitable Interests by Consent, *op. cit.*, p. 422. Aunque el concepto de *consideration* resulta difícil de traducir, básicamente hace referencia al principio en virtud del cual las promesas son obligatorias solo cuando están basadas en una contraprestación en la cual el promitente tiene interés. Por ello, si la promesa hecha por una persona no se sustenta en otra hecha a cambio, el acuerdo alcanzado por las partes no será obligatorio, salvo que hayan observado una forma determinada. Ese intercambio puede consistir en dar algo, o en una promesa de dar o hacer algo a cambio de lo que se recibe; debe existir pues reciprocidad. Por último, la *consideration* debe ser suficiente; al respecto, la jurisprudencia no mantiene una postura unánime pues en ocasiones adopta un criterio objetivo (valor real de la contraprestación) y otras un criterio subjetivo (proporcionar un beneficio práctico, aun indirecto al promitente). En última instancia, la explicación de la ausencia de un criterio uniforme en la jurisprudencia hay que buscarla en que no es más que la razón o el motivo buscado por los tribunales

para hacer exigible o no un acuerdo determinado. Sobre la *consideration* véase: COLLINS, H. (2003). *The Law of Contract*. London: University Press. KÖTZ, H. & FLESSNER, A. (1997). *European Contract Law, volumen one: formation, validity, and content of contracts; contract and third parties*. Oxford: Clarendon Press. SÁNCHEZ LERÍA, R. (2014). Los requisitos para la perfección del contrato en el moderno Derecho contractual europeo. En: *InDret*, vol. 3, pp. 2-32.

⁴¹ El caso más famoso en el cual *The House of Lord* tuvo que decidir sobre esta cuestión fue *Swiss Bank Corporation v. Lloyds Bank Ltd* (1982) AC 584 en el que los hechos fueron los siguientes. Bajo la legislación de control de cambios (*The Exchange Control Act, 1947*) ya derogada, la compañía IFT necesitaba la autorización del Banco de Inglaterra para pedir prestada una suma de dinero en francos suizos con el fin de comprar acciones en FIBI, una compañía israelí. El Banco de Inglaterra autorizó el préstamo, pero puso como condición que este fuera pagado con los beneficios obtenidos por IFT cuando llevara a cabo la venta de las acciones de la compañía FIBI. Una de las cláusulas del acuerdo firmado entre IFT y Swiss Bank (clause 3.b), que permitió a aquella obtener el préstamo, fue el compromiso de la compañía de cumplir todos los requisitos exigidos por el Banco de Inglaterra. En fechas posteriores, IFI acordó con *Lloyds Bank* la constitución de un *charge*, a fin de garantizar un préstamo otorgado por dicho banco a la empresa matriz de IFT. Los bienes que quedaron afectos al cumplimiento de dicha obligación fueron precisamente las acciones que IFT había comprado a FIBI. Cuando IFT empezó a tener dificultades financieras, la cuestión que se planteó era si esta empresa había concedido un *charge* sobre sus acciones en favor de Swiss Bank; si la respuesta era afirmativa, dicho *charge* tendría prioridad para cobrar la deuda frente a la segunda garantía concedida por IFT a *Lloyds Bank*. Como señala BRIGDE, M.: *Personal Property Law, op. cit.*, p. 183, era evidente que el acuerdo entre IFT y Swiss Bank, que incorporaba las condiciones exigidas por el Banco de Inglaterra, establecía importantes medidas de control sobre las acciones de FIBI, pero ¿además se había constituido un *charge* sobre dichas acciones? *The House of Lord* afirmó que la intención de crear un *charge* debe deducirse de la intención de las partes. Intención que puede ser explícita o implícita (*the intention may be expressed or it may be inferred*). Si el deudor se compromete a que unos determinados bienes o fondos queden sujetos al pago de la deuda, dicho acto conlleva una intención implícita de crear una garantía, en ausencia de otra expresa indicación. En tal caso, la intención de las partes es que el acreedor ostente un derecho sobre esos fondos o bienes separados, de forma que pueda proceder a realizar su valor en caso de incumplimiento del deudor. A la vista de los hechos descritos, el citado caso resolvió que no se había constituido un *charge*; el argumento utilizado fue que la intención de las partes fue únicamente establecer las condiciones del reembolso del préstamo de acuerdo con las exigencias de la legislación sobre control de cambios en lo relativo a pagos en moneda extranjera. Pero consideró que no se había constituido una garantía con identificación de los fondos que aseguraban el cumplimiento del préstamo; en consecuencia, el litigio relativo a la prioridad en el pago de la deuda lo ganó *Lloyds Bank*. Sobre este caso, véase GULLIGER, L.: *Non-possessory security, op. cit.*, p. 139; SEALY, L. S. & HOOLY, R. J. A.: *op. cit.*, pp. 1124 y 1125 y WORTHINGTON, S.: *Acquisition of Equitable Interests by Consent, op. cit.*, pp. 114 y 118.

⁴² GULLIFER, L.: *Goode on legal Problems of Credit and Legal Security, op. cit.*, pp. 71 y 72. De igual modo, advierte esta autora que el hecho de que el deudor haya depositado las escrituras o los títulos en el banco a fin de que este los custodie, no implica la creación de un *charge* o de otro derecho de garantía en favor del banco para asegurar el pago de la deuda, ni tampoco implica conceder al banco el poder de constituir unilateralmente dicho derecho.

⁴³ En primer lugar, por su naturaleza personal como sucede con las pensiones y en general con las prestaciones de la seguridad social; en segundo lugar por razones de orden público, de tal forma que el deudor no puede dar en garantías todos sus bienes poniendo en peligro la subsistencia de su familia; en tercer lugar, dicha prohibición puede tener un origen contractual. GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problem of Credit and Security: op. cit.*, pp. 39 y 40.

⁴⁴ IDEM, p. 65; esta autora distingue entre bienes tangibles o intangibles. En relación con los primeros y cuando estamos ante bienes fungibles, dicha determinación exige previamente un acto de especificación del bien dentro del género al que pertenece. En el caso de *goods*, su determinación depende de que sea posible su separación física de los demás bienes sin alteración de su sustancia. Por el contrario, cuando nos encontramos ante bienes intangibles, el test no reside en si son capaces o no de una separación física, sino de que dichos bienes sean legalmente separables y por tanto, susceptibles de ser objeto de garantía. Como ejemplo, nos dice esta autora que si en una compañía es imposible diferencia legalmente las acciones de las que es titular A respecto de las de B, no podrá constituirse un *charge* sobre dichas acciones.

⁴⁵ Holroyd v. Marshall (1862) 10 HLC, 191.

⁴⁶ En este caso, frente a la alegación de que el gravamen no podía afectar a bienes que no existían en ese momento, ya que serían adquiridos y colocados en el molino en un futuro, Lord Westbury consideró que: *It is quite true that a deed which profess to convey property which is not in existence at the time, is a conveyance void at law, simply because there is nothing to convey. So in equity contract which engages to transfer property, which is not in existence, cannot operate as an immediate alienación merey because there is nothing to transfer. But if the vendor or mortgagor agrees to sell or mortgage property, real or personal, of which he is not possessed at the time, and receives the consideration for the contract, and afterwards becomes possessed of property answering the description in the contract there is no doubt that a Court of Equity would compel him to perform the contract, and the contract would, in equity, transfer the beneficial interest to the mortgagee or purchase immediately on the, to whom property being acquired. This, of course, assumes that the supposed contract is one of that class of which the Court of Equity would decree the specific performance. If it be so, then immediately on the acquisition of the property described the vendor of the mortgagor would hold in trust for the purchase or the mortgagee, according to the terms of the contract. ...Apply this familiar principles to the present case; it follows that immediately on the new machinery and effects being fixed placed in the mill, the became subject to the operation of the contract, ad passed in equity to the mortgages...*

⁴⁷ Sin embargo, como tendremos ocasión de comprobar posteriormente, cuando el constituyente de la garantía es un deudor que no tiene la cualidad de compañía, *The Bill of Sale Act 1878* y *The Bill of Sale Act 1882* imponen unos requisitos de forma que prácticamente impide la constitución de *charge* sobre bienes futuros.

⁴⁸ Así, si el deudor (A) y acreedor (B) consienten en constituir un *charge* sobre bienes futuros en abril y A adquiere esos bienes en agosto, parece entonces que el acreedor se convertiría en propietario de los bienes en esa fecha. Ello no parece generar ningún problema. Pero, ¿qué sucede si en mayo el deudor constituye otro *charge* en favor de Y que gravan los mismos bienes futuros? Parece evidente que en ese caso la preferencia la tendría B. Sin embargo, como advierte GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, op. cit., pp. 73 y 74, es preciso encontrar el fundamento jurídico de esa solución en la medida que el derecho de garantía no sujeta los bienes del deudor hasta el momento en que este lo adquiere y pasan a formar parte de su patrimonio. Llegado ese momento (1 de agosto) podría decirse que los derechos de ambos acreedores se encuentran en igualdad de condiciones. ¿Por qué entonces se le da prioridad a A?

⁴⁹ WORTHINGTON, S.: *Security Interests*, op. cit., p. 182 y *Acquisition of Equitable Interests by Consent*, op. cit., pp. 118 y 119; SHEEDAN, D.: op. cit., p. 300. GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, op. cit., p. 74 equipara dicha situación con los derechos atribuidos al concebido no nacido. En ambos casos se acude a la ficción de considerar al recién nacido persona desde el momento de su concepción y al derecho real de garantía sobre bienes futuros plenamente efectivo desde el día del acuerdo.

⁵⁰ GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, op. cit., p. 69. SHEEHAN, D.: op. cit., p. 301 y SEALY, L.S. & HOOLY, R. J. A.: op. cit., p. 1085. In *Roger v Challis* (1859) 27 Beav 175, ER 68 el Tribunal determinó que el derecho de garantía no existía en tanto el dinero no fuera prestado. Sobre momento concreto adquiere el acreedor un derecho sobre el bien futuro, vease McKENDRIC, E. op. cit., p. 676.

⁵¹ Sobre el concepto de *possessory interest*: LAWSON, F. J. & RUDDEN, B. (1982). *The Law of Property*, Oxford: Clarendon, pp. 42 y sigs. señalan que se trata de uno de los conceptos más difícil en el Derecho inglés debido a que el concepto legal no coincide con el concepto común de este término. Para una persona no experta en derecho, significa intención de ejercer un control físico sobre la cosa. Ello implica la posibilidad de impedir que cualquier otra persona utilice la cosa que yo poseo. La definición legal de posesión no coincide con esta, pues la ley distingue entre el derecho a poseer una cosa físicamente y el conjunto de derechos que la ley atribuye al poseedor. Por su parte, WORTHINGTON, S.: *Personal Property Law*, *op. cit.*, p. 51 afirma que ese conjunto de derechos definen *the possessory interest in property*.

⁵² GULLIFER, L: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.*, pp. 69 y 72 y SEALY, L. S. & HOOLY, R. J. A. *op. cit.*, p. 1084.

⁵³ GULLIFER: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.*, p. 70. Parece pues que esta autora utiliza la expresión *condition* en un sentido amplio que comprende no solo la condición en sentido estricto (evento futuro e incierto), sino también el término.

⁵⁴ Al respecto, como pone de manifiesto la doctrina inglesa, los intangibles son actualmente los activos más valiosos para los acreedores y los que hemos denominado *pure intangibles* poseen notables ventajas en relación con los bienes materiales ya que no son susceptibles de pérdida, daño o deterioro; pueden ser transmitidos fácilmente, incluso en grandes cantidades, sin los inconvenientes que conlleva una entrega física. Una particular forma de intangibles son los denominados *receivables* que se definen como el derecho a cobrar una suma de dinero, bien actualmente o en el futuro, a cambio de las mercancías suministradas o de los servicios prestados, los cuales no están incorporados a un instrumento negociable. En otras palabras, cantidades adeudadas. *Receivables* no debe ser confundida con *book debts* que constituye una categoría más limitada. En *The Bussinnes English Dictionary* se define la expresión *book debts* como aquella cantidad de dinero que aún no se ha recibido por la empresa del cliente que le adeuda dicha cantidad, pero que está anotada o registrada en la contabilidad de la compañía. Sobre este tipo de *choses in action* pueden constituirse tanto *mortgage* como *charge*.

⁵⁵ BEALE, H. (2012). Registration and other perfection requirements. En: *The Law of Security and Title-Based Financing*, *op. cit.*, p. 387, describe el término perfección del modo siguiente: *The expression «perfection» is a useful way to describe any steps that a secure creditors has to take in order to be able to make security effective against other secured creditors, trustees in bankruptcy and company liquidators or administrators*. Dicha expresión procede de la legislación americana; en concreto, el artículo 9 of *The Uniform Commercial Code*. Los métodos de perfección previstos en dicho artículo son: posesión, control e inscripción. Sin embargo, advierte este autor que se debe ser muy cuidadoso al aplicar estas categorías en el Derecho inglés. En primer lugar, porque aunque el artículo 9 UCC exige que todos los derechos de garantías hayan sido perfeccionados, ciertamente existen supuestos en los que la perfección deriva del mero acuerdo, sin que sea necesaria ningún requisito posterior; son derechos «automáticamente perfectos»; en segundo lugar, porque los requisitos necesarios para llevar a cabo la perfección mediante el control o el registro son distintos en la legislación americana de aquellos exigidos en el Derecho inglés.

⁵⁶ Los requisitos exigidos para lograr la publicidad del derecho reciben el nombre de *perfection requirements*; dichos requisitos no constituyen un paso imprescindible para que el derecho de garantía tenga efectos frente al deudor, pero necesitan ser objeto de perfección en el sentido de exigir requisitos adicionales para que puedan ser opuestos frente a terceros; tal es el caso de los derechos reales de garantía sobre bienes muebles que no conlleva traslado de la posesión; otros, como la prenda, no se constituye hasta que no se produce el traslado de la posesión, pero una vez que esta tiene lugar no hace falta ningún requisito adicional; por ello, se suele afirmar que en la prenda no hay requisitos de publicidad en sentido estricto para que produzca sus efectos frente a terceros; creación y perfección son simultáneos. En definitiva, concluye este autor que en el Derecho inglés es posible y útil hablar de requisitos para lograr la publicidad, pero que estas requisitos como tal no existen en todos los casos.

⁵⁷ En consecuencia, señala BEALE, H.: Registration and other perfection requirements, *op. cit.*, p. 389 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 caso de insolvencia.

⁵⁸ El registro de *charges* otorgados por compañías fue creado por *The Companies Act 1862*; por su parte, un Registro Central que pudiera ser consultado de forma pública para *charges* creados por empresas se estableció en *The Company Acts 1900*. Sobre esta cuestión: BEALE, H. (2007). *The Law of Personal Property Security*. Oxford: Oxford University Press, p. 324.

⁵⁹ CA 2006, s. 859 A.

(6) This section does not apply to—

(c) A charge excluded from the application of this section by or under any other Act. La cursiva es nuestra

⁶⁰ Para la regulación anterior véase BEALE, H.: *The Law of Personal Property Security*, *op. cit.*, p. 323.

⁶¹ GULLIFER, L: *Goode on Legal Problems of Credit and Security*, *op. cit.*, p. 80 y WORTHINGTON, S.: Acquisition of Equitable Interests by Consent, *op. cit.*, p. 425.

⁶² *Company charges*. 859A. *Charges created by a company*

Subject to subsection (6), this section applies where a company creates a charge.

⁶³ CA 2006, s. 860 (7) This section applies to the following charges—

(a) a charge on land or any interest in land, other than a charge for any rent or other periodical sum issuing out of land,

(b) a charge created or evidenced by an instrument which, if executed by an individual, would require registration as a bill of sale,

(c) a charge for the purposes of securing any issue of debentures,

(d) a charge on uncalled share capital of the company,

(e) a charge on calls made but not paid,

(f) a charge on book debts of the company,

(g) a floating charge on the company's property or undertaking,

(h) a charge on a ship or aircraft, or any share in a ship,

(i) a charge on goodwill or on any intellectual property.

⁶⁴ CA 2006, s. 860A (5): A person guilty of an offence under this section is liable—

(a) on conviction on indictment, to a fine;

(b) on summary conviction, to a fine not exceeding the statutory maximum.

⁶⁵ Es importante advertir que bajo la expresión CHARGE se comprende tanto el *charge* propiamente dicho como la hipoteca. En efecto, la sección 859 A (7) dispone que: *In this Part, charge includes a mortgage*.

⁶⁶ section 859 A (6) a. Por su parte, la letra b excluye de la necesidad de inscripción *Charges created by Lloyds's members in connection with their underwriting business*.

⁶⁷ Dichos gravámenes están regulados *Financial Collateral Arrangements* (núm. 2) *Regulation 2003* que incorpora al Derecho inglés la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera (DOUE de 27). También ha de tenerse en cuenta la Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 6 de mayo de 2009 por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de créditos.

⁶⁸ Según lo dispuesto en la *Banking Act 2009*, sección 252.

⁶⁹ Dentro de estos supuestos incluiríamos los casos de prenda, en los que el traslado de la posesión del bien al acreedor o a un tercero cumple la misma función de publicidad frente a terceros que la inscripción en un registro.

⁷⁰ El apartado segundo de la sección 859 (A) señala que: The registrar must register the charge if, before the end of the period allowed for delivery, the company or any person interested in the charge delivers to the registrar for registration a section 859D statement of particulars. Ahora bien, como señala BEALE, H: Interests created by companies. En: *The*

Law of Security and Title-Based Financing, *op. cit.*, p. 403, cuando la inscripción es practicada por una persona distinta de la propia compañía, esa persona tiene derecho a exigir a la empresa la cantidad que haya pagado en concepto de tasas exigidas para practicar el registro.

⁷¹ Afirma BEALE, H:IDEM. p. 416 que la cuestión se centraba en determinar que sucedía con los derechos adquiridos por terceros durante ese periodo de veintiún días. Al respecto, la fórmula que habitualmente se empleaba al practicar el registro era la siguiente: «without prejudice to the rights of parties acquired during the period between the date of creation and the date of its actual registration».

⁷² S. 859 A.(4) The period allowed for delivery is 21 days beginning with the day after the date of creation of the charge. La section 859 E establece concretas reglas respecto al día en que el *charge* se considera creado en determinados supuestos. Estas reglas se incluyeron con el objetivo fundamental de lograr una cierta uniformidad respecto de los *charge* creados en Escocia, los cuales en la nueva regulación quedan sometidos al mismo régimen que los que se han constituido en el resto del Reino Unido.

⁷³ Bajo la normativa anterior no existía la obligación de mencionar dicha cláusula, aunque habitualmente solía hacerse. A efectos de comprender la importancia que en la práctica tenía o no la inclusión de dicha cláusula, es preciso hacer alusión a la denominada *the constructive notice doctrine* según la cual todos aquellos datos que por ley debía acceder al Registro se presume conocido por todos. En el caso *Siebe Gorman & Co Ltd v. Barclays Bank Ltd* (1979) 2 Lloyd's Rep. 142, ChD se declaró que dicha doctrina no podía extenderse a la información adicional, sino únicamente a aquellos datos «which the Act prescribed». En consecuencia, se estimó que el tercero solo podía tener un efectivo conocimiento de esos datos adicionales cuando quedaba acreditado que había existido una efectiva notificación. Sobre esta cuestión véase WORTHINGTON: *Adquisition an equitable interests by consent*, *op. cit.*, pp. 426 y 427 y *Personal Property Law*, *op. cit.*, pp. 120 y 121.

⁷⁴ Instrument: A written legal document defining the parties rights and liabilities to one another.

⁷⁵ The section 859 I is named *Entries on the register* and said:

(1) This section applies where a charge is registered in accordance with a provision of this Chapter.

(2) The registrar must—

(a) allocate to the charge a *unique reference code* and place a note in the register recording that reference code; and

(b) include in the register any documents delivered under section 859A(3) or (5), 859B(3), (4) or (7), or 859C(3).

(3) The registrar must give a certificate of the registration of the charge to the person who delivered to the registrar a section 859D statement of particulars relating to the charge.

(4) The certificate must state—

(a) the registered name and number of the company in respect of which the charge was registered; and

(b) the unique reference code allocated to the charge.

(5) The certificate must be signed by the registrar or authenticated by the registrar's official seal.

(6) In the case of registration under section 859A or 859B, the certificate is conclusive evidence that the documents required by the section concerned were delivered to the registrar before the end of the relevant period allowed for delivery.

⁷⁶ En definitiva, como pone de manifiesto GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credits and Security* *op. cit.*, p. 87 los terceros que acuden al registro tienen el riesgo de que los datos que constan en el Registro no sean exactos, pero al menos pueden comprobar dicha discordancia por ellos mismos. Por otra parte, critica esta autora que tras la reforma de 2013 no queda claro que aspecto de la inscripción constituyen «constructive notice»; es decir, que datos se presumen conocidos por terceros, ni tampoco que consecuencias se derivan del hecho de que los datos que han accedido al registro no sean exactos.

⁷⁷ Sobre las consecuencias de la no inscripción en *The Companies Act 1862* y *The Company Charges Act 1900*, véase BEALE, H.: *Interests created by debtor who are not companies*. En: *The Law of Security and Title-Based Financing: op. cit.*, p. 389 y *The Law of Personal Property Security, op. cit.* p. 324.

⁷⁸ *859H Consequence of failure to deliver charges*

(3) This section applies, the charge is void (so far as any security on the company's property or undertaking is conferred by it) against:

- (a) a liquidator of the company,
- (b) an administrator of the company, and
- (c) a creditor of the company.

(4) Subsection (3) is without prejudice to any contract or obligation for repayment of the money secured by the charge; and *when a charge becomes void under this section, the money secured by it immediately becomes payable*

⁷⁹ En efecto, con anterioridad a la reforma de 2013, la ley de 2006, imponía una sanción económica en caso de falta de inscripción. Al efecto, declara GULLIFER, L.: *Goode on Legal Problems of Credit and Security op. cit.*, p. 89 que, como consecuencia de dicha reforma, el registro de los *charges* no es obligatorio, sino que constituye una opción para el acreedor, quién debe decidir si quiere asumir o no el riesgo de que su derecho de crédito no sea efectivo frente a terceros en caso de insolvencia del deudor.

⁸⁰ BEALE, H.: *Interests created by debtor who are not companies, op. cit.*, p. 389 y *The Law of Personal Property Security, op. cit.*, p. 324.

⁸¹ *The Act*, 1878 sustituyó a la *The Bill of Sale Act 1854* la cual introdujo por primera vez en la legislación inglesa la necesidad de dar publicidad a la escritura de venta y a *The Bill of Sale Act 1866*. BEALE, H.: *Interests created by debtor who are not companies, op. cit.*, p. 430.

⁸² Una y otra ley tienen finalidades distintas. Así, la publicación de *The Act*, 1878 tuvo como objetivo fundamental proteger a los acreedores que habían concedido créditos a personas que, en apariencia, ostentaban la propiedad de bienes muebles; no obstante, con frecuencia se ponía de manifiesto que dichos bienes habían sido secretamente transmitido por escrito (*bill of sale*) a un tercero, si bien el deudor seguía conservando la posesión de estos. En tales casos el acreedor no podía instar la ejecución sobre esos bienes cuando se producía el impago de la deuda. Como tendremos ocasión de analizar, la ley protege a dichos acreedores imponiendo determinados requisitos de publicidad, a fin de que el acreedor pueda conocer con certeza quién es el verdadero propietario de los bienes muebles. Por el contrario, *The Act*, 1882 tuvo el propósito fundamental de impedir que personas con dificultades económicas se vieran engañadas como consecuencia de la firma de documentos que eran incapaces de comprender y, por tanto, quedarán sujetas a duras e inaceptables condiciones de ejecución de sus créditos impuestos por los acreedores. Dicho objetivo se pretendió conseguir exigiendo que los documentos cumplieran estrictos requisitos tanto en lo relativo a su contenido como a su forma. GOODE: R. (1970). *Hire-Purchase Law and Practice*. London: Butterworths, pp. 64 y 65 señala que, en definitiva, *The Act*, 1878 se elaboró con la finalidad fundamental de evitar que los acreedores fueran defraudados por aquellos deudores que habían celebrados actos de disposición secretos bajo el otorgamiento de un documento escrito; bienes respecto de los cuales conservaba la posesión. *The Act*, 1882 pretendió proteger a aquellos que otorgaban garantías sobre sus bienes frente a la posición de predominio que ostentaban los acreedores. Aluden igualmente a la diferente finalidad de una y otra norma: BEALE: *Interests created by debtor who are not companies, op. cit.*, p. 431 y WORTHINGTON, S.: *Acquisition of Equitable Interests by consent, op. cit.*, p. 433.

⁸³ Sin embargo, la ley excluye de su ámbito de aplicación a los *charges* otorgados por determinadas categorías de deudores: *industrial and provident societies* (sociedades industriales y de previsión) y *agricultural charges*, es decir, los *charges* creados por agricultores también están fuera del ámbito de la ley.

⁸⁴ La sección 3 *The Bills of Sale Act*, 1878 señala que «*This Act shall apply to every bill of sale whereby the holder or the grantee has power, either with or without notice, and*

either immediately or at any future time, to size or take possession of any personal chattels comprised in or made subject to such bill of sale». Según dispone la section 4 de dicha norma, dentro del concepto de *bill of sale* se comprende *bill of sale, assignments, transfers, declaration of trust without transfer, inventories of goods with receipt, thereto attached, or receipt for purchase money of goods, and other ansurances of personal chattels, and also powers of attorney, authorities, or licences to take possession of personal chattel as securet any debts, ...or to any charge...* La citada sección 4 declara que *«In this Act the following words and expressions shall have the meanings in this section assigned to them respectively, unless there be something in the subject or context repugnant to such construction*. Por último, señalar que The Act, 1882 dispone en su apartado 3 que la expresión *bill of sale* o cualquier otra expresión incluida en dicha texto tiene el mismo significado que en la Ley de 1878.

⁸⁵ GOODE, R. *Hire-Purchase Law and Practice*, *op. cit.*, p. 64 afirma que con la expresión *bill of sale* se hace referencia a un documento en virtud del cual la propiedad de un bien mueble es transmitida de una persona a otra. En los contratos de compraventa habituales dicho documento no es necesario, ya que la propiedad se transmite por el mero contrato y el bien se entrega al comprador, el cual toma posesión de este. De igual modo, la entrega gratuita del bien va normalmente acompañada de la entrega de la cosa, la cual completa la transmisión. En consecuencia, la expresión *bill of sale* restringe su utilización a aquellas transmisiones en la cual el vendedor o el donante conserva la posesión de la cosa después de realizar el acto de disposición. En estos supuestos, como el contrato no va seguido de la entrega de la posesión, es necesario que el comprador esté protegido mediante el otorgamiento de un documento que acredite su derecho sobre la cosa. Concluye este autor que existen dos tipos de *bill of sale*: *absolute bill and bill to secure the payment of a sum of money*; la primera expresión se utiliza siempre que el documento se entrega para una finalidad que no es asegurar el pago de una deuda de dinero.

⁸⁶ Según pone de manifiesto GOODE, R.: IDEM, *op. cit.*, p. 65 la categoría de *absolute bills* rara vez se utiliza en la actualidad. La típica situación en la cual esta modalidad se usaría es cuando una persona lleva a cabo una compraventa o cualquier otro acto de disposición respecto de bienes muebles cuya posesión desea conservar de momento. Sin embargo, habitualmente dicho acto de transmisión se presenta como parte de una transacción sobre un bien inmueble que comprende también determinados bienes muebles, más que sobre estos aisladamente. Por ejemplo, en el caso de la venta de un local de negocio con su equipamiento en la que al vendedor se le permite conservar la posesión de estos por un determinado periodo, hasta que complete un determinado trabajo o concluya un contrato que se encuentra en ejecución. En esos casos, dicho acuerdo se suele incluir como una cláusula en el contrato y el documento alude a la compraventa en su conjunto, aunque en opinión de este autor sería más conveniente que los bienes muebles se hicieran constar en un documento independiente. Por el contrario, no es necesario suscribir esta modalidad de *bill of sale* cuando la posesión de los bienes muebles se entrega al mismo tiempo que la celebración del contrato.

⁸⁷ No se incluyen los bienes muebles que están situados o sirven de forma permanente a un inmueble. Sobre el concepto de *personal chattell* véase a sección 4, párrafo segundo de la Ley de 1878.

⁸⁸ En palabras de BEALE, H.: *Interests created by debtor who are not companies*, *op. cit.*, p. 436, *«This was intended to catch assignments of future and after-acquired goods. Thus these must be within the meaning of personal chattel within the 1878 Act»*. Al respecto, como afirman SEALY, L. S. & HOOLY, R. J. A. *op. cit.*, pp. 1086 y 1087 es preciso distinguir los conceptos de *future property* and *potencial property*. La primera es aquella que se refiere a bienes que aún no existen o respecto de los cuales el deudor aún no ha adquirido su propiedad. Por el contrario, la segunda se refiere a bienes que tienen una existencia futura cierta y respecto de los cuales el deudor tiene algún tipo de interés al tiempo de otorgar la garantía. Como ejemplos citan estos autores la leche que se espera que produzca la vaca o la suma que será pagada como contraprestación de un contrato ya celebrado. La concesión de derechos

de garantía sobre esta *propiedad potencial* es considerada como relativa a una propiedad ya existente aunque la garantía no podrá sujetar los bienes hasta el momento en que estos tengan existencia. En el mismo sentido, GOODE. R.: *Hire-Purchase Law and Practice*, *op. cit.*, p. 73.

⁸⁹ GOODE. R.: *Hire-Purchase Law and Practice*, *op. cit.*, p. 73.

⁹⁰ *The Act*, 1882 section 6.

⁹¹ BEALE, H: Interests created by debtor who are not companies, *op. cit.*, p. 430; GOODE, R.: *Hire-Purchase Law and Practice*, *op. cit.*, p. 72 y WORTHINGTON, S.: Acquisition of Equitable Interests by consent, *op. cit.*, p. 432.

⁹² Así, en el llamado Informe Crowther de 1971, a la hora de enjuiciar los requisitos de forma y perfección exigidos por ambas leyes se afirmaba que era difícil encontrar una legislación que pusiera más obstáculos a las partes. Sobre esta cuestión, véase SEALY, L. S. AND HOOLY, R. J. A., *op. cit.*, pp. 1139-1141.

⁹³ Básicamente los requisitos exigidos son: 1. *The date of the bill of sale*. 2. *The names of the grantor y grantee*. 3. *The consideration*. 4. *An acknowledgement of the receipt of that consideration or, where all or part was a previous advance, a statement that the relevant amount only is due and owing*. 5. *An assignment by one party to the other of chattels specifically described in the schedule*. 6. *That the assignment is by way of security for the payment of a specified sum of money, together with interest at a specific agreed rate*. 7. *That the grantor agree and declares that she will pay the grantee the principal sum, together with interest, and the dates for payment of whatever instalments are agreed*. 8. *Any other terms as to «insurance, payment of rent or otherwise» that the parties may have agreed to «for the maintenance or defeasance of the security», and a provision that the chattel assigned by the bill are not liable to seizure or possession by the grantee for any cause other than those specified in section 7 of the 1882, Act*. 9. *The name and address and description of a witness whose presence the deed was signed by the grantor*.

*(Trabajo recibido el 21-7-2015 y aceptado
para su publicación el 31-8-2015)*