

InDret

REVISTA PARA
EL ANÁLISIS DEL DERECHO

WWW.INDRET.COM

La reforma francesa de las garantías mobiliarias

Isabel Arana de la Fuente

Facultad de Derecho
Universidad Autónoma de Madrid

BARCELONA, ABRIL 2012

Abstract*

Las normas del Code civil francés relativas a las garantías reales mobiliarias han sido modificadas mediante la Ordonnance de 23 marzo 2006, que ha modernizado, simplificado y unificado el derecho de garantías en Francia, si bien siguen en vigor las leyes especiales que regulan determinados tipos de garantías mobiliarias. La disciplina de la prenda en el Code civil ha experimentado cambios radicales: ha dejado de ser un contrato real; puede gravar bienes presentes y futuros, fungibles, corporales (gage) e incorporales (nantissement), señaladamente la prenda de créditos; y, junto a la tradicional prenda de cosas muebles con desplazamiento de la posesión, se ha incorporado la prenda registral. Por otra parte, la reforma de 2006 ha dado entrada en el Código civil a formas alternativas de realización del valor, cuales son la atribución judicial de los bienes gravados al acreedor, así como la apropiación por éste de los bienes al amparo de un pacto comisorio, cuya prohibición ha sido abolida en el ordenamiento francés. También regula el Code civil dos formas de garantía basadas en la propiedad: la reserva de dominio y la transmisión de la propiedad en garantía o fiducia en garantía, introducida en el Código civil por la Ordonnance de 30 enero 2009, que complementa el régimen general de la fiducia. Estas páginas, además de analizar dichas reformas, se ocupan de la incidencia de los procedimientos concursales sobre las citadas garantías y exponen las reglas del Libro IX del DCFR, relativo a las garantías reales mobiliarias, a la fiducia en garantía y a la reserva de dominio.

The regime enacted by French Civil Code on security rights in movable assets has been amended by the Ordonnance 2006-346 (dated on Mars 23rd, 2006), in order to modernize, simplify and unify the codified law on this subject. Nevertheless, a large number of Acts regulatory of different special security rights on specific types of assets are still in force. The Code Civil provisions on pledge have been radically modified. On the one hand, the scope of assets able to be encumbered has been enlarged to comprise present, future and generic assets, corporeal (gage) and incorporeal (nantissement) assets, specially the right to the payment of money. On the other hand, the pledge, even in corporeal assets, may be created as a non-possessory security, but submitted to registration to be effective against third persons. The reform envisages new methods of enforcement of the security rights in case of default, such as the transfer of the ownership of the encumbered assets to the secured creditor ordered by the judge, or even the appropriation of encumbered assets by the creditor if it has been so agreed by the parties previously, since it has been abolished the traditional legal prohibition of predefault agreements on appropriation (pactum commissorium). The current Code Civil regulates as well another two types of security devices: the retention of ownership of the encumbered assets by the secured creditor and the trust for security purposes. This paper analyses the new legal regime, as well as the influence of insolvency laws on security rights in movable assets, and refer to the principles and rules on this subject envisioned by the DCFR.

Title: Security rights in movable assets under current French Civil Code

Palabras claves: Código civil francés; garantías reales mobiliarias; prenda de cosas muebles corporales e incorporales; prenda posesoria y prenda registral; prenda de créditos; reserva de dominio; fiducia con fines de

* Este trabajo se inscribe en el Proyecto de Investigación "Las garantías reales mobiliarias en el Derecho europeo y comparado" (DER2008-05222/JURI), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación.

garantía; tipos especiales de garantías mobiliarias; procedimientos colectivos; DCFR.

Keywords: French Civil Code; security rights in movable assets; pledge of corporeal and incorporeal assets; possessory and registered pledge; pledge of the right to the performance of an obligation; retention of ownership; trust for security purposes; special types of security interests; insolvency procedures; DCFR.

Sumario

1. Preliminar
2. Alusión al régimen francés de los procedimientos colectivos
 - 2.1. Procedimientos aplicables a las empresas en dificultad
 - 2.2. Procedimiento aplicable a los particulares “sobre-endeudados”
3. Garantías reales mobiliarias, propiedad en garantía y derecho de retención
 - 3.1. Las garantías reales mobiliarias
 - 3.2. La propiedad en garantía
 - 3.3. El derecho de retención
4. La prenda de cosas muebles corporales: “gage”
 - 4.1. La prenda de cosas muebles corporales con desplazamiento de la posesión
 - 4.2. La prenda de cosas muebles corporales sin desplazamiento de la posesión
 - 4.3. Vencimiento de la deuda. Formas de realización del valor y pacto comisorio
 - 4.3.1. Ejecución de la prenda en vía judicial
 - 4.3.2. Ejecución extrajudicial de la prenda: pacto comisorio
 - 4.4. La prenda en el Code de commerce: prenda mercantil
5. La prenda de bienes muebles incorporeales: “nantissement”
 - 5.1. La prenda de créditos
 - 5.1.1. Sujetos y objeto de la prenda de créditos
 - 5.1.2. Constitución de la prenda de créditos y eficacia frente a terceros
 - 5.1.3. Efectos de la prenda de créditos. La realización del valor
 - 5.1.4. Excepciones oponibles y responsabilidad del pignorante
 - 5.2. La prenda de otros bienes incorporeales
6. La reserva de dominio
 - 6.1. Requisitos de la reserva de dominio
 - 6.2. Efectos de la reserva de dominio
7. La cesión de la propiedad en garantía: fiducia-garantía
 - 7.1. Disciplina general de la fiducia: arts. 2011 a 2030 Cc
 - 7.1.1. Constitución de la fiducia convencional: sujetos, objeto y requisitos
 - 7.1.2. Efectos y extinción de la fiducia
 - 7.2. Reglas especiales de la fiducia en garantía
 - 7.3. La cesión de créditos en garantía como tipo especial de fiducia en garantía
 - 7.4. La cesión de créditos “profesionales” en garantía: la cesión “Dailly”
 - 7.4.1. Ámbito de aplicación de la cesión o pignoración de créditos profesionales
 - 7.4.2. Constitución de la cesión o pignoración de créditos profesionales
 - 7.4.3. Efectos de la cesión o pignoración de créditos profesionales
8. Bibliografía

1. Preliminar

El auge en las últimas décadas de los diversos tipos de garantía va unido al de los créditos: no hay economía moderna sin crédito, ni crédito sin garantía¹. Una buena garantía es un instrumento económico de primer orden, entendiendo por buena garantía aquella que procura la máxima probabilidad de pago y cuya constitución y realización sean sencillas y baratas. La creciente importancia del papel del crédito en nuestra sociedad, concedido a las empresas o a los consumidores, ha conllevado profundos cambios legislativos en materia de garantías tratando de dotar a estas figuras de mayor eficacia y, al mismo tiempo, de conciliarlas con las normas protectoras de los consumidores, las reguladoras de las actividades financieras y las relativas a los procedimientos concursales.

En Francia, la disciplina de las garantías² contenida en el Código civil (en adelante Cc) napoleónico no había sido prácticamente modificada desde 1804 y, al menos desde mediados del pasado siglo, apenas respondía ya a las necesidades de la realidad económica. La única garantía personal regulada, la fianza (antiguos arts. 2011 a 2043 Cc), se concebía como un servicio entre amigos, muy alejada de la práctica bancaria. Las garantías reales, prenda, anticresis e hipoteca (antiguos arts. 2071 a 2203 Cc), eran figuras rígidas, difíciles de utilizar. La prenda, en concreto, debido a la exigencia de desposesión, se había convertido en una garantía marginal. Como en otras materias, el envejecimiento de los textos legales entrañó, por una parte, la aparición de nuevas formas de garantías de origen convencional, respaldadas en ocasiones por la jurisprudencia y, por otra, el legislador fue dictando leyes especiales reguladoras de diversos tipos de garantía. Paralelamente, las garantías reales se han visto afectadas por la legislación concursal, como las Leyes de 25.01.85, sobre *Difficultés des entreprises*, y de 26.07.05, de *Prevention et traitement des difficultés des entreprises*, que hacen prevalecer el principio de salvaguarda de la empresa sobre los intereses de los acreedores anteriores a la apertura del procedimiento, provocando la reacción de los actores económicos, especialmente los establecimientos de crédito, tratando de crear formas nuevas de garantía resistentes a las situaciones de insolvencia del deudor.

Desde hace décadas, numerosas voces reclamaban una reforma del Derecho de garantías. Finalmente, la Ley de 26.07.05, para la confianza y la modernización de la economía, habilitó al

¹ PICOD (2011, p. 1), MIGNOT (2008, p. 1).

² La terminología jurídica francesa distingue entre “garantie” y “sûreté”. El primero de estos términos es más amplio, de ahí que pueda afirmarse que todas las “sûretés” son “garanties”, pero no al revés. La noción de “garantie” agrupa todos los mecanismos jurídicos que incrementan la posibilidad del acreedor de ver satisfecho su crédito, aunque su finalidad específica no sea la de asegurar el cumplimiento del deudor, sino de otras concretas situaciones (v. gr., la solidaridad, la acción directa, la compensación, la excepción de incumplimiento, etc.). El concepto “sûreté” es más reducido: nace con el exclusivo fin de procurar el pago del crédito, fundamentalmente en caso de insolvencia del deudor, ya sea mediante la afectación del patrimonio de un tercero (*sûretés personnelles*), ya por la afectación de bienes concretos, del deudor o de un tercero, al pago del crédito asegurado con preferencia otros créditos (*sûretés réelles*).

gobierno para reformar, mediante *Ordonnance*³, el derecho de garantías. Dicha reforma, ampliamente inspirada en la propuesta de la comisión Grimaldi⁴, fue aprobada mediante la *Ordonnance* núm. 2006-346, de 23.03.06, y ratificada por la Ley 2007-212, de 20.02.07. La *Ordonnance* de 2006 añadió al *Code civil* el Libro IV (arts. 2284 a 2488), que reagrupa todas las normas sobre garantías, tanto personales como reales, anteriormente reguladas en el Libro III. Derogó los antiguos artículos del *Code civil* reguladores de las garantías, si bien es cierto que algunas de sus reglas se han trasladado a los nuevos preceptos. En suma, tras más de dos siglos, el legislador francés modificó la estructura del *Code civil*, “osó tocar la arquitectura del monumento”⁵, introduciendo doscientos cinco nuevos artículos, con el consiguiente cambio en la numeración de todos los preceptos del *Code* sobre garantías, incluso los no modificados. Posteriormente, el Derecho de garantías se complementó con la consagración de la fiducia en garantía⁶, o cesión de la propiedad a título de garantía, incorporada a los arts. 2372-1 a 2372-5 (bienes muebles) y 2488-1 a 2488-5 (bienes inmuebles) del *Code civil* por la *Ordonnance* 2009-112, de 30.01.09, modificados por la Ley 2009-526, de 12.05.09.

En materia de garantías personales, la regulación de la fianza no ha experimentado alteraciones sustanciales. La *Ordonnance* de 23.03.06 se limitó a trasladar la normativa anterior (arts. 2011 y ss Cc) a los nuevos arts. 2288 a 2320 del *Code civil*⁷. La gran innovación de la reforma de 2006 ha consistido en la incorporación al *Code civil* de dos nuevos tipos de garantía personal: la garantía autónoma o garantía a primera demanda (art. 2321 Cc)⁸; y la *lettre d'intention*, es decir, la carta de

³ Este tipo de norma, dictada por el Gobierno y con rango de ley, presenta rasgos del real decreto ley y del real decreto legislativo de nuestro ordenamiento. Está contemplada en el art. 38 de la Constitución francesa, conforme al cual, el Gobierno puede solicitar al Parlamento que le habilite para dictar, mediante *ordonnances*, normas sobre una materia reservada a ley. La habilitación el Parlamento debe realizarse mediante ley en la que se establece el plazo máximo de que dispone el Gobierno para dictar la *ordonnance*. Obtenida la autorización parlamentaria, la *ordonnance* ha de ser aprobada por el Consejo de Ministros, previo dictamen del Consejo de Estado, y entra en vigor una vez publicada, pero caduca si no se presenta para su ratificación expresa ante el Parlamento dentro del plazo legal.

⁴ En 2003, con ocasión del bicentenario del Código civil, el ministro de justicia encargó la elaboración de una propuesta de reforma global del derecho de garantías a un grupo de trabajo, presidido por Michael Grimaldi y formado por universitarios, magistrados y profesionales del derecho, que presentó su informe en marzo de 2005.

⁵ ANCEL (2009, pp. 30-31).

⁶ La institución de la fiducia, con carácter general y sin alusión a su función como medio de garantizar un crédito, se había incorporado ya al Código civil francés por la Ley 2007-211, de 19.02.07, (arts. 2011 a 2030), y parcialmente modificada por la Ley de modernización de la economía, de 04.08.08.

⁷ La fianza se considera la gran olvidada por la reforma del derecho de garantías (PIEDELÈVRE, 2008, pp. 23 y ss.).

⁸ El art. 2321-1º Cc define la garantía autónoma como el compromiso por el cual el garante se obliga, en consideración de una obligación suscrita por un tercero (ordenante-deudor), a entregar una suma de dinero a un tercero (beneficiario-acreedor), cuando éste la reclame, ya sea a primera demanda o según la modalidad convenida (“garantía documentaria”). Sobre esta figura, entre otros, PIEDELÈVRE (2008, pp. 133 y ss.); PIETTE (2009,

patrocinio o “comfort letter” (art. 2322 Cc)⁹. En cuanto a las garantías reales tradicionales, su disciplina ha sido objeto de una radical transformación, especialmente las garantías mobiliarias¹⁰, a cuyo estudio se dirigen fundamentalmente estas páginas, pues los cambios en la normativa sobre garantías reales inmobiliarias, aunque importantes, son de menor calado.

La reforma, que obedece a imperativos de clarificación, simplificación y unificación internacional, ha llevado a cabo una auténtica obra de “civilización” del derecho de garantías reales¹¹, pues ha integrado en el seno del *Code civil* los regímenes jurídicos de diversas garantías reales, anteriormente dispersas en otras leyes o fruto únicamente de la jurisprudencia, como el derecho de retención, la reserva de dominio y la cesión de la propiedad a título de garantía (fiducia-garantía). Por otra parte, la reforma ha permitido la entrada de formas alternativas de realización del valor, sencillas y rápidas, aplicables tanto en la ejecución de garantías reales mobiliarias como inmobiliarias, cuales son la atribución judicial al acreedor de los bienes gravados y la atribución convencional derivada de un pacto comisorio, cuya prohibición ha sido abolida del ordenamiento francés.

Ahora bien, no todo el Derecho francés de garantías está contenido en el Libro IV del *Code civil*. En este sentido, el art. 2354 Cc dispone: “las disposiciones del presente capítulo no impiden la aplicación de las normas particulares previstas en materia comercial o en favor de los establecimientos autorizados de préstamo con garantía prendaria”. La unificación, por tanto, no se ha completado. Subsisten tipos especiales de prenda en el Código de comercio (en adelante, Ccom), en el Código de consumo, en el Código monetario y financiero, o en el Código rural. El art. 2399 Cc declara subsistentes las leyes especiales reguladoras de la hipoteca mobiliaria sobre aeronaves, sobre navíos marítimos y sobre barcos fluviales¹². Pese a todo, la reforma ha supuesto un claro paliativo al problema, en especial respecto del derecho de prenda, por la creación de un

pp. 71 y ss.); ALBIGÈS Y DUMONT-LEFRAND (2009, pp. 145 y ss.); JOBARD-BACHELLIER *et al.* (2007, pp. 231 y ss.); GALLOIS-COCHET (2007, pp. 68 y ss.).

⁹ El art. 2322 define la “lettre d’intention” como “el compromiso de hacer o de no hacer algo a fin de apoyar a un deudor en el cumplimiento de su obligación frente a su acreedor”. Sobre esta figura, entre otros, PIEDELÈVRE (2008, pp. 168 y ss.); PIETTE (2009, pp. 80 y ss.); ALBIGÈS Y DUMONT-LEFRAND (2009, pp. 181 y ss.); JOBARD-BACHELLIER *et al.* (2007, pp. 210 y ss.); GALLOIS-COCHET (2007, pp. 68 y ss.); POMMART (2008, pp. 19 y ss.); CABRILLAC *et al.* (2007, pp. 355 y ss.); LEGEAIS (2008, pp. 300 y ss.).

¹⁰ Calificada de “revolución” por ANCEL (2009, p. 39); y de “ruptura tranquila”, por DUMONT-LEFRAND (2007, p. 31).

¹¹ CROCQ (2006, p. 19); LISANTI (2006, pp. 2672 y ss.).

¹² Desde el siglo XIX, el ordenamiento francés admite la hipoteca sobre bienes muebles en tres supuestos, que se mantienen en la actualidad, y que son: *i*) La hipoteca marítima (de navíos destinados a la navegación marítima), creada en 1874 y regulada hoy por la Ley de 03.01.67; *ii*) La hipoteca fluvial (de barcos destinados a la navegación interior), regulada por el Código del dominio público fluvial y navegación interior; *iii*) La hipoteca aérea (sobre aeronaves), regida por el Código de la aviación civil.

régimen general aplicable a la prenda sin desplazamiento posesorio y la regulación de la prenda de créditos.

A favor de la reforma del Derecho de garantías emprendida con la *Ordonnance* de 2006 se dice que ha conciliado la tradición latina y la búsqueda de la eficiencia, propugnada por los sistemas anglosajones, y logrado un equilibrio satisfactorio entre los diversos intereses en presencia: seguridad para los acreedores (especialmente por la introducción de procedimientos de realización del valor rápidos y eficaces de las garantías reales)¹³, protección del deudor o del garante y protección de los terceros. Se destaca que la reforma ha introducido, en una materia tradicionalmente rígida, una cierta flexibilidad, potenciado la autonomía de la voluntad y la libertad de pactos¹⁴, ha dado un paso importante hacia la unificación y simplificación del derecho de garantías¹⁵ y es adecuada para favorecer la adaptación de las garantías a las necesidades de la práctica¹⁶.

Pero no todas las opiniones doctrinales son favorables a la reforma de 2006. Se reprocha al legislador haber desaprovechado la ocasión de realizar una auténtica reforma del derecho de garantías, limitándose a reconstruirlo e introducir ciertas novedades, algunas de ellas discutibles¹⁷; el mantenimiento de una pluralidad de prendas con regímenes dispersos en distintos textos legales¹⁸; y, en especial, la disociación entre la reforma del derecho de garantías y la de los procedimientos colectivos¹⁹, dos ramas del Derecho parcialmente antagónicas, pero, al mismo tiempo, complementarias entre sí.

2. Alusión al régimen francés de los procedimientos colectivos

El Ordenamiento francés denomina “procedimientos *colectivos*” a los procesos concursales. Si la insolvencia del deudor se produce en el desarrollo de una actividad empresarial, ya sea mercantil, industrial o profesional, y ya sea el deudor persona física o jurídica, se aplican las

¹³ MIGNOT (2008, p. 286); SEUBE (2008, pp. 5 y ss); GRIMALDI (2006, p. 21).

¹⁴ La posibilidad de crear garantías reales convencionales distintas de las tipificadas por la ley está impedida por la regla que impone la “*par condicio creditorum*” salvo los privilegios previstos en las leyes (arts. 2285 y 2323 Cc); sin embargo, un sector doctrinal considera válidas las garantías reales creadas convencionalmente siempre que lo sean los elementos que la componen (CABRILLAC *et al.*, 2007, p. 372). Sobre los límites impuestos por la cláusula de orden público en esta materia, véase BORGA (2009).

¹⁵ AYNÉS (2006, pp. 7 y ss.).

¹⁶ ANCEL (2008, p. 1); BRANLARD (2007, p. 14); JOBARD-BACHELLIER Y BRÉMOND (2009, p. 49).

¹⁷ PIEDELIÈVRE (2006, pp. 791 y ss.) y (2008, pp. 15-16); LEGEAIS (2006, pp. 367 y ss.).

¹⁸ DROBNIG (2007, pp. 1488 y ss.).

¹⁹ LEGEAIS (2008, pp. 329 y ss.) y (2006, pp. 1 y ss.); PIEDELIÈVRE (2008, pp. 15 y ss.).

normas sobre “empresas en dificultad” contenidas en el *Code de commerce*. Cuando derive de la actividad particular de una persona física (“sobre-endeudamiento”), el proceso se rige por las normas del Código del consumo.

La finalidad primordial de los procedimientos colectivos ha ido variando a lo largo de la Historia. De la finalidad tradicional, consistente en la extinción de la empresa insolvente y la liquidación de su patrimonio en beneficio del conjunto de acreedores, se ha pasado al empeño en lograr el saneamiento económico de la empresa para permitir su mantenimiento y la de los puestos de trabajo, aunque ello suponga sacrificar los intereses de los acreedores²⁰. Estos son los principios que rigen, tanto en el *Code de commerce* como en el *Code de la consommation*, las normas reguladoras de los procedimientos colectivos, con la consiguiente repercusión sobre los créditos asegurados con garantías reales.

El Derecho de procedimientos colectivos y el Derecho de garantías fueron reformados en el ordenamiento francés con menos de un año de diferencia. El primero, a través de la Ley de empresas en dificultad, de 26.07.05; el segundo, mediante la *Ordonnance* de 23.03.06. El principio general que rige la colisión entre sendas normativas se recoge en el vigente art. 2287 Cc, conforme al cual, las normas del Código civil sobre garantías no impiden la aplicación de las previstas para los supuestos de procedimientos colectivos. Este texto reconoce así la existencia de un cuerpo de reglas derogatorio del derecho común, que, como consecuencia de su propia lógica y de sus propios principios, reduce o incluso priva al acreedor de la protección que las garantías reales debían depararle cuando más lo necesita: en caso de insolvencia de su deudor²¹. Estos factores aconsejan, cuanto menos, apuntar la disciplina de los procedimientos colectivos, ya que, con gran frecuencia, la ejecución de la garantía se produce en el marco del concurso de acreedores.

2.1. Procedimientos aplicables a las empresas en dificultad

Las situaciones de dificultad económica de las empresas se regulan actualmente en el Libro VI del *Code de commerce*, redactado por Ley 2005-845, de 26.07.05 y posteriormente modificado por diversas leyes²². Estas normas, junto a las que regulan el sistema de conciliación (arts. L611-1 a

²⁰ JACQUEMONT (2009, pp. 6 y ss.); FARGE Y GOUT (2008, pp. 25 y ss.); PETEL (2007, pp. 109 y ss.). En opinión de SAINT-ALARY-HOUIN (2009, pp. 32 y ss.) sin embargo, el vigente derecho sobre empresas en dificultad parece haber encontrado un equilibrio entre los intereses de la empresa y los de sus acreedores.

²¹ GARAUD (2009, pp. 4 y ss.).

²² *Ordonnance* de 23.03.06; *Ordonnance* de 18.12.08; *Ordonnance* de 30.01.09; Ley de 17.02.09; *Ordonnance* de 06.05.10; Ley de 22.10.10; *Ordonnance* de 09.12.10; Ley de 25.01.11; Ley de 17.05.11 y Ley de 20.07.11. Sobre las modificaciones introducidas por la *Ordonnance* de 18.12.08, CROCQ (2009a, pp. 75 y ss.) y (2009b, pp. 27 y ss.); BERTHELOT (2009, pp. 20 y ss.); ROUSSEL (2009, pp. 644 y ss. y pp. 72 y ss.); LIENHARD (2009, pp. 193 y ss.); RONTCHEVSKY (2009, pp. 80 y ss.); PÉTEL (2009, pp. 27 y ss.); GIBIRILA (2009, pp. 3 y ss.); FRAIMOUT (2009, pp. 84 y ss.); BORGIA (2009b); LESCORRE (2009, pp. 160 y ss.); JACQUEMONT (2009, pp. 513 y ss.); LASSERRE (2009, pp. 84 y ss.); MARTIN-SERF (2009, pp. 99 y ss.); MASCALA (2009, pp. 105 y ss.).

L612-5 Ccom²³), contemplan los procedimientos colectivos de “salvuarda” (*sauvegarde*), “rehabilitación judicial” (*redressement judiciaire*) y “liquidación judicial” (*liquidation judiciaire*).

Los procedimientos colectivos de *sauvegarde*, *redressement* y *liquidation judiciaire*, pueden tener lugar con o sin un previo proceso de conciliación y operar sucesiva o independientemente. Los tribunales mercantiles son los competentes para conocer de estos procesos cuando el deudor sea comerciante; los civiles para los demás deudores (profesionales liberales y agricultores, fundamentalmente).

La sentencia judicial que ordene la apertura de cualquiera de estos procesos, designará los órganos encargados de gestionarlo: juez-comisario (uno o varios), el órgano de defensa de los derechos de los trabajadores, el mandatario judicial encargado de defender el interés colectivo de los acreedores, el administrador judicial (uno o varios) o el liquidador judicial²⁴. En caso de apertura de un procedimiento de rehabilitación o de liquidación, la sentencia puede establecer la fecha de inicio de la insolvencia en una fecha anterior (art. L631-8 Ccom), en cuyo caso, el período comprendido entre ambas fechas es denominado “*période suspecte*”. Los arts. L632-1 a L634-4 Ccom declaran nulos determinados actos realizados durante ese período²⁵, sobre los que la ley hace recaer una presunción de fraude *iuris et de iure*.

Por otra parte, la apertura de un procedimiento de *redressement* o de *liquidation* puede dar lugar al nacimiento de tres tipos de privilegios legales²⁶: a) El privilegio de conciliación (“dinero fresco” o de “new money”), a favor de los acreedores que, en el marco del acuerdo de conciliación homologado, hicieron aportaciones para la continuidad de la empresa (art. L611-11 Ccom); b) El privilegio del procedimiento, que beneficia a los créditos que hayan nacido después de publicada la sentencia de apertura, deriven de un contrato necesario para el desarrollo del procedimiento, los cuales serán pagados con preferencia a todos los demás créditos, provistos o no de privilegios o garantías, salvo ciertas excepciones (arts. L622-7 y L641-12 Ccom)²⁷; c) El superprivilegio salarial, a favor de los créditos para el pago de salarios debidos a los trabajadores de la empresa deudora correspondientes a los últimos sesenta días de trabajo (arts. L625-7 y L625-8 Ccom).

²³ PETEL (2009, pp. 11 y ss.); JACQUEMONT (2009, pp. 49 y ss.).

²⁴ REMERY (2009, pp. 15 y ss.); SAINTOURENS (2009, pp. 40 y ss.).

²⁵ Son, entre otros, los actos traslativos de la propiedad a título gratuito; contratos onerosos en los que la obligación del deudor exceda notablemente de la contrapartida; pago de deudas no vencidas; las hipotecas convencionales y las prendas constituidas sobre bienes del deudor para garantizar deudas contraídas anteriormente; la transmisión de bienes o derechos a un patrimonio fiduciario, salvo que se realice para garantizar una deuda contraída simultáneamente.

²⁶ JOBARD-BACHELLIER *et al.* (2007, pp. 592 y ss.).

²⁷ El privilegio no se aplica a las aportaciones realizadas por los accionistas y asociados del deudor en el marco de una ampliación de capital. Los acreedores que suscriban el acuerdo no pueden beneficiarse de esta norma, ni directa ni indirectamente, respecto de créditos anteriores a la apertura de la conciliación.

a) Procedimiento de “salvaguarda” (*sauvegarde*). Puede ser instado por el deudor que, sin haber incurrido en una situación de insolvencia, atraviese dificultades económicas insuperables (insolvencia *imminente*)²⁸. El procedimiento, regulado en los arts. L. 620-1 a 628-7 Ccom, está destinado a facilitar la reorganización de la empresa para permitir la continuidad de su actividad económica.

b) Procedimiento de “rehabilitación” (*redressement judiciaire*). Regulado en los arts. L631-1 a L632-4 Ccom, puede iniciarse de oficio, a instancia del Ministerio fiscal, del deudor o de los acreedores. Persigue, al igual que el anterior, la continuidad de la actividad empresarial. Sin embargo, y a diferencia de aquél, este procedimiento requiere que la empresa deudora haya incurrido en una situación de insolvencia que le impida hacer frente al pago de sus deudas con su activo disponible²⁹.

c) Procedimiento de “liquidación judicial” (*liquidation judiciaire*). Está regulado en los arts. L640-1 a L644-6 Ccom. Puede iniciarse de oficio, a instancia del Ministerio fiscal, del deudor o de los acreedores, y se abre frente a todo deudor insolvente cuando la rehabilitación de la empresa deudora sea manifiestamente imposible³⁰. La apertura del procedimiento puede decretarse sin que haya tenido lugar un previo procedimiento de salvaguarda o de rehabilitación. Tiene por objeto poner fin a la actividad de la empresa y realizar el patrimonio del deudor en las mejores condiciones posibles a fin de pagar a sus acreedores³¹.

2.2. Procedimiento aplicable a los particulares “sobre-endeudados”

Está regulado en los arts. L. 330 a L. 337 del *Code de la consommation* francés, en su redacción dada por la Ley de 01.07.10. La situación de sobre-endeudamiento de las personas físicas se caracteriza por la imposibilidad manifiesta del deudor de buena fe de pagar sus deudas no profesionales exigibles y vencidas.

Cuando los recursos o el activo realizable del deudor lo permitan, la Comisión, prevista en la Ley, tiene como misión conciliar a las partes para adoptar un acuerdo de saneamiento (“*redressement*”) entre el deudor y sus principales acreedores, destinado a facilitar el pago de las deudas.

Si no se lograre tal acuerdo, la Comisión puede determinar las medidas que considere necesarias. Si ninguna de las partes impugna judicialmente la decisión de la Comisión, tales medidas les serán impuestas. En caso de impugnación, será el tribunal el que decida las medidas a adoptar. Cuando el deudor no esté en condiciones de llevar a cabo las medidas citadas, la Comisión puede, recomendar:

a) El *rétablissement personnel* del deudor “sin liquidación judicial”, si constata que el deudor sólo posee los enseres necesarios y los bienes indispensables para el ejercicio de su actividad profesional, o su activo

²⁸ LUCAS Y LE CORRE (2008, pp. 570 y ss.). Sobre el concepto de “dificultades insuperables” en la jurisprudencia francesa GRIMONPREZ (2007, p. 18).

²⁹ El art. L631-1 Ccom. no considera insolvente al deudor que, mediante el acuerdo con sus acreedores de moratorias y flexibilización del pago, pueda hacer frente a su pasivo exigible con su activo disponible. Tal situación, por tanto, no puede dar lugar a la apertura de un procedimiento de “*redressement*” judicial.

³⁰ Sobre la insolvencia como condición de apertura de la liquidación, véase ROUSSEL GALLE (2008, p. 2207).

³¹ PÉTEL (pp. 149 y ss.).

sólo está formado por bienes carentes de valor de mercado. Esta medida supone la liberación del deudor (discharge), pues se extinguen todas sus deudas no profesionales insatisfechas, que excepciona el principio de responsabilidad ilimitada del deudor (“fresh start” del sistema estadounidense).

b) El *rétablissement personnel* del deudor “con liquidación judicial”, si se demuestra que el deudor no se halla en la anterior situación. La liquidación del patrimonio del deudor debe ser consentida por éste y, una vez extinguido el activo, se extingue el pasivo insatisfecho.

3. Garantías reales mobiliarias, propiedad en garantía y derecho de retención

Tras la profunda reforma del régimen jurídico de las garantías, el vigente *Code civil* regula estas figuras en el Título II del Libro IV, a través de tres subtítulos. El primero de ellos contiene las disposiciones relativas a los privilegios en general (arts. 2323 a 2328-1). El subtítulo segundo regula las garantías reales sobre bienes muebles, a saber: privilegios mobiliarios, prenda de bienes muebles corporales (“gage” de meubles corporels), prenda de bienes incorporeales (“nantissement” de meubles incorporels), reserva de dominio y cesión de la propiedad en garantía sobre bienes muebles (arts. 2329 a 2372-5). El tercer subtítulo se ocupa de las garantías reales sobre bienes inmuebles, es decir: privilegios inmobiliarios, hipoteca, prenda inmobiliaria o anticresis, reserva de dominio y cesión de la propiedad en garantía sobre inmuebles (arts. 2373 a 2488-5).

3.1. Las garantías reales mobiliarias

En su redacción originaria, el Código civil napoleónico utilizaba el término “nantissement” como noción genérica de garantía real mobiliaria con desplazamiento de la posesión y lo definía como contrato por el cual un deudor entrega una cosa a su acreedor en garantía de la deuda (antiguo art. 2071 Cc). El “nantissement” podía ser de dos tipos: prenda (*gage*), si recaía sobre bienes muebles, o anticresis, si gravaba cosas inmuebles. Así pues, la “gage” era la única garantía real mobiliaria contemplada inicialmente por el *Code civil*.

Desde finales del siglo XIX, la práctica francesa asistió al desarrollo de toda suerte de garantías mobiliarias convencionales próximas a la prenda, pero derogatorias del requisito del traspaso posesorio de la cosa gravada, denominadas indistintamente “gage” o “nantissement”, incluida la prenda de créditos, usualmente designada como “nantissement”. El derecho positivo fue, a lo largo ya del pasado siglo, consagrando cierto número de prendas sin desplazamiento a través de leyes especiales y, finalmente, la *Ordonnance* de 2006 la incorpora al *Code civil*.

La nueva regulación de las garantías reales mobiliarias constituye tal vez la más importante de las innovaciones del *Code civil* introducidas por las *Ordonnances* de 23.03.06 y 30.01.09. Por una parte, se ha ampliado el anterior elenco de garantías mobiliarias del Código civil; por otra, ha sido modificado el régimen jurídico de las ya existentes; finalmente, se ha llevado a cabo una simplificación terminológica. Las garantías reales mobiliarias reguladas hoy por el *Code civil*, según su art. 2329, son las siguientes: a) los créditos privilegiados, generales y especiales, sobre

bienes muebles (arts. 2332-1 a 2332-3 Cc); *b*) el derecho de prenda, distinguiendo entre prenda sobre bienes corporales, a la que denomina “gage” (arts. 2333 a 2354 Cc), y la prenda sobre bienes incorporeales, a la que designa con el término “nantissement” (arts. 2355 a 2366 Cc); *c*) la reserva de dominio sobre bienes muebles (arts. 2367 a 2372 Cc); *d*) la cesión de la propiedad de bienes muebles en garantía, o fiducia-garantía (arts. 2372-1 a 2372-5 Cc).

Por lo que atañe al derecho de prenda, la reforma de 2006 ha supuesto una auténtica transformación de sus principios rectores. No sólo admite la prenda sobre bienes muebles incorporeales y sin desposesión del deudor, sino que reconoce la validez del pacto comisorio y suprime la notificación al deudor como requisito de validez de la prenda de créditos. Junto a este conjunto de modificaciones, algunas reglas han permanecido inalteradas, como el carácter accesorio de la prenda, la posibilidad de que el constituyente sea el deudor o un tercero (art. 2334 Cc), o la indivisibilidad de la garantía (art. 2349 Cc), etc.

Finalmente, conviene tener presente que la eficacia de las garantías reales disminuye globalmente como consecuencia de la apertura de un procedimiento colectivo contra el constituyente (sea o no el deudor), si bien la incidencia de dichos procedimientos varía dependiendo de la modalidad de garantía de que se trate.

3.2. La propiedad en garantía

Junto a las garantías reales clásicas, que confieren al acreedor la facultad de realización del valor de la cosa gravada y preferencia para el cobro de su crédito, el Código civil francés consagra la reserva de dominio y la cesión de la propiedad en garantía (o fiducia-garantía). Se trata de garantías que sitúan al acreedor en una situación de exclusividad respecto de la cosa gravada mediante la utilización del derecho de propiedad con fines de aseguramiento³². Así, tras más de dos milenios de evolución de las normas jurídicas en orden a la creación de mecanismos que, al mismo tiempo, refuercen la seguridad del acreedor y permitan al deudor o al garante desarrollar normalmente su actividad, se asiste hoy a la sustitución de estas garantías por las basadas en técnicas primitivas, como la transmisión de la propiedad al acreedor o la retención por éste del dominio sobre bienes transmitidos al deudor³³. El renacimiento y auge de estas técnicas de aseguramiento del crédito se debe fundamentalmente al debilitamiento de las garantías reales clásicas en caso de insolvencia del deudor, ya que el derecho de preferencia que éstas conceden al acreedor se ha visto notablemente excepcionado por las normas sobre procedimientos de ejecución colectiva (art. 2287 Cc). Los acreedores, para protegerse de la concurrencia, se inclinan por las garantías reales basadas en la retención o transmisión de la propiedad de los bienes, ya que les otorgan no un mero derecho de preferencia, sino de exclusividad, sobre dichos bienes. Estos instrumentos, si bien presentan el grave inconveniente de agotar el crédito del deudor en favor de un solo acreedor, permiten a éste ejercer una mayor presión sobre su deudor y le colocan en una situación muy favorable en caso de insolvencia del mismo.

³² DUPICHOT (2006, pp. 17 y ss.).

³³ PICOD (2011, p. 25, con cita de OPPETTI).

3.3. El derecho de retención

En su anterior redacción, el *Code civil* se limitaba a designar determinadas aplicaciones particulares del derecho de retención, pero, ya en el siglo XIX, un sector de la doctrina francesa defiende la posibilidad de ejercitar este derecho fuera de los casos expresamente previstos por la ley³⁴. A partir de ahí, la jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, mediante una interpretación extensiva de las normas del *Code civil*, fue concediendo este derecho en todos aquellos casos en los que existe, bien un vínculo jurídico: el crédito y la detentación de la cosa han nacido de un mismo contrato; o bien un vínculo material: el crédito ha nacido como consecuencia de la cosa retenida.

Siguiendo esta línea jurisprudencial, el legislador francés de 2006 reconoce alcance general al derecho de retención y lo incluye en el Libro IV del *Code civil*, relativo a las garantías, pero de forma tímida: sólo le dedica el art. 2286 y no aparece en la enumeración de las garantías reales mobiliarias. Cabe pensar que el legislador ha querido consagrar la incidencia del derecho de retención sobre el régimen de las garantías, pero sin conferirle el *status* de una verdadera garantía, ni prever un verdadero régimen jurídico del mismo³⁵, ya que el citado art. 2286 Cc se limita a reconocer este derecho en las hipótesis siguientes:

1ª) Derecho de retención convencional. Es el que deriva de un contrato por el que una persona entrega una cosa de su propiedad a otra para garantizar una deuda propia o ajena (art. 2286-1º Cc). Se caracteriza porque no existe una tenencia previa de la cosa, sino que ésta nace del acuerdo de las partes. Tiene la finalidad de asegurar un crédito, nacido previa o simultáneamente al acuerdo, del cual es titular el contratante que recibe la cosa; el contratante que hace la entrega puede ser el deudor o un tercero que garantiza una deuda ajena. Aunque el derecho de retención convencional presenta grandes similitudes con el derivado de la prenda con desposesión, o de la anticresis, los efectos no son iguales: el derecho de retención convencional no concede al acreedor la facultad de realización del valor, ni preferencia alguna para el cobro con cargo al precio de venta de la cosa.

2ª) Derecho de retención legal nacido de un contrato del cual deriva tanto el derecho de crédito como el deber del acreedor de entregar la cosa. Mientras el deudor no cumpla su obligación, el acreedor puede retener la cosa (art. 2286-2º Cc).

3ª) Derecho de retención legal fundado en los gastos derivados de la tenencia de la cosa por una persona. Mientras el propietario no cumpla su deber de reembolsar tales gastos, el acreedor está facultado para retener la cosa (art. 2286-3º Cc).

³⁴ AUBRY Y RASU (1869, pp. 114 y ss.), proponían aplicar el derecho de retención a supuestos no legalmente contemplados en la medida en que está vinculado a la excepción de incumplimiento del contrato.

³⁵ Sobre el derecho de retención regulado en el Libro IX del *Draft Common Frame of Reference* (DCFR), véase GÓMEZ CALLE (2011).

4ª) Derecho de retención legal a favor del titular de un derecho de prenda sin desplazamiento de la posesión (art. 2286-4º CC)³⁶. Se trata de un derecho de retención “ficticio” concedido al titular de una prenda sin desplazamiento supone excepcionar una característica tradicional del derecho: la tenencia de la cosa sobre la cual recae³⁷.

El derecho de retención, tal y como ha quedado regulado en el *Code civil*, se presenta como una garantía imperfecta o inacabada³⁸. Como mecanismo de garantía, tiene carácter fundamentalmente defensivo: sólo puede ejercitarse judicialmente por vía de excepción. Pese a ello, su eficacia protectora del acreedor es indiscutible³⁹. Por un lado, es oponible *erga omnes*, lo que permite al acreedor paralizar la reivindicación o el embargo de la cosa dirigida en su contra. Por otro, y sin necesidad de acudir a la vía judicial, el acreedor está provisto de un medio de presión sobre el deudor en orden a lograr el cumplimiento, sobre todo si la cosa retenida tiene un valor superior al crédito, porque, mientras no cumpla, no podrá recuperarla. Esta eficacia se manifiesta claramente en caso de insolvencia del deudor, ya que el acreedor provisto de un derecho de retención material es el menos sacrificado por las normas reguladoras de los procedimientos colectivos⁴⁰, conforme a las cuales:

a) En el seno de los procedimientos de “sauvegarde” o de “redressement judiciaire”, los créditos garantizados mediante prenda con desplazamiento y los que conceden a su titular un derecho de retención son los únicos créditos, anteriores a la apertura del procedimiento, susceptibles de ser pagados si la recuperación de la cosa retenida es necesaria para la continuidad de la actividad empresarial del deudor (art. L622-7-I- Ccom). Esta regla, sin embargo, no rige para el derecho de retención ficticio reconocido por el art. 2286-4º Cc al titular de una prenda sin desplazamiento posesorio (art. L622-7-I-2º Ccom), dado que el deudor no se ha visto desposeído de la cosa gravada.

b) Si se llega a la fase de “liquidation judiciaire”, los liquidadores autorizados por el juez-comisario podrán “pagar la deuda y recuperar los bienes entregados en prenda o la cosa retenida” (art. L641-3-2º Ccom). A falta de dicha recuperación, la ley permite al liquidador, con autorización judicial, vender la cosa, en cuyo caso el derecho de retención pasa *ex lege* a recaer sobre el precio obtenido (art. L.642-20-1 Ccom), tanto si se trata de un derecho de retención material como ficticio (art. L642-12-5º Ccom).

³⁶ Supuesto introducido por la Ley de Modernización de la economía, de 04.08.08, que modificó el art. 2286 del *Code civil* en este punto.

³⁷ En todo caso, la retención ficticia ya había sido reconocida en el Decreto núm. 968, de 30.09.53, relativo a la prenda sobre vehículos a motor, figura ésta que actualmente se regula en los arts. 2351 a 2353 Cc, en su redacción dada por la *Ordonnance* de 2006.

³⁸ AYNES Y CROCQ (2009, p. 203); PICOD (2011, p. 457); FARGE (2007, pp. 183-184).

³⁹ SIMLER Y DELEBECQUE (2009, pp. 507 y ss.).

⁴⁰ ALBIGÈS Y DUMONT-LEFRAND (2009, pp. 226 y ss.); PIEDELIÈVRE (2008, pp. 208 y ss.).

4. La prenda de cosas muebles corporales: "gage"

Como ha quedado dicho, tras la reforma de 2006, el Código civil francés distingue entre "gage", o prenda de bienes muebles corporales, y "nantissement", o prenda sobre bienes muebles incorporeales⁴¹. Antes de abordar el examen de la prenda con desposesión, conviene precisar que el *Code civil* francés utiliza el término "gage" en un doble sentido. Uno amplio, que hace referencia a la garantía general establecida *ex lege* a favor de todos los acreedores, titulares o no de derechos de garantía específicos, sobre la totalidad de los bienes del deudor, consistente en la facultad de instar el embargo de dichos bienes para la satisfacción de su crédito, que se corresponde con la responsabilidad ilimitada del deudor, quien responde del cumplimiento de sus obligaciones con todos sus bienes presentes y futuros (arts. 2284 y 2285 Cc). En sentido propio o estricto, al que aquí nos referimos, la palabra "gage" designa un tipo específico de garantía mobiliaria convencional: la prenda de cosas muebles corporales, que favorece a un acreedor concreto y recae sobre determinados bienes del deudor, así como al contrato del cual nace dicha garantía⁴².

Respecto de la normativa anterior, el legislador francés de 2006:

a) Ha ampliado el ámbito de la prenda de cosas corporales, permitiendo que recaiga sobre bienes tanto presentes como futuros (art. 2333 Cc) y que pueda garantizar créditos presentes y futuros (art. 2333 Cc).

b) Facilita la realización del valor mediante la admisión del pacto comisorio.

c) Con el objetivo de dotar de mayor utilidad a la prenda de derecho común y siguiendo el ejemplo de diversos derechos extranjeros⁴³, la institución se transforma radicalmente permitiendo su constitución con o sin desplazamiento posesorio de la cosa pignorada (arts. 2333 y ss. Cc)⁴⁴. Tradicionalmente, la prenda sin desplazamiento de la posesión, contemplada en diversas leyes especiales, quedaba fuera del *Code civil*, en cuyo seno, la prenda era un contrato real: se perfeccionaba por la entrega de la cosa pignorada al acreedor (o a un tercero), en cuyo momento quedaba válidamente constituido el derecho real de prenda, si bien sólo era oponible frente a

⁴¹ En opinión de ANCEL (2008, p. 136), este criterio debería aplicarse teóricamente a las garantías reguladas en leyes especiales, lo que llevaría a hablar de "gage" de bienes de equipo, o de "nantissement" de créditos profesionales.

⁴² Sobre la "gage", en general CROCQ (2007b, pp. 1 y ss.).

⁴³ AYNES (2007, pp. 48 y ss.); LARRIBAU-TERNEYRE (2007, pp. 100 y ss.).

⁴⁴ Incluso se ha incorporado al Código civil la disciplina de la prenda sin desplazamiento sobre vehículos automóviles (arts. 2351 a 2353), anteriormente regulada por el Decreto núm. 968, de 30.09.53.

terceros si se recogía por escrito⁴⁵.

El Código civil vigente, sin embargo, permite a los contratantes optar entre la prenda de cosas muebles corporales con o sin desposesión del pignorante. La constitución y efectos de ambas modalidades de prenda de cosas muebles corporales están regidos por una serie de reglas comunes y otras específicas de cada uno de ellas.

4.1. La prenda de cosas muebles corporales con desplazamiento de la posesión

La prenda de bienes muebles corporales con desposesión del garante se regula en los arts. 2333 a 2350 del *Code civil*. Está definida en el art. 2333 Cc, a cuyo tenor, es un “contrato por cuya virtud el constituyente reconoce a un acreedor el derecho de cobrar, con preferencia a otros acreedores, sobre un bien mueble o un conjunto de bienes muebles corporales, presentes o futuros”. Se conserva, pues, la fórmula tradicional de prenda de bienes muebles, si bien se han introducido ciertos cambios en su régimen jurídico.

A) *Objeto y sujetos*. Esta modalidad de prenda recae sobre muebles corporales, ya sean bienes aislados (uno o varios), ya formen un conjunto; y tanto si se trata de bienes presentes como futuros (art. 2333 Cc). Cuando la prenda grave cosas futuras, tales cosas han de ser determinables (art. 2333 Cc) e identificadas en el título constitutivo, en el que ha de constar su naturaleza o su especie, así como su cantidad (art. 2336 Cc). La prenda puede asimismo recaer sobre bienes muebles fungibles⁴⁶, en cuyo caso, las partes pueden pactar que el acreedor adquiere la propiedad de los bienes pignorados y se obliga a restituir la misma cantidad de cosas equivalentes (art. 2341-2º Cc).

El constituyente de la prenda debe ser el propietario de la cosa, ya se trate del deudor o un tercero (“fiador real”)⁴⁷; en este último caso, el constituyente sólo responde frente al acreedor con el bien pignorado (art. 2334 Cc). Aunque el *Code civil* declara nula la prenda de cosa ajena, y sólo reconoce al acreedor de buena fe el derecho a exigir indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 2335 Cc), la doctrina trata de salvar esta ineficacia por dos vías. Se propone, por un lado, argumentando que la ley no determina la naturaleza de la nulidad y que ésta se establece en beneficio del acreedor, entender que no se trata de una nulidad absoluta, sino relativa, para cuyo ejercicio está legitimado el acreedor⁴⁸. Por otra parte, y dado que el contrato de prenda ha dejado

⁴⁵ Antiguo art. 2074 Cc, conforme al cual, la prenda era oponible a terceros si constaba en escritura pública o en documento privado, debidamente incorporado a un registro público, especificando la suma debida, así como la especie, naturaleza y cantidad de los bienes dados en prenda.

⁴⁶ Sobre la prenda de dinero, véase LEGEAIS (2007a, pp. 70 y ss.); BROS (2007, pp. 77 y ss.).

⁴⁷ El *Code monétaire et financier* francés prohíbe a toda persona (y castiga con 6 meses de privación de libertad y multa) realizar préstamos garantizados con prenda sobre muebles corporales sin autorización legal, actividad ésta que queda reservada a las Cajas de crédito municipal.

⁴⁸ En este sentido, ALBIGÈS Y DUMONT-LEFRAND (2009, p. 250).

de ser un contrato real, se considera válida la prenda de cosa ajena sometida a la condición suspensiva de la entrada de la cosa en el patrimonio del constituyente y cuya entrega quede aplazada hasta ese momento, a semejanza y con los mismos requisitos que la prenda sobre cosas muebles futuras (arts. 2333 y 2336 Cc).

B) *Constitución y oponibilidad frente a terceros.* La constitución de la prenda de cosas muebles corporales con desplazamiento posesorio se realiza mediante un contrato por el que el constituyente concede a un acreedor el derecho a cobrar su crédito con preferencia a otros acreedores (art. 2333 Cc). El contrato debe recogerse en documento escrito que designe, además de la deuda garantizada, la especie o naturaleza y cantidad de los bienes pignoralados (art. 2336 Cc)⁴⁹. El requisito de forma escrita se cumple mediante documento público o privado y sin necesidad de inscripción en registro alguno.

El contrato de “gage” se configura como un contrato formal, que sólo se perfecciona una vez conste por escrito. El incumplimiento de esta formalidad determina, según un sector de la doctrina francesa, la nulidad absoluta del contrato de prenda⁵⁰. Otro sector, en cambio, se inclina por la nulidad relativa, pues se entiende que la forma escrita está destinada esencialmente a proteger al garante, el cual podrá optar entre pedir o no la anulación⁵¹. En todo caso, el art. L.632-1-I-6^o Ccom, declara nulo el derecho de prenda sobre bienes del deudor constituido después de la apertura de un procedimiento colectivo de “redressement” o de liquidación judicial para garantizar deudas nacidas con anterioridad a dicho procedimiento.

Para la oponibilidad frente a terceros de este tipo de prenda, es necesario un requisito añadido: la desposesión del constituyente mediante la entrega material de la cosa mueble pignoralada al acreedor o a un tercero designado por las partes de común acuerdo (art. 2337-2^o Cc). A partir de la fecha de entrega, la prenda será oponible *erga omnes*. Quien alegue la falsedad de la fecha, tiene la carga de probarlo. El desplazamiento de la posesión, pues, se limita a ser una condición de oponibilidad frente a terceros, no de validez de la prenda. Esta regla, admitida ya en leyes especiales para ciertos tipos de prenda, se ha convertido en un principio general a partir de la entrada en vigor de la *Ordonnance* de 23 de marzo de 2006. La prenda es válida como tal, y no mera promesa de constituir prenda, desde que el contrato se recoge por escrito, aunque no se haya entregado la cosa pignoralada al acreedor (o al tercero designado por las partes). De ahí que la desposesión del pignoralante deba perdurar tanto como la prenda: si el acreedor le restituye la cosa antes del pago de la deuda, la prenda deja de ser oponible a los terceros.

El fundamento de esta exigencia se ha situado tradicionalmente en la función de publicidad que cumple la desposesión del garante, considerando que es suficiente para que la prenda sea

⁴⁹ La exigencia de estas menciones tiene por finalidad impedir que las partes introduzcan modificaciones ulteriores en perjuicio de otros acreedores.

⁵⁰ Entre otros, AYNÉS Y CROCQ (2009, pp. 231-232).

⁵¹ PICOD (2011, p. 289).

susceptible de ser conocida por los terceros. No debemos olvidar, sin embargo, que se trata de una publicidad limitada: sirve para evitar, al menos en cierta medida, la apariencia de propiedad del garante, pero no informa a los terceros del título por cuya virtud posee la cosa el acreedor.

C) *Efectos durante la fase de seguridad.* Los principales efectos de la prenda con desposesión, desde su constitución hasta el vencimiento de la deuda principal, son:

a) La obligación del acreedor de conservar la cosa pignorada. El incumplimiento de este deber permite al constituyente exigir la restitución inmediata de la cosa, así como la indemnización de los daños y perjuicios causados (art. 2344-1º Cc). Si la cosa pignorada está en manos de un tercero designado por las partes, el deber de conservación incumbe a dicho tercero; el incumplimiento se sanciona con la restitución de la cosa al constituyente y la indemnización de daños, no sólo frente al constituyente (por el deterioro del bien pignorado), sino también frente al acreedor (por la pérdida de la garantía prendaria).

b) El correlativo derecho del acreedor (o del tercero depositario) a que el constituyente le reembolse los gastos útiles o necesarios para la conservación de la cosa pignorada (art. 2343 Cc). El abono de los gastos necesarios es integral; el de los gastos útiles, sin embargo, se limita a la plusvalía que hayan aportado a la cosa.

c) La obligación del acreedor, cuando la prenda recaiga sobre cosas fungibles y salvo pacto en contrario, de mantenerlas separadas de las cosas de la misma naturaleza que le pertenezcan. El incumplimiento de este deber permite al constituyente exigir la restitución de la cosa y la indemnización de los perjuicios causados (art. 2341 Cc).

d) La facultad del acreedor, si la cosa pignorada es fructífera, de percibir los frutos y compensarlos con los intereses que se le adeuden; y, si no se le deben, imputarlos al capital (art. 2345 Cc).

e) El derecho de retención del acreedor hasta que la total satisfacción de su crédito, tanto si la cosa está en su poder como si se halla en manos del tercero designado (art. 2339 Cc). El constituyente sólo puede exigir la restitución del bien pignorado una vez haya pagado totalmente la deuda garantizada, incluidos los eventuales intereses y gastos (art. 2339 Cc), salvo que: *i)* El acreedor (o el tercero) no cumpla su obligación de conservar la cosa pignorada (art. 2344-1º Cc); *ii)* La prenda recaiga sobre cosas fungibles y el acreedor no cumpla su deber de mantenerlas separadas de las cosas de la misma naturaleza que le pertenezcan (art. 2341 Cc). En ambos supuestos, el constituyente puede exigir, además de la inmediata restitución de la cosa, que se le indemnicen los daños y perjuicios causados. El derecho de retención es oponible frente al constituyente y frente a terceros, incluidos los acreedores dotados de algún privilegio y los beneficiarios de una cláusula de reserva de dominio, incluso en caso de procedimiento colectivo contra el deudor (arts. L622-7-II-2º y L.642-20-1 Ccom).

4.2. La prenda de cosas muebles corporales sin desplazamiento de la posesión

La constitución del derecho de prenda mediante la desposesión de garante supone un freno económico al desarrollo de este tipo de garantía por numerosas razones. Las más relevantes radican en la imposibilidad de mantener la utilidad económica de la cosa mediante su explotación o incorporación al proceso productivo y de utilizar el bien para la obtención de ulterior crédito; asimismo impide pignorar los bienes incorporeales y los futuros. Para eludir dichos inconvenientes, se dictaron en Francia leyes especiales reguladoras de distintos tipos de prenda sin desplazamiento posesorio, oponibles frente a terceros mediante su inscripción

registral, pero aplicables únicamente a determinadas categorías de bienes (vehículos automóviles⁵², fondos de comercio, bienes de equipo, etc.). La generalización de la prenda sin desposesión del constituyente, mediante su incorporación al *Code civil* como una modalidad de prenda de derecho común, ha sido la última etapa de este proceso.

A) *Constitución y oponibilidad erga omnes*. La prenda de bienes muebles corporales sin desplazamiento se rige, junto a determinadas normas específicas, por ciertas reglas que son comunes a la prenda con desplazamiento posesorio, relativas a su constitución (*vid. supra*) y a los modos de realización del valor (*vid. infra*). Según las normas comunes referidas a su constitución, la prenda sólo es válida si el contrato constitutivo se formaliza en documento escrito, público o privado, que designe la deuda garantizada, la cantidad de bienes pignorados, así como su especie o su naturaleza (art. 2336 Cc), y es consentida por el dueño de la cosa pignorada, sea el deudor o un tercero (arts. 2334 y 2335 Cc). Al igual que la prenda posesoria, la prenda sin desplazamiento recae sobre muebles corporales, presentes o futuros, ya sean bienes aislados o un conjunto; y puede garantizar créditos presentes o futuros, determinados o determinables (art. 2333 Cc).

También admite el *Code civil* la prenda sin desposesión de cosas fungibles, en cuyo caso, el contrato de prenda puede facultar al constituyente para enajenar las cosas pignoradas y quedar obligado a reemplazarlas por la misma cantidad de cosas equivalentes (art. 2342 Cc). Este tipo de cláusula contractual es necesaria para evitar la paralización de la actividad del constituyente, pero debilita la garantía del acreedor al hacerla depender de que el constituyente cumpla su deber de reemplazar los bienes enajenados.

La principal diferencia frente a la prenda posesoria reside en el requisito necesario para su oponibilidad frente a terceros: el traslado posesorio se sustituye por la inscripción registral. La prenda sin desplazamiento exige inscripción registral (art. 2337-1º Cc), no la entrega de la cosa al acreedor (o a un tercero). Así pues, aunque la prenda quede válidamente constituida una vez recogida en documento escrito, sólo será eficaz frente a terceros mediante su inscripción en un registro público⁵³.

La publicidad de las garantías prendarias se regula en el Decreto núm. 2006-1804, de 23.12.06, que instaura un sistema basado en la combinación de registros locales y un archivo nacional⁵⁴. Conforme a este Decreto, la inscripción se practica, a instancia del acreedor, en los registros locales llevados por el secretario judicial (*greffier*) del tribunal mercantil competente por razón de la sede o el domicilio del constituyente de la prenda. Se trata, pues, de un registro de base personal. Dichas inscripciones se centralizan en un archivo electrónico nacional: el encargado del

⁵² La prenda de vehículos terrestres a motor o remolque matriculados fue creada por una ley de 29.12.34 y más tarde regulada por el Decreto núm. 968, de 30.09.53, que fue objeto de diversas modificaciones ulteriores. La *Ordonnance* de 2006 ha incorporado su regulación al *Code civil*, que la somete a las reglas especiales de sus arts. 2351 a 2353 y, en lo no previsto en ellos, a las normas generales de la prenda sin desplazamiento.

⁵³ G. ANSALONI (2009, pp. 11 y ss.).

⁵⁴ P. CROCQ (2008, pp. 63 y ss.).

registro local en que se haya inscrito una prenda sin desplazamiento mandará informe electrónico al archivo nacional, indicando el nombre del garante y la categoría a la que pertenecen los bienes gravados. Para conocer la existencia de eventuales prendas sin desplazamiento constituidas por una persona, así como los bienes pignorados y la localización de los mismos, los interesados pueden consultar los registros locales o bien, vía Internet, el fichero electrónico nacional.

La inscripción dota a la prenda sin desposesión de eficacia frente a terceros. Así pues, a partir de la fecha de la inscripción, la garantía es oponible frente a otros acreedores del constituyente, frente a la reivindicación de la cosa pignorada realizada por el verdadero dueño, en caso de que el constituyente resultare no serlo, y frente a terceros adquirentes de la cosa pignorada (art. 2337-3º Cc). La fecha de inscripción de la prenda permite asimismo establecer el orden de prelación de los créditos pignoratícios, según prevé el art. 2340-1º Cc. Este precepto regula igualmente el supuesto de prenda con desposesión sobre un bien previamente sometido a prenda sin desplazamiento. En este caso, el orden cronológico determina el rango de sendos créditos: si la prenda sin desplazamiento ha sido inscrita antes de que la prenda posesoria sea eficaz *erga omnes*, el derecho del primer acreedor pignoratício prevalece sobre el del acreedor posterior.

B) *Efectos durante la fase de seguridad.* Los principales efectos, específicos de la prenda sin desposesión, previos al vencimiento de la deuda garantizada, son:

a) El deber de conservación de la cosa pignorada, que recae sobre el constituyente y a su costa, pues aquélla permanece en su poder. El incumplimiento de esta obligación permite al acreedor optar entre el vencimiento anticipado de la deuda garantizada o solicitar un complemento de la prenda (art. 2344-2º Cc).

b) El acreedor pignoratício, que no posee la cosa pignorada, carece del derecho a percibir los frutos que la misma pueda producir.

c) El acreedor goza de un derecho de retención inmaterial o "ficticio", impuesto por la ley (art. 2286-4º Cc), a diferencia del derecho de retención material connatural a la prenda posesoria.

d) Una vez inscrita, la prenda es oponible frente a otros acreedores del garante, incluso los garantizados con otra prenda registral inscrita con posterioridad, y frente a terceros adquirentes de los bienes pignorados. Respecto de estos últimos, el art. 2337-3º Cc dispone que los causahabientes a título particular del constituyente no pueden invocar a su favor el art. 2276 Cc⁵⁵. Recordemos que el art. 2276 Cc, tras declarar que la posesión de cosas muebles equivale a título, excluye la reivindicación por el *verus dominus* de las cosas muebles que estén en posesión de un tercero, salvo en caso de pérdida o robo. Pues bien, en virtud del art. 2337-3º Cc, el acreedor pignoratício podrá reivindicar los bienes pignorados frente a terceros adquirentes, aun cuando éstos sean de buena fe y la cosa no hubiera sido ni perdida ni robada,

⁵⁵ A tenor del art. 2276 Cc: "En fait de meubles, la possession vaut titre. Néanmoins, celui qui a perdu ou auquel il a été volé une chose peut la revendiquer pendant trois ans à compter du jour de la perte ou du vol, contre celui dans les mains duquel il la trouve; sauf à celui-ci son recours contre celui duquel il la tient".

salvo que su derecho estuviera inscrito con anterioridad a la fecha de inscripción de la prenda⁵⁶. Esta facultad es fundamental para el acreedor en el marco de la prenda sin desposesión: si el constituyente, dueño y poseedor de la cosa pignorada, la transmite a un tercero sin consentimiento del acreedor prendario, podrá éste reivindicarla⁵⁷. La regla del art. 2337-3º Cc no parece aplicable, sin embargo, a terceros subadquirentes de buena fe, es decir, a quienes no hayan adquirido del constituyente, sino de la persona que recibió la cosa de aquél o la hayan adquirido *a non domino*, frente a los cuales el acreedor no podría oponer su derecho de prenda.

Pese a todo, la prenda sin desplazamiento presenta importantes deficiencias, si se compara con la prenda posesoria. De una parte, el sistema de publicidad registral de la prenda, por llevarse en registros de base personal y lo limitado de las inscripciones, carece de la eficacia necesaria para dar cuenta en todo momento de la verdadera situación jurídica de la cosa pignorada. Por otra, el carácter circulante y a menudo fungible de los bienes muebles pueden convertir en ilusoria la facultad reipersecutoria del acreedor y, por tanto, la ejecución de la garantía. Pero el inconveniente más grave consiste en la falta de un derecho de retención material sobre la cosa pignorada, puesto que: *i*) el derecho de retención ficticio (art. 2286-4º CC) carece de eficiencia fáctica como medida de presión al deudor⁵⁸; *ii*) en caso de procedimiento colectivo de *redressement* frente al deudor, el acreedor con derecho de retención ficticio no goza de la preferencia para el cobro por delante de los demás acreedores, del que sí goza el derecho de retención material (art. L622-7-I-2º Ccom); tal derecho sólo es reconocido a la retención ficticia en el procedimiento de liquidación judicial (art. L642-12-5º Ccom)⁵⁹.

4.3. Vencimiento de la deuda. Formas de realización del valor y pacto comisorio

Una vez que el crédito garantizado vence y es exigible, si el deudor paga la totalidad de la deuda, la prenda de bienes muebles corporales, con o sin desplazamiento posesorio, se extingue. Consiguientemente, la cosa pignorada ha de ser restituida al constituyente (prenda posesoria), o cancelada la correspondiente inscripción (prenda registral).

Por el contrario, en caso de incumplimiento del deudor, podrá el acreedor prendario, con o sin desplazamiento, solicitar la ejecución forzosa de la prenda para cobrar su crédito sobre el producto de la cosa pignorada. A tales efectos, el *Code civil* le permite optar entre la ejecución judicial o, de haberse estipulado, hacer efectivo el pacto comisorio. La ejecución de la prenda

⁵⁶ Por otra parte, el Código penal francés tipifica como delito la enajenación fraudulenta o la destrucción por el constituyente de la cosa pignorada cuando concurren los requisitos establecidos en el art. L314-5, según el cual: "Le fait, par un débiteur, un emprunteur ou un tiers donneur de gage, de détruire ou de détourner l'objet constitué en gage est puni de trois ans d'emprisonnement et de 375.000 euros d'amende. La tentative de l'infraction prévue au présent article est punie des mêmes peines".

⁵⁷ Al interesado en adquirir una cosa mueble le conviene consultar el registro para asegurarse de que no se encuentra aquella gravada con prenda registral y, por tanto, podrá invocar en su favor el art. 2276 Cc.

⁵⁸ AYNES Y CROCQ (2009, pp. 219-220 y 247); SEUBE (2010, p. 134).

⁵⁹ LE CORRE (2009, pp. 30 y ss.).

tiene un régimen particular si la cosa pignorada se hubiera destruido estando asegurada: el derecho de preferencia del acreedor recae sobre la indemnización pertinente, cuyo pago podrá exigir frente a la aseguradora (art. L121-23 *Code des assurances*).

Si se abre un procedimiento colectivo contra el garante, el régimen de ejecución de la prenda previsto en el *Code civil* queda excepcionado y quedará sometido a la disciplina que rige tales procedimientos, tal y como ordena el art. 2287 Cc. Se aplicarán, pues, las normas del *Code de commerce* reguladoras de los procedimientos de “sauvegarde”, “redressement judiciaire” y “liquidation judiciaire”, si la insolvencia deriva de las actividades empresariales o profesionales del deudor; o bien las del *Code de la consommation* relativas a las situaciones de sobreendeudamiento de los particulares, si la insolvencia es consecuencia de la actividad particular del deudor. Aunque la apertura de un procedimiento colectivo contra el garante incide en el funcionamiento de las garantías reales y, por tanto, de la prenda, reduciendo su eficacia como medio protector del crédito, tal incidencia será más o menos acusada dependiendo del tipo de procedimiento, la modalidad de prenda y la forma de ejecución de ésta, tal y como se señalará en cada supuesto.

4.3.1. Ejecución de la prenda en vía judicial

Si el acreedor pignoraticio acude a esta vía, podrá optar entre solicitar de la autoridad judicial la venta forzosa de la cosa pignorada o bien que ésta le sea atribuida en propiedad.

A) *La venta forzosa de la cosa dada en prenda.* Una de las alternativas del acreedor consiste en solicitar del tribunal la venta de la cosa, en cuyo caso, la enajenación debe llevarse a cabo necesariamente cumpliendo las formalidades previstas en las normas procesales civiles sobre ejecución forzosa, según dispone el art. 2346 Cc. Este precepto declara nulo el pacto en contrario. Se mantiene, pues, la prohibición de la “clause de voie parée”, esto es, el pacto previo que faculta el acreedor pignoraticio para, en caso de incumplimiento del deudor, vender la cosa sin observar las formalidades legales, eludiendo la subasta pública. Nada obsta, sin embargo, a que la venta extrajudicial sea convenida por las partes una vez llegado el momento de ejecutar la prenda por impago de la deuda principal.

Efectuada la venta de la cosa, el acreedor pignoraticio tiene derecho a cobrar sobre el precio obtenido con preferencia a otros acreedores del deudor en los términos previstos en el art. 2333-2º Cc. En sede de procedimientos colectivos, la preferencia del acreedor titular de una prenda sobre cosas muebles corporales, ejecutada mediante la venta forzosa de éstas, varía según se trate de una prenda posesoria o registral.

a) *Créditos garantizados con prenda posesoria.* En el seno de los procedimientos de “sauvegarde” y “redressement judiciaire”, son los únicos créditos anteriores al inicio del procedimiento (junto con aquellos otros que concedan a su titular un derecho de retención material) susceptibles de ser pagados (art. L622-7-I Ccom).

Se trata de una excepción a la regla general que prohíbe pagar deudas anteriores a la apertura del

procedimiento (art. L622-7-I-1º Ccom), cuyo fundamento se halla en la necesidad de recuperar la cosa por la empresa deudora en orden al desarrollo de sus actividades y el impedimento que para ello representa el derecho de retención material del acreedor. Así se deduce del art. L622-7-II-2º Ccom, conforme al cual, el juez-comisario puede autorizar al administrador a pagar el crédito correspondiente a fin de retirar la prenda y recuperar la cosa retenida si esta recuperación es necesaria para la continuidad de la actividad profesional o empresarial del deudor. En caso de cesión total o parcial de la empresa, el acreedor prendario con desplazamiento posesorio puede oponer su derecho al cesionario en el marco de un plan de mantenimiento de la actividad empresarial.

En el procedimiento de “liquidation judiciaire”, el liquidador autorizado por el juez-comisario podrá pagar la deuda y recuperar los bienes entregados en prenda (art. L641-3 Ccom) o bien vender la cosa; en este último caso, el derecho de prenda pasa *ex lege* a recaer sobre el precio obtenido (art. L.642-20-1-1º Ccom), sobre el cual podrá el acreedor exigir el pago prioritario de su crédito.

b) Créditos garantizados con prenda sin desplazamiento. Se aplica la regla general que prohíbe los pagos durante los procedimientos de “sauvegarde” y “redressement judiciaire”. La explicación es lógica: estando la cosa pignorada en manos del deudor, desaparece la necesidad de pagar el crédito para recuperarla. Queda así claro que la retención ficticia del titular de una prenda sin desplazamiento (art. 2286-4º Cc) es de eficacia inferior a la retención material del titular de una prenda posesoria. En el procedimiento de “liquidation judiciaire”, sin embargo, dado que no se persigue la continuidad de la empresa sino su liquidación, desaparece esta diferencia: el liquidador con autorización judicial podrá vender la cosa pignorada y el acreedor prendario goza de preferencia para cobrar con cargo al precio obtenido (art. L.642-20-1-1º Ccom).

B) *La atribución judicial de los bienes pignorados.* La segunda posibilidad abierta al acreedor pignoraticio por el art. 2347-1º Cc consiste en solicitar del tribunal que el bien pignorado le sea atribuido en propiedad. Esta atribución judicial de los bienes puede considerarse como una dación en pago. Si el valor del bien excediere del importe de la deuda garantizada, el acreedor deberá entregar la diferencia al deudor (art. 2347-2º Cc).

La ejecución mediante atribución judicial de la propiedad, además de ser una solución rápida y sin gastos, permite que el derecho del acreedor titular de una prenda posesoria o registral, fuera del ámbito de los procedimientos colectivos, prevalezca sobre todos los demás créditos privilegiados, pues no hay un precio de la cosa a distribuir. Los demás acreedores sólo podrán ejercitar sus derechos sobre la diferencia, si la hubiere, entre el valor del bien atribuido y el crédito garantizado (art. 2347-2º Cc). En caso de procedimiento colectivo abierto contra el deudor, esta modalidad de realización del valor únicamente es posible en el de “liquidation judiciaire” (art. L.642-20-1-2º Ccom); en los de “sauvegarde” y “redressement judiciaire”, sin embargo, al acreedor pignoraticio, sin distinciones, le está vetado hacerse atribuir la cosa empeñada, ya que no conlleva la restitución al deudor de la cosa pignorada⁶⁰.

⁶⁰ SIMLER Y DELEBECQUE (2009, pp. 549 y ss.).

4.3.2. Ejecución extrajudicial de la prenda: pacto comisorio

La prohibición del pacto permitiendo al acreedor prendario la adquisición automática del bien pignorado en caso de incumplimiento del deudor, es decir, el pacto comisorio, se aplicó por la jurisprudencia francesa desde el siglo XVI y fue incorporada al Código civil en 1804, donde se ha mantenido hasta su supresión por la *Ordonnance* de 23.03.06. La nulidad del pacto comisorio se ha justificado tradicionalmente como medida de protección del deudor frente a posibles abusos del acreedor⁶¹, de ahí que la jurisprudencia fuera atenuando el alcance de la prohibición de pacto comisorio, declarándolo válido bien cuando se estipulase después de celebrado el contrato de prenda, pues se suponía que el deudor no necesitaba ya protección, o bien cuando no hubiese riesgo de sub-valoración de la cosa pignorada⁶².

Diversas razones, en especial el relanzamiento del crédito, han conducido a la consagración legal del pacto comisorio en el vigente *Code civil*⁶³. La validez de este tipo de acuerdos, que constituye una de las innovaciones más relevantes de la reforma del derecho de garantías, se recoge en el vigente art. 2348-1º Cc, conforme al cual, las partes pueden estipular, al constituir la prenda o posteriormente, que, a falta de cumplimiento del deudor, el acreedor adquirirá la propiedad de la cosa empeñada, salvo que se trate de garantizar un crédito al consumo⁶⁴. Por consiguiente, los contratantes pueden pactar este mecanismo de realización del valor en cualquiera de las modalidades de prenda previstas en el *Code civil*: de muebles o inmuebles (anticresis), de bienes corporales o incorporeales, con o sin desplazamiento de la posesión. Excluida del *Code civil* la prohibición del pacto comisorio, salvo en los contratos con consumidores, resulta poco comprensible el mantenimiento de dicha prohibición por el art. L527-2 Ccom respecto de la prenda de “stocks”.

A diferencia de la atribución judicial de la cosa pignorada, el pacto comisorio transfiere automáticamente al acreedor la propiedad de aquella, sin que sea necesaria la aprobación judicial. Por ello, y como medida de protección del constituyente frente al acreedor, el art. 2348-2º Cc ordena que el valor de los bienes objeto de la prenda habrá de fijarse en el momento de la adquisición por un experto designado de mutuo acuerdo o judicialmente, salvo que se trate de bienes con cotización oficial en un mercado financiero; el acuerdo en contrario es nulo y se tendrá por no puesto. Además, cuando el valor así determinado exceda del montante de la deuda garantizada, la diferencia deberá ser entregada al deudor o, si existieren otros acreedores prendarios, ser consignada (art. 2348-3º Cc); si el valor del bien es inferior al importe de la deuda,

⁶¹ Todavía hoy algunos autores (BIHR, 2008, p. 298) califican de expolio al pacto comisorio.

⁶² PICOD (2011, p. 295).

⁶³ MACORIG-VENIER (2007, p. 79).

⁶⁴ En consecuencia, el art. L311-32 del *Code de la consommation* dispone que, en caso de insolvencia del prestatario, se aplicaran las normas relativas a la prenda excepto la que permite el pacto comisorio.

el acreedor deviene propietario de la cosa y conserva un crédito por la diferencia, pero la prenda se extingue.

El pacto comisorio es claramente ventajoso para el acreedor prendario: no sólo evita dilaciones y gastos, sino también la concurrencia con cualesquiera otros acreedores del deudor. Al igual que la atribución judicial, la atribución de la propiedad derivada del pacto comisorio hace que los demás acreedores, fuera de los procedimientos colectivos abiertos contra el garante, sólo puedan ejercitar sus derechos sobre la diferencia, si la hubiere, entre el valor del bien atribuido y el crédito garantizado (art. 2348-3º Cc). Ahora bien, la atribución automática de la propiedad al acreedor plantea problemas cuando existan, sobre una misma cosa, dos o más acreedores titulares de sendos derechos de prenda sin desplazamiento. ¿*Quid* si el último en inscribir su prenda se atribuye la propiedad de la cosa en virtud de un pacto comisorio? ¿Y si todos ellos han estipulado dicho pacto? El Código civil francés no resuelve estas cuestiones. Se limita a ordenar que, existiendo otros acreedores pignoratícios, si el valor de la cosa excede el importe de la deuda, la *diferencia* deberá ser consignada (art. 2348-3º Cc), sin aludir a los derechos de esos otros acreedores sobre la cosa pignorada en sí misma. La solución propuesta por ANCEL (2008, p. 148) consiste en permitir la estipulación del pacto comisorio sólo a favor del acreedor prendario sin desplazamiento de primer rango, es decir, el primero en inscribir su derecho.

Finalmente, es preciso tener en cuenta que el pacto comisorio carece de eficacia en el seno de cualquier procedimiento colectivo (*sauvegarde, redressement o liquidation judiciaire*), es decir, cuando más lo necesita el acreedor⁶⁵, pues, según el art. L622-7-I-3º Ccom, la sentencia que declare abierto el procedimiento impide tanto la conclusión como la ejecución de un pacto comisorio.

4.4. La prenda en el Code de commerce: prenda mercantil

A partir de mediados del siglo XIX, el legislador francés dotó a los comerciantes de un derecho de prenda más apta para satisfacer sus necesidades que la prenda civil. Se creó así una doble modalidad de esta garantía: prenda mercantil, regulada en el Código de Comercio⁶⁶; y prenda civil, regida por el Código civil. Dado su carácter accesorio, la calificación de la prenda como civil o mercantil depende de la deuda garantizada, sin atender a la condición de las partes, ni de los bienes pignorados. Prenda mercantil es aquella que garantiza una deuda mercantil (art. L521-1 Ccom). Esta dualidad se ha mantenido tras la reforma de 2006, tal y como se desprende del vigente art. 2354 Cc, si bien la *Ordonnance* de 23.03.06 también modificó el *Code de commerce* en esta materia (arts. L521-1 y L-521-2) y ha operado un cierto acercamiento entre sendos regímenes.

Al igual que en sede de prenda civil, la nueva normativa permite a las partes optar entre la prenda mercantil con o sin desplazamiento de la posesión. Sin embargo, la constitución de esta

⁶⁵ PICOD (2011, p. 296); ANCEL (2008, p. 147).

⁶⁶ Mediante Ley de 23.05.1863

última es menos formalista: el documento escrito no es requisito necesario para la validez de la prenda mercantil, que es eficaz, *inter partes* y frente a terceros, cualquiera que sea la forma en que se haya celebrado, salvo que la ley exija otra cosa (arts. L521-1 y L110-3 Ccom). La dispensa de forma escrita supone en la práctica, que no es necesario determinar la concreta deuda garantizada con la prenda mercantil y, por tanto, la exclusión del principio de especialidad⁶⁷.

Las normas sobre realización del valor de la cosa pignorada en la prenda mercantil presentan, igualmente, diferencias respecto de la civil.

Ante el impago del crédito garantizado, el acreedor puede solicitar la venta pública de las cosas pignoradas en el plazo de ocho días, tras una simple notificación al deudor; esta facultad del acreedor no admite pacto en contrario (art. L521-3 Ccom). La venta será realizada por los corredores de comercio jurados, salvo aquéllas de las que están encargados los prestatarios de servicios de inversión. En todo caso, a petición de las partes, el tribunal mercantil puede designar un funcionario judicial o un notario para realizar la venta, siendo de aplicación las normas sobre ventas públicas de los arts. L322-9 a L322-13 Ccom.

Ahora bien, tras la reforma de 2006, el Código de comercio también permite la realización del valor bien mediante la atribución judicial de la propiedad de la cosa pignorada al acreedor y a instancias de éste; o bien, si el contrato constitutivo de la prenda incluye un pacto comisorio, mediante la apropiación de la cosa por el acreedor. En sendos casos, se aplicará lo dispuesto respectivamente en los arts. 2347 (atribución judicial) y 2348 (pacto comisorio) del Código civil, por remisión a ellos del art. L521-3-4º del Código de comercio.

Junto a la prenda mercantil ordinaria, el *Code de commerce* regula formas especiales de prenda, cuales son:

A) *La prenda sin desplazamiento de utillaje y bienes de equipo* (arts. L525-1 a 525-20), destinada a garantizar operaciones de crédito para la adquisición de dichos bienes.

B) *La prenda sin desplazamiento de stocks* (arts. L527-1 a L527-11), incorporada al Código de comercio por la *Ordonnance* de 23 de marzo de 2006. Puede recaer, siempre que no estén sometidos a una cláusula de reserva de dominio, sobre los stocks de materias primas, productos y mercancías pertenecientes al deudor, tanto presentes como futuros. Curiosamente, se mantiene la prohibición del pacto comisorio para este tipo de prenda (L527-2 Ccom). La doctrina francesa coincide en señalar la escasa utilidad de esta figura⁶⁸, ya que el régimen establecido en los arts. L527-1 y ss. Ccom es menos ventajoso para el acreedor que el régimen general de la prenda mercantil o el establecido en el *Code civil* relativo a la prenda sin desposesión. Sin embargo, esta figura especial de prenda mercantil tiene una ventaja: la fungibilidad de los bienes es más extensa que en la prenda de Derecho común, ya que permite al constituyente disponer o utilizar de los productos en stock y sustituirlos por otros, que no necesariamente han de ser de la misma especie

⁶⁷ PICOD (2011, p. 302).

⁶⁸ CANBRILLAC (2007, pp. 45 y ss.).

(por ejemplo, reemplazar trigo por maíz), siempre y cuando el valor global de los stocks permanezca inalterado (art. L527-7 Ccom)⁶⁹; y el privilegio del acreedor se traslada de pleno derecho de los stocks vendidos a los que les reemplazan.

C) Los “warrants” (arts. L-522-1 a L522-40). Son títulos a la orden suscritos por un comerciante cuyo pago está garantizado por la prenda sobre determinadas mercancías o bienes de equipo del deudor. Junto al modelo tradicional, el “warrant” de mercancías, el vigente Código de comercio francés contempla otras dos modalidades: el “warrant” hotelero y el petrolero.

El “warrant” de mercancías es una forma de prenda de bienes muebles corporales con desplazamiento de la posesión, pues los bienes pignorados se depositan en un “almacén general de depósitos”, autorizados y controlados por la autoridad administrativa competente, pero, a diferencia de la prenda posesoria común, el “warrant” permite constituir diversas prendas sobre las mismas mercancías, concediendo derecho de retención a los diferentes acreedores. Los “warrants” hotelero y petrolero, sin embargo, son modalidades de prenda sin desplazamiento posesorio.

5. La prenda de bienes muebles incorpóras: “nantissement”

El *Code civil*, hasta la reforma de 2006, utilizaba el término “nantissement” para designar a las garantías reales con desplazamiento de la posesión, ya recayeran sobre bienes muebles, en cuyo caso se denominaba “gage”, o inmuebles, llamada anticresis⁷⁰. En el vigente Código civil, a partir de la *Ordonnance* de 23 de marzo de 2006, “nantissement” es el nombre de la prenda de bienes muebles incorpóras.

En su redacción originaria, el Código civil no contemplaba la prenda de intangibles, pero la Ley de 12 de julio de 1980 introdujo la prenda de créditos mobiliarios, cuya regulación específica se ceñía a las reglas contenidas en los arts. 2075 y 2081 Cc⁷¹. Conforme al primero de estos preceptos, la validez de la prenda exigía que el contrato se recogiera en documento público o privado, la inscripción de éste en un registro público y la notificación de la prenda al deudor del crédito pignorado o que la prenda fuera aceptada por éste en escritura pública.

La disciplina de la prenda de créditos pronto resultó ser claramente insuficiente e inadecuada a la realidad económica, y el legislador francés optó, en un primer momento, por regular en leyes especiales distintos tipos de prendas sobre determinadas categorías de bienes incorpóras. La reforma de 2006 ha incorporado al *Code civil* la figura de la prenda de bienes incorpóras, pero no ha derogado las mencionadas leyes especiales.

⁶⁹ ANCEL (2008, p. 153).

⁷⁰ A partir de principios del siglo XX, los prácticos jurídicos comenzaron a usar la palabra “nantissement” para referirse a la prenda sin desplazamiento de fondos de comercio.

⁷¹ Respecto a los eventuales intereses producidos por el crédito pignorado, este artículo disponía que el acreedor podía compensarlos con los que se le deban o, a falta de éstos, con el capital.

El nuevo Libro IV del Código civil francés contempla la prenda sobre bienes muebles incorpóraleos (*nantissement*) como una modalidad de garantía mobiliaria distinta de la prenda sobre bienes muebles corporales (*gage*)⁷². El art. 2355 Cc define el “nantissement” como “la afección, en garantía de una obligación, de un bien mueble incorpóraleo o de un conjunto de bienes muebles incorpóraleos, presentes o futuros”. Dispone, asimismo este precepto, que el “nantissement” puede ser convencional o judicial. Este último se rige por las disposiciones aplicables a los procedimientos civiles de ejecución⁷³. En cuanto a la prenda convencional de bienes incorpóraleos, el *Code civil* distingue según recaiga sobre créditos, que se regula en sus arts. 2356 a 2366, o sobre otros bienes incorpóraleos, regulada bien por sus respectivas leyes especiales y, en defecto de éstas, por las normas del Código civil relativas a la prenda de bienes muebles corporales (*gage*).

5.1. La prenda de créditos

Los arts. 2356 a 2366 del vigente *Code civil* regulan una prenda de créditos⁷⁴, de carácter muy distinto a la anterior⁷⁵. La prenda de créditos es apta para garantizar todo tipo de créditos, presentes o futuros, particulares o profesionales. En cuanto a su constitución, la transformación operada es total: la nueva normativa simplifica el régimen jurídico de esta figura y la aleja tanto de la prenda de bienes muebles corporales como de la cesión ordinaria de créditos⁷⁶. En lo que se refiere a sus efectos, sin embargo, las novedades son más limitadas, pues el legislador se ha inspirado en las anteriores soluciones jurisprudenciales. Finalmente, y dado que la nueva disciplina de la prenda de créditos no regula ciertos aspectos relevantes, en especial los relativos a las excepciones oponibles por el deudor del crédito pignorado frente al acreedor pignoraticio o la responsabilidad del constituyente por la existencia del crédito y la solvencia del deudor del crédito pignorado, habrá de acudir a las normas del *Code civil* que regulan tales cuestiones en sede de cesión de créditos.

5.1.1. Sujetos y objeto de la prenda de créditos

En la actualidad, el sujeto de la prenda de créditos de derecho común, ya sea como constituyente o como acreedor prendario, puede ser cualquier persona, física o jurídica, que realice o no actividades empresariales.

⁷² LISANTI (2006, pp. 2671 y ss.), pone en duda la utilidad de esta bipartición y aboga por el mantenimiento de una única figura de prenda bajo dos modalidades: con o sin desposesión.

⁷³ Que incluyen el “nantissement” judicial entre las medidas provisionales.

⁷⁴ Inspirada en la prenda sobre créditos profesionales o “cession Dailly”.

⁷⁵ AYNÈS (2007, pp. 66 y ss.) sitúa la prenda de créditos entre la prenda de bienes corporales y la fiducia.

⁷⁶ CROCQ (2006b, pp. 13 y ss.); LEGEAIS (2007b, pp. 54 y ss.); STOUFFLET (2006, pp. 19 y ss.); DUPICHOT (2008, pp. 27 y ss.).

La prenda puede recaer sobre todo tipo de créditos, puros o condicionales; presentes o futuros (art. 2355-1º Cc); un crédito aislado o un conjunto de créditos, siempre y cuando cada uno de ellos esté perfectamente identificado (art. 2355-1º Cc); un crédito en su totalidad o parte de un crédito, salvo que éste sea indivisible (art. 2358-2º Cc). Además, la prenda de un crédito se extiende a sus accesorios, salvo pacto en contrario (art. 2359 Cc).

Cuando el crédito pignorado sea un crédito futuro, la ley exige que sea determinable sin necesidad de un nuevo acuerdo de las partes. En consecuencia, el contrato de prenda debe contener los datos necesarios para su individualización, tales como el nombre del deudor; el lugar de cumplimiento; el importe de los créditos o su valoración; si fuere posible, su fecha de vencimiento (art. 2356-3º Cc); y el acreedor prendario adquirirá un derecho sobre el crédito futuro desde el momento mismo de su nacimiento (art. 2357 Cc). Cabe, asimismo, pignorar el saldo de una cuenta, en cuyo caso el importe del crédito pignorado quedará determinado en el momento de ejecutar la garantía⁷⁷: “el crédito pignorado se extiende al saldo acreedor, provisional o definitivo, existente el día de la realización de la garantía, bajo reserva de la regularización de las operaciones en curso, conforme a lo previsto en las normas relativas a los procedimientos civiles de ejecución” (art. 2360-1º Cc)⁷⁸; bajo esta misma reserva, en caso de quedar el constituyente incurso en un procedimiento colectivo, los derechos del acreedor pignoraticio recaen sobre el saldo que arroje la cuenta en la fecha del auto judicial que ordene la apertura del citado procedimiento (art. 2360 Cc).

5.1.2. Constitución de la prenda de créditos y eficacia frente a terceros

La reforma de 2006 facilita considerablemente la constitución de la prenda de créditos mediante la supresión de la mayor parte de los requisitos formales de validez exigidos en el derogado art. 2075 Cc. Conforme al vigente *Code civil*, la prenda de créditos es válida si se recoge en documento escrito, en el que deben constar tanto el crédito garantizado como el pignorado (art. 2356 Cc). La forma escrita, en documento público o privado, es el único requisito formal necesario no sólo para la eficacia *inter partes* de la prenda, sino también frente a terceros, a quienes la garantía será oponible desde la fecha del documento constitutivo (art. 2361 CC), sin siquiera exigir que sea una fecha cierta. Se trata de una de las grandes innovaciones de la reforma de 2006, que excepciona la regla general (art. 1328 Cc), según la cual, la fecha de los documentos privados sólo es oponible a terceros desde el día en que se incorporan a un registro público, del fallecimiento de uno de los que lo suscribieron o se elevan a escritura pública. La consecuencia de esta regla supone que otros acreedores del garante o adquirentes del crédito pignorado podrán verse perjudicados por la prenda, pese a no tener posibilidad de conocerla.

⁷⁷ SYNVEF (2007, pp. 62 y ss.).

⁷⁸ Según dichas normas, es decir, según el art. 47 de la Ley de 9 de julio de 1991, de reforma de los procedimientos civiles de ejecución, durante quince días laborales desde que la cuenta queda bloqueada, se procederá a actualizar el activo y el pasivo de la misma con las operaciones pendientes hasta el momento del embargo.

Ahora bien, para que la prenda sea oponible al deudor del crédito pignorado, es necesario, además, que dicho deudor la haya consentido o le haya sido notificada de cualquier modo. A falta de una u otra condición, el deudor podrá liberarse mediante el pago hecho al constituyente de la prenda (art. 2362 Cc); cumplida cualquiera de ellas, sólo el acreedor pignoraticio está legitimado para recibir válidamente, a su vencimiento, el pago del crédito pignorado y sus intereses (art. 2363 Cc)⁷⁹.

5.1.3. Efectos de la prenda de créditos. La realización del valor

Una vez notificada la prenda al deudor del crédito pignorado, las posibilidades de actuación del acreedor pignoraticio dependen de los respectivos vencimientos de sendos créditos: el dado en prenda y el garantizado.

Si el crédito pignorado vence antes que el crédito garantizado, el deudor del primero debe pagar al acreedor prendario y éste ha de conservar la suma recibida a título de garantía, depositándola en una cuenta abierta en un establecimiento habilitado a tales fines, hasta el vencimiento del crédito garantizado. El objeto de la prenda deja de ser un crédito y recae sobre el dinero recibido, por lo que pasa a ser una prenda sobre bienes fungibles (art. 2341 Cc). Una vez vencido el crédito garantizado, si el deudor pignoraticio cumple su obligación, el acreedor deberá restituirle la suma depositada en la citada cuenta. En caso de incumplimiento del deudor pignoraticio, y ocho días después de su constitución en mora, el acreedor puede destinar aquella suma al reembolso de su crédito mediante la compensación hasta el límite de la cantidad impagada (art. 2364 Cc)⁸⁰.

Si el crédito garantizado vence antes que el crédito pignorado y el deudor pignoraticio cumple la obligación garantizada, la prenda se extingue. Ahora bien, si el deudor no cumple, el art. 2365 Cc permite al acreedor pignoraticio optar entre:

a) La atribución del crédito pignorado, y los derechos accesorios a éste, en pago de la deuda. Esta atribución puede revestir dos formas:

1ª. Atribución judicial, cuando así lo solicite el acreedor prendario. Ahora bien, en la hipótesis de apertura de un procedimiento colectivo contra el constituyente, al igual que en la prenda sobre bienes muebles corporales (*gage*), la atribución del crédito pignorado sólo puede solicitarse en el procedimiento de liquidación judicial, no en los procedimientos de “sauvegarde” y “redressement judiciaire”.

2ª. Atribución “en los términos previstos en el contrato” (art. 2365 Cc), es decir, cuando las partes hayan estipulado un pacto comisorio. En caso de procedimiento colectivo de cualquier tipo (*sauvegarde*, *redressement judiciaire* o *liquidation*) abierto contra el constituyente, al igual que en la prenda sobre bienes muebles corporales, el pacto comisorio deviene ineficaz.

b) Esperar a que el crédito pignorado venza, para recibir el pago directamente del deudor y compensar su importe con el crédito garantizado.

⁷⁹ VOIRIN y GOUBEAUX (2011, p. 758).

⁸⁰ MIGNOT (2008, p. 352).

Este sistema de realización de la prenda de créditos deja en el aire ciertas cuestiones. ¿Es posible el pago directo al acreedor prendario tras la apertura de un procedimiento colectivo contra el garante? Recordemos que la regla general (art. L622-7-I-1º Ccom) prohíbe pagar deudas anteriores a la apertura del procedimiento, salvo que el juez lo autorice para recuperar la cosa retenida si ésta es necesaria para la continuidad de la actividad empresarial del deudor. ¿Puede excluirse la facultad del acreedor pignoraticio de cobrar por sí mismo el crédito pignorado asimilando dicha facultad al derecho de retención ficticio reconocido, para la prenda de instrumentos financieros, por el L431-4-IV del *Code monétaire et financier*?

En todo caso, cuando el acreedor pignoraticio cobre el crédito pignorado y la suma recibida exceda del importe de la deuda garantizada, deberá entregar la diferencia al constituyente de la prenda (art. 2366 Cc).

5.1.4. Excepciones oponibles y responsabilidad del pignorante

La disciplina del *Code civil* sobre la prenda de créditos no contempla dos cuestiones de especial relevancia: las excepciones oponibles por el deudor del crédito pignorado, en caso de que el acreedor pignoraticio le reclame el pago de la deuda, y la responsabilidad del pignorante por la inexistencia del crédito pignorado o la insolvencia del deudor de dicho crédito. Para colmar estas lagunas, es preciso acudir a la aplicación analógica de los arts. 1689 a 1701 del *Code civil*, relativos a la cesión de créditos⁸¹.

A) *Excepciones oponibles por el deudor del crédito pignorado*. Puesto que el acreedor prendario no está facultado para recibir más derechos de los que tuviere el pignorante y que la prenda no puede agravar la situación del deudor del crédito pignorado, podrá éste oponer al acreedor pignoraticio las mismas excepciones que tuviera el constituyente de la prenda inherentes a la deuda o que tengan su causa en el contrato del cual nació el crédito pignorado (nulidad del negocio, su extinción por pago, resolución previa a la cesión, falta de vencimiento de la deuda, excepción de cosa juzgada...). Sin embargo, el deudor del crédito pignorado no podrá oponer frente al acreedor prendario las excepciones inherentes a la persona del pignorante (condonación parcial o total de la deuda, compensación, etc.) posteriores a la pignoración del crédito, salvo que hubiera consentido la pignoración sin dejar a salvo su derecho a oponer la excepción (art. 1295-1º Cc)⁸². En todo caso, una vez constituida la prenda, el deudor podrá hacer valer, si las hubiere, las

⁸¹ Los arts. 1251 a 1257 del Anteproyecto de Reforma del Código civil francés prevén la modificación de la cesión de créditos.

⁸² El Anteproyecto de Reforma del código civil regula las excepciones oponibles por el deudor cedido frente al cesionario del crédito en el art. 1257. Conforme a este precepto, al aceptar la cesión por medio de un acto escrito, el deudor cedido puede renunciar expresamente a oponer al cesionario todas las excepciones que habría podido oponer al cedente o parte de ellas. A falta de dicha aceptación, el deudor puede oponer al cesionario todas las excepciones inherentes a la deuda, incluidas la intransmisibilidad de la obligación y las cláusulas para dirimir posibles conflictos. Puede, asimismo, oponer contra el cesionario la compensación de deudas conexas existentes en sus relaciones con el cedente y la extinción del crédito por cualquiera causa anterior a la fecha a partir de la cual la cesión le sea oponible.

excepciones personales inherentes al acreedor pignoraticio.

B) *Las garantías de existencia del crédito y de solvencia del deudor.* Tampoco regula el Código civil, en sede de prenda de créditos, la responsabilidad del pignorante por inexistencia del crédito pignorado o insolvencia del deudor de dicho crédito, por lo que se hace preciso, asimismo, aplicar por analogía las disposiciones del *Code civil* sobre cesión de créditos. Cuando la cesión del crédito se realice a título oneroso, el cedente debe garantizar la existencia del crédito en el momento de la cesión (art. 1693 Cc). Por aplicación de esta norma, responderá el constituyente de la prenda frente al acreedor pignoraticio si, en el momento de constituirse la prenda, el crédito pignorado no existiera o no fuera válido; esta responsabilidad se extiende a las garantías u otros derechos accesorios a dicho crédito.

En cuanto a la solvencia del deudor del crédito pignorado, el constituyente sólo responde cuando se haya obligado a ello, en cuyo caso, sólo responde de la solvencia actual, salvo que se haya comprometido expresamente a garantizar también la solvencia futura del deudor (art. 1695 Cc). En todo caso, esta responsabilidad no podrá exceder del precio obtenido por la cesión, tal y como dispone la norma imperativa contenida en el art. 1694 Cc. Aplicada esta regla a la prenda de créditos, habrá de entenderse como una limitación de la responsabilidad asumida por el constituyente: en caso de insolvencia del deudor, sólo responderá por una suma máxima igual al importe del crédito garantizado⁸³.

5.2. La prenda de otros bienes incorporeales

Como se ha dicho, los arts. 2355 a 2366 Cc únicamente regulan la prenda de créditos. En cuanto a la prenda convencional de bienes incorporeales distintos de los créditos, se limita a reenviar a las respectivas leyes especiales y, a falta de éstas, a las normas relativas a la prenda de bienes muebles corporales (art. 2355 Cc). Esta remisión final debe entenderse referida a las reglas sobre prenda sin desplazamiento de la posesión, dado el carácter inmaterial de los bienes objeto de la garantía.

En el seno del Código civil, los arts. 1866 a 1868 regulan la prenda de participaciones en una sociedad civil (*nantissement de parts sociales*)⁸⁴. Cualquiera de los socios puede pignorar su participación social siempre que cuente con el consentimiento de los demás socios o que los estatutos dispongan otra cosa (art. 1861, al que remite el 1868 Cc). La constitución de este tipo de prenda sólo es válida si se recoge en documento escrito, es notificada a la sociedad y el documento se inscribe en el tribunal mercantil competente. La inscripción dota a la prenda de eficacia frente a todos y determina el rango de los acreedores pignoraticios (art. 1866 Cc). El régimen de ejecución de este tipo de prenda presenta diversas particularidades, derivadas del carácter *intuitus personae* propio de las sociedades civiles, establecidas en los arts. 1867 y 1868 Cc.

Fuera del Código civil, las leyes especiales concernientes a la prenda de bienes muebles incorporeales son

⁸³ Estas normas se mantienen sin variación sustancial en el Proyecto de Reforma del Code civil (art. 1256).

⁸⁴ JACOB (2007, pp. 68 y ss.).

numerosas⁸⁵. Destaca entre ellas la prenda de créditos profesionales (pignoración o cesión “Dailly”), regida por los arts. L313-22 y siguientes del *Code monétaire et financier* (*vid. infra*). Otras modalidades de prenda de cosas muebles incorporales son: la prenda de fondos de comercio, regulada en el Código de comercio (arts. L.142-1 y ss.); de participaciones en sociedades mercantiles (arts. L521-1 *Code de commerce*); de cuenta de instrumentos financieros (arts. L431-4 y ss. *Code monétaire et financier*); de fondos agrarios (*Code rural*, art. L.311-3); de películas cinematográficas (*Code de cinéma et image animée*, art. L.124-1 y ss.); de patentes (*Code de la propriété intellectuelle*, art. L613-9) o de programas informáticos (*Code de la propriété intellectuelle*, art. L. 132-34); la prenda de créditos derivados de contratos con la Administración pública (*Code des marchés publics*, arts. 106 a 110).

6. La reserva de dominio

Los instrumentos que más seguridad otorgan al acreedor son aquellos que le permiten conservar la propiedad de la cosa hasta que el deudor haya cumplido íntegramente su prestación, como el pacto de reserva de dominio. La cláusula de reserva de dominio, frecuente en los contratos de venta de bienes con precio aplazado, fue tradicionalmente considerada por la jurisprudencia francesa como eficaz únicamente entre los contratantes, pero no oponible por el vendedor frente a otros acreedores del comprador en caso de insolvencia de éste⁸⁶. Sin embargo, la ley de 12 de mayo de 1980, que modificó las entonces vigentes normas reguladoras los procedimientos colectivos, reconoció la oponibilidad de la cláusula de reserva de dominio en caso de procedimiento abierto frente al comprador. Esta regla fue recogida posteriormente por el *Code de commerce*, tras su reforma por la *Ordonnance* de 18 de septiembre de 2000, que integró en dicho texto legal la regulación de los procedimientos colectivos relativos a las empresas.

A partir de la *Ordonnance* de 23 de marzo de 2006, la reserva de dominio también se ha incorporado al Código civil francés dentro del elenco de garantías reales, tanto en materia mobiliaria (art. 2367 Cc) como inmobiliaria (art. 2373 Cc)⁸⁷. Aparece definida en el art. 2367 Cc, conforme al cual, la propiedad de un bien puede ser “retenida *en garantía* por efecto de una cláusula de reserva de dominio que *suspende* el efecto traslativo de un contrato hasta el completo pago de la obligación que constituye la contraprestación”. Seguidamente, el precepto confirma la naturaleza de la reserva como medio de garantía, al añadir: “la propiedad así reservada es accesoria del crédito cuyo pago garantiza”.

El legislador parece haber puesto así fin a la doble controversia doctrinal sobre la naturaleza jurídica de la reserva de dominio. En efecto, por un lado, la ley afirma su carácter de condición suspensiva (“suspende el efecto traslativo...”); por otro, le atribuye la naturaleza de una verdadera garantía real susceptible de gravar los bienes muebles e inmuebles, acogiendo así una línea seguida reiteradamente por la jurisprudencia francesa, pese a las diversas opiniones

⁸⁵ SIMLER y DELEBECQUE (2009, pp. 561 y ss.).

⁸⁶ PICOD (2001, p. 461).

⁸⁷ DUPICHOT (2006, pp. 17 y ss.); CROCQ (2006b, pp. 23 y ss.).

doctrinales en contra⁸⁸.

La cláusula de reserva de dominio excepciona la regla general del ordenamiento galo, conforme a la cual, la propiedad de la cosa comprada se produce “solo consenso”, una vez concurra el consentimiento de las partes (art. 1583 Cc). El contrato transmisivo es válido y eficaz, si bien uno de sus efectos, la transmisión de la propiedad del bien, queda diferido hasta su pago total, es decir, sometido a condición suspensiva. Mientras tanto, el deudor sólo será poseedor de la cosa, por lo que ésta queda fuera del poder de agresión de sus demás acreedores; el acreedor-transmitente sigue siendo propietario, por lo que podrá, si el deudor transmitiere la cosa a un tercero sin su consentimiento, ejercitar las correspondientes acciones declarativa de dominio y reivindicatoria.

La efectividad de la reserva de dominio, como medida de garantía del acreedor, es indudable: le permite recuperar cosa objeto del contrato, si el deudor no paga la totalidad del precio, sin tener que concurrir con otros posibles acreedores de este último. La facultad del acreedor de impedir que la cosa sea embargada y destinada a satisfacer otras deudas del deudor explica la extensa utilización del pacto de reserva de dominio, pues no sufre el grave debilitamiento que las genuinas garantías reales sufren en el seno de los procedimientos colectivos. En contrapartida, el pacto de reserva de dominio presenta el grave inconveniente de impedir que el deudor pueda utilizar el bien en cuestión para obtener ulteriores créditos.

La disciplina legal sobre reserva de dominio está, en lo fundamental, formada por la regulación general contenida en el *Code civil*, el cual distingue según recaiga sobre inmuebles, en cuyo caso se rige por las normas generales reguladoras de los contratos, en especial de la compraventa; o sobre bienes muebles, la cual está dotada de una disciplina específica en los arts. 2367 a 2372 Cc.

6.1. Requisitos de la reserva de dominio

La reserva de dominio no puede establecerse unilateralmente por el acreedor, sino que exige el acuerdo de las partes de suspender el efecto traslativo del contrato hasta el completo pago de la contraprestación por el adquirente (art. 2367-1º Cc). No se condiciona, pues, el contrato (es decir, sus efectos obligacionales), sino sólo la transmisión de la propiedad. Por otra parte, y dado su carácter de garantía, la reserva de dominio es accesoria del crédito cuyo pago asegura: nace y muere junto con él (art. 2367-2º Cc).

El pacto de reserva de dominio puede incorporarse a cualquier tipo de contrato apto para transmitir la propiedad, ya que las normas del Código civil sobre esta figura no la refieren a ningún contrato en particular. Los bienes susceptibles de verse afectados por la reserva de dominio son tanto los muebles como los inmuebles, pues el Código civil la incluye tanto en la enumeración de garantías reales mobiliarias como inmobiliarias (art. 2373 Cc). Sin embargo, sólo la reserva que recae sobre bienes muebles cuenta con regulación propia en el *Code civil* y es la única contemplada en los preceptos del Código de comercio sobre procedimientos colectivos

⁸⁸ ALBIGES y DUMONT-LEFRAND (2009, p. 387).

(arts. L624-16 y ss.)⁸⁹. Las cosas sometidas a reserva de dominio deben estar determinadas y distinguirse de las que pertenecen al deudor. Tratándose de muebles, el *Code civil* permite que recaiga sobre bienes fungibles, en cuyo caso la reserva recae sobre bienes de la misma naturaleza en la cantidad que, en cada momento, corresponda a la parte impagada del crédito (art. 2369 Cc). Para su validez, el Código civil exige que la cláusula de reserva revista la forma escrita (art. 2368 Cc). Por su parte, el Código de comercio precisa que, para poderla oponer en el seno de un procedimiento colectivo, la cláusula debe haber sido convenida entre las partes por escrito «como muy tarde en el momento de la entrega» (art. L624-16-2º)⁹⁰; de no ser así, el acreedor quedará impedido de reivindicar los bienes sobre los que la reserva recaiga.

Ni el Código civil, ni el Código de comercio, exigen ningún tipo de publicidad para la oponibilidad del pacto de reserva de dominio frente a terceros. La solución legal causa extrañeza si se tiene en cuenta que, en su función aseguradora, la reserva de dominio es una garantía más fuerte y más peligrosa para otros acreedores del deudor que la prenda⁹¹.

6.2. Efectos de la reserva de dominio

Una vez vencida la deuda garantizada, si el deudor paga, la reserva de dominio se extingue y deviene éste propietario de la cosa reservada. Por el contrario, la falta de pago de la deuda confiere al acreedor la facultad de reivindicar el bien (art. 2371 Cc) y obtener su restitución. Los problemas pueden plantearse si los bienes no estuvieren ya en posesión del deudor por haberlos este enajenados. En tal caso, el acreedor deberá dirigirse contra el tercer poseedor, pero la reivindicación no será posible si se trata de bienes muebles y hubieran sido entregados a un tercero protegido por el art. 2276 Cc. Como medida de protección del acreedor, en las hipótesis de venta por el deudor de la cosa objeto de la reserva o de destrucción de ésta, estando asegurada, el art. 2372 Cc dispone que “el derecho de propiedad recae sobre el crédito del deudor frente al subadquirente o sobre la indemnización del seguro”.

En caso de procedimiento colectivo abierto contra el deudor, el acreedor podrá ejercitar la acción reivindicatoria dentro de un plazo de caducidad de tres meses, a contar desde la publicación de la sentencia que ordene su apertura; transcurrido ese plazo, el acreedor conserva la propiedad,

⁸⁹ La menor atención que estas disposiciones legales prestan a la reserva de dominio sobre inmuebles puede explicarse por la protección que, en el marco de los procedimientos colectivos, tiene el vendedor de un inmueble, en caso de impago del precio, ya que puede ejercitar tanto el “privilegio especial del vendedor”, como la acción resolutoria.

⁹⁰ Este mismo precepto admite que la cláusula de reserva de dominio se incluya en un contrato marco que regule diversas operaciones comerciales entre las partes.

⁹¹ El proyecto Grimaldi preveía la exigencia de inscripción para bienes cuyo valor superasen ciertos mínimos, pero no fue acogida por la *Ordonnance* de 23 de marzo de 2006. Se admite, no obstante, la inscripción facultativa de la reserva de dominio en los términos previstos para la inscripción del “*crédit-bail*” (art. L313-10 del *Code monétaire et financier*), si bien la eficacia de esta inscripción sólo se despliega en el marco de un procedimiento colectivo abierto frente al deudor, facilitando al acreedor la recuperación de la cosa.

pero no puede hacerla valer en el seno del procedimiento colectivo y ha de concurrir con los acreedores carentes de privilegios (art. L624-9 Ccom). Además, la reivindicación en el marco de un procedimiento colectivo requiere (art. L624-16 Ccom):

1º. Que la cláusula de reserva de dominio haya sido convenida, por escrito, con anterioridad a la entrega de los bienes o en el momento de realizarse ésta.

2º. Que los bienes se conserven *in natura* en el momento de la apertura del procedimiento colectivo. Por consiguiente:

a) No cabe la reivindicación si los bienes objeto de la reserva de dominio se hubieran destruido, transformado o transmitido, salvo que: i) se trate de bienes fungibles, en cuyo caso el deudor habrá de restituir igual cantidad de bienes de la misma especie y calidad (arts. 2369 Cc y art. L624-16-3º Ccom); ii) los bienes muebles hayan sido incorporados a otro bien y la separación pueda efectuarse sin detrimento (arts. 2370 Cc y L624-16-3º Ccom). En todo caso, si los bienes se destruyen estando asegurados: podrá el acreedor reivindicar dicha suma frente a la aseguradora, siempre y cuando no hubiera pagado ya al deudor cuando se abre el procedimiento colectivo (art. L626-18 Ccom).

b) Cuando los bienes hayan sido adquiridos por un tercero, la acción reivindicatoria deberá dirigirse contra éste, pero no prosperará si estuviere protegido por el art. 2276 Cc, salvo que la cosa hubiera sido perdida o robada. Ahora bien, cuando la cosa haya sido revendida por el deudor, el acreedor puede reivindicar frente al comprador el precio o la parte del precio todavía no pagada al deudor cuando se ordenó la apertura del procedimiento colectivo contra éste (art. L626-18 Ccom).

El art. L626-18 Ccom parece reconocer una acción directa del acreedor frente a la aseguradora o al sub-comprador, siempre y cuando la indemnización o el precio de la reventa no hubieran sido cobrados por el deudor al abrirse el procedimiento colectivo. Por tanto, los pagos recibidos por el deudor después de ese momento no se destinan al acreedor beneficiario de la reserva de dominio, sino a la masa activa del concurso.

Si la reivindicación triunfa y el acreedor recupera la cosa sometida a reserva de dominio, su valor se imputa al pago de la parte impagada del crédito garantizado (art. 2371 Cc), lo cual equivale a una dación en pago. Si el valor del bien excede del importe debido, el acreedor debe entregar al deudor la diferencia (art. 2372 Cc), pues la cláusula de reserva de dominio, como mecanismo de garantía de un crédito, no puede constituir una fuente de enriquecimiento para el acreedor.

7. La cesión de la propiedad en garantía: fiducia-garantía

La fiducia, tradicionalmente utilizada bien como técnica de gestión de un patrimonio (*fiducia cum amico*), bien de aseguramiento de un crédito (*fiducia cum creditore*), no fue incorporada al Código civil napoleónico. Históricamente, diversas razones han dificultado la admisión de la fiducia. Entre las dificultades jurídicas, destacan dos: la fiducia altera el principio de unidad e indivisibilidad del patrimonio, ya que el fiduciario se convierte en titular de dos patrimonios, el suyo propio y el sometido a fiducia, y se opone a la prohibición legal del pacto comisorio. Desde

una perspectiva práctica, la fiducia-gestión es vista con recelo en atención a los riesgos de fraude que puede conllevar, ya sea en perjuicio de acreedores o legitimarios del constituyente, ya sea como mecanismo de evasión de impuestos; por su parte, la fiducia en garantía inspira el temor de abuso por parte del acreedor, pues le permite hacerse atribuir, en garantía de su crédito, unos bienes de valor muy superior a éste.

Sin embargo, la utilización de la fiducia fue en aumento. Los acreedores acudieron a esta figura, porque les coloca en una situación de exclusividad frente a otros acreedores y les permite eludir los sacrificios que les vienen impuestos por las reglas sobre procedimientos colectivos. Por otro lado, el éxito de esta figura en algunos ordenamientos (inglés, alemán o suizo) así como la internacionalización de las relaciones mercantiles, habían situado al derecho francés en una situación de aislamiento que ponía en peligro inversiones extranjeras⁹².

Tales circunstancias determinaron el renacimiento en Francia de la fiducia, con carácter sectorial, a través de la Ley de 2 de enero de 1981 (ley "Dailly"), cuyo contenido sigue vigente en los arts. L313-23 y ss. del *Code monétaire et financier*, que permite la cesión de créditos a título de garantía, si bien sólo puede recaer sobre créditos empresariales o profesionales y a favor de establecimientos crediticios. Posteriormente, el *Code monétaire et financier*⁹³ fue añadiendo otras modalidades de fiducia en garantía, ceñidas todas ellas al ámbito de los mercados financieros.

Tras suscribir la Convención de La Haya de 1 de julio de 1985, relativa a la ley aplicable al "trust", durante los años noventa del siglo XX, el legislador francés se planteó regular la fiducia de forma general, con el fin de introducir en el ordenamiento galo una institución apta para facilitar la gestión de los bienes, favorecer la transmisión de empresas y servir como garantía. El proyecto fue abandonado, al parecer, por motivos esencialmente fiscales. Finalmente, los argumentos económicos a favor de esta institución prevalecieron sobre toda otra consideración y la fiducia fue incorporada, con carácter general, al ordenamiento francés mediante los arts. 2011 a 2030 del *Code civil*⁹⁴, redactados por la Ley 2007-211, de 19 de febrero. Esta disciplina fue modificada por la Ley de modernización de la economía, de 4 de agosto de 2008, que amplía la fiducia a las personas físicas y prolonga su duración máxima hasta noventa y nueve años; por la *Ordonnance* de 18 de diciembre de 2008, de reforma del derecho de empresas en dificultad; y por la *Ordonnance* de 30 de enero de 2009, que incluye la fiducia-garantía⁹⁵.

⁹² DUPICHOT (2007), act. 121.

⁹³ Arts. L432-6 y ss., arts. L442-6 y ss. y art. L431-7.

⁹⁴ Los antiguos arts. 2011 a 2044 Cc regulaban la fianza (*cautionnement*) hasta que quedaron desprovistos de contenido por disposición de *Ordonnance* 2006-346, que trasladó la regulación de la fianza a los nuevos arts. 2288 y ss. Cc.

⁹⁵ GRIMALDI y DAMMANN (2009, pp. 670 y ss.); ROMANET (2009, pp. 12 y ss.); BARRIERE (2008, pp. 1 y ss.); LYCZKOWSKA (2010).

Los arts. 2011 a 2030 Cc no distinguen entre fiducia con fines de gestión o con fines de garantía, pero se adaptan mejor a la primera, por lo que su aplicación a la fiducia-garantía planteaba ciertas dificultades⁹⁶. De ahí que el legislador francés introdujera posteriormente en el Código civil, mediante la citada *Ordonnance* de 30 de enero de 2009, la regulación específica de la fiducia en garantía, a través de los nuevos arts. 2372-1 a 2372-5 y 2488-1 a 2488-5 Cc, relativos a bienes muebles e inmuebles, respectivamente. Por consiguiente, el vigente *Code civil*, junto a las reglas generales que constituyen el derecho común de la fiducia, contiene unas normas dedicadas específicamente a regular la fiducia en garantía, que, dado su carácter de normas especiales, derogan algunas de las reglas generales⁹⁷.

7.1. Disciplina general de la fiducia: arts. 2011 a 2030 Cc

La fiducia está legalmente definida en el art. 2011 Cc como la operación por la cual una o varias personas (constituyentes o fiduciarios) transfieren bienes muebles o inmuebles, derechos o garantías, o un conjunto de bienes, de derechos o de garantías, presentes o futuros (patrimonio fiduciario), a una o varias personas (fiduciarios) quienes, *manteniéndolos separados* de su propio patrimonio, actúan *para lograr un determinado fin* en beneficio de una o varias personas (beneficiarios)⁹⁸. La fiducia puede tener origen legal o convencional, pero, en todo caso, ha de ser expresa (art. 2012 Cc).

7.1.1. Constitución de la fiducia convencional: sujetos, objeto y requisitos

La fiducia se constituye mediante un contrato, que puede ser revocado por el constituyente mientras no haya sido aceptado por el beneficiario; una vez aceptado por éste, sólo puede modificarse o revocarse con su consentimiento o por decisión judicial (art. 2028 Cc)⁹⁹.

El constituyente puede ser tanto una persona física como jurídica (art. 2017-2º Cc)¹⁰⁰; en el primer caso, la ley prohíbe someter a fiducia los bienes y derechos de un menor de edad (art. 408-1 Cc) y exige el consentimiento de ambos esposos para transmitir bienes de la comunidad conyugal a un patrimonio fiduciario (art. 1424-21 Cc). La cualidad de fiduciario, sin embargo, sólo pueden asumirla (art. 2015 Cc): los establecimientos de crédito, instituciones, servicios y empresas de inversión (regulados en el Código monetario y financiero); las empresas reguladas por el art. L.

⁹⁶ BLANLUET y LE GALL (2007, pp. 11 y ss.).

⁹⁷ JADAUD (2009, pp. 4 y ss.).

⁹⁸ CROCQ (2007a, pp. 61 y ss.).

⁹⁹ ALBIGÉS (2008, pp. 46 y ss.).

¹⁰⁰ La posibilidad de que cualquier persona, física o jurídica, actúe como constituyente de la fiducia estaba vetada por el art. 2014 Cc en su redacción por Ley de 19 febrero 2007, que sólo concedía tal facultad a las personas jurídicas sometidas al impuesto de sociedades. La *Ordonnance* de 30 de enero de 2009 derogó el art. 2014 Cc y modificó el art. 2017 Cc, en el que expresamente se contempla la fiducia constituida por una persona física.

310-1 del Código de seguros francés; y los profesionales de la abogacía. Con esta norma, el legislador restringe considerablemente el ámbito de la fiducia a fin de limitar el peligro de abuso de confianza, insolvencia o falta de capacitación para la gestión económica de los bienes por parte del fiduciario. El beneficiario puede ser persona física o jurídica y, en este último caso, pública o privada. Tanto el constituyente como el fiduciario pueden ser, a su vez, beneficiarios del contrato de fiducia (art. 2016 Cc).

El patrimonio fiduciario puede estar integrado por todo tipo de bienes, muebles e inmuebles, corporales e incorporales, derechos y garantías sobre unos u otros bienes, o sobre un conjunto de ellos, tanto presentes como futuros; los bienes futuros deben ser determinables (arts. 2011 y 2018-1º Cc). Aunque nada señalan expresamente preceptos sobre la inclusión de deudas en la masa fiduciaria, debemos entender que el pasivo integrará, en su caso, el patrimonio fiduciario¹⁰¹.

La causa del contrato ha de ser onerosa, pues la ley declara nulo de pleno derecho el contrato de fiducia que responda a una causa de liberalidad en favor del beneficiario (art. 2013 Cc)¹⁰², lo cual implica que el beneficiario queda obligado a dar o hacer algo como contraprestación al capital o rendimientos que reciba.

El contrato de fiducia es un contrato sometido a forma solemne: será nulo si no consta por escrito, en documento público o privado, salvo que se trate de bienes o derechos en copropiedad ordinaria o conyugal, en cuyo caso debe recogerse en escritura notarial (art. 2012 Cc). El contrato debe especificar los bienes transferidos; la duración de la transmisión, que no puede exceder de noventa y nueve años; las identidades del constituyente, fiduciario y beneficiario; los fines que debe cumplir el fiduciario y sus poderes de administración y disposición (art. 2018 Cc). Para la validez de la fiducia, el *Code civil* exige, además y bajo sanción de nulidad, que el contrato de fiducia, sus apéndices, así como la transmisión de derechos derivada de dicho contrato, se inscriban, en la oficina competente de la Administración tributaria¹⁰³ (art. 2019-1º Cc); tratándose de bienes inmuebles, la ley exige, asimismo, la inscripción en el Registro de la propiedad (art. 2019-2º Cc). La fiducia es oponible frente a todos una vez cumplidos estos requisitos. Cuando la fiducia incluya la cesión de un crédito, dicha cesión es oponible a terceros desde la fecha del contrato de fiducia, pero sólo será ésta oponible al deudor del crédito cedido desde que le haya sido notificada (art. 2018-2 Cc).

Por otra parte, todos los contratos de fiducia deben constar en un Registro Nacional de Fiducias, cuya creación está prevista en el art. 2020 Cc, desarrollado por el Decreto de 2 de marzo de 2010. La inscripción en este Registro no constituye, sin embargo, requisito de validez del contrato de fiducia, ni de oponibilidad del mismo frente a terceros, pues no cumple fines de publicidad frente

¹⁰¹ LEROY (2008, pp. 58 y ss.).

¹⁰² E impone determinadas sanciones fiscales.

¹⁰³ Arts. 647 y 657 del *Code général des impôts*.

a terceros, sino de control en la lucha contra el blanqueamiento de capitales¹⁰⁴.

7.1.2. Efectos y extinción de la fiducia

Del contrato de fiducia nace la obligación del constituyente de transmitir al fiduciario la titularidad de los bienes o derechos sometidos a fiducia. Cumplida esta obligación, el fiduciario adquiere la propiedad de dichos bienes y pasa a ser titular de dos patrimonios separados: el suyo propio y el sometido a fiducia. Los bienes que integran este último deben permanecer separados de los propios del fiduciario (art. 2011 Cc), pues están afectos a los fines determinados que las partes hayan estipulado. El art. 2011 Cc guarda silencio sobre cuáles son esos fines, dejando a los interesados libertad para fijarlos en cada caso, siempre y cuando no vulneren la norma imperativa que prohíbe los fines de liberalidad a favor del beneficiario.

Por consiguiente, sobre el patrimonio afecto a la fiducia, el fiduciario no ostenta una propiedad plena y definitiva, sino limitada en cuanto a su contenido y duración por las finalidades a cumplir en cada caso, así como por el deber de restitución de los bienes al beneficiario (salvo que, en la fiducia-garantía, el deudor no pague la deuda garantizada)¹⁰⁵. La llamada “propiedad fiduciaria” es, por tanto, una propiedad especial, no sólo por hallarse exenta de la *plena in re potestas*, que caracteriza la propiedad ordinaria del Código civil, sino también porque los bienes se incardinan en un patrimonio separado del patrimonio personal del fiduciario¹⁰⁶.

La transmisión de la propiedad al fiduciario no conlleva necesariamente el traspaso posesorio de los bienes, pues la ley permite el pacto por el que el constituyente conserve el uso y disfrute de los mismos (art. 2018 Cc). Es posible, pues, la fiducia sin desplazamiento de la posesión de los bienes.

El fiduciario queda obligado a realizar la gestión asumida y a rendir cuentas de ella frente al constituyente, en las condiciones estipuladas contractualmente (art. 2022 Cc), y responde conforme al art. 2026 Cc del incumplimiento de sus obligaciones. Por otra parte, el art. 2017 Cc concede al constituyente la facultad de designar, en cualquier momento, a un tercero que proteja sus intereses controlando la ejecución del contrato por el fiduciario; el constituyente puede renunciar a esta facultad, salvo que sea una persona física. Cabe que el contrato de fiducia establezca los términos en los que el fiduciario puede ser reemplazado; pero, aunque nada estipule el contrato, si el fiduciario no cumple sus obligaciones, si pone en peligro los intereses que le han sido encomendados, o si es declarado en concurso de acreedores, el constituyente o el

¹⁰⁴ Al Registro Nacional de Fiducias, a tenor de lo dispuesto en el Decreto 2010-219, de 2 de marzo, sólo tienen acceso la administración fiscal y las autoridades judiciales a los fines de lucha contra evasión de impuestos, blanqueamiento de capital y financiación del terrorismo.

¹⁰⁵ Sobre los derechos y deberes del fiduciario, véase LEAVY (2009, pp. 14 y ss.); KUHN (2008, pp. 52 y ss.); LIBCHABER (2007, pp. 1106 y ss.). Sobre los derechos del beneficiario, véase LAJARTE (2009, pp. 71 y ss.).

¹⁰⁶ LIBCHABER (2007, pp. 1097, 1109 y ss.). Este autor pone de relieve la falta de una declaración tajante, en los preceptos del *Code civil*, sobre la transmisión de la propiedad a través de la fiducia (pp. 1115 y ss.).

beneficiario pueden solicitar de la autoridad judicial el nombramiento de un fiduciario provisional o definitivo en sustitución del incumplidor; la sentencia que acoja la demanda, conlleva la desposesión del fiduciario original y la transmisión del patrimonio fiduciario a su sustituto (art. 2027 Cc).

En sus relaciones con terceros, el fiduciario debe comunicar que actúa en condición de tal (art. 2021 Cc) y no exceder del ámbito de poderes que le otorgue el contrato de fiducia. Frente a terceros de buena fe, se presume que el fiduciario goza de plenos poderes respecto del patrimonio fiduciario, pero la presunción puede destruirse si se demuestra que el tercero conocía la limitación de poderes (art. 2023 Cc).

El patrimonio fiduciario no puede ser embargado por deudas del constituyente, salvo que se trate de créditos con garantías inscritas antes de la fecha del contrato de fiducia o se incurra en fraude de acreedores (art. 2025 Cc). Ahora bien, en caso de que se dicte sentencia judicial por la que se decreta la apertura de un procedimiento colectivo frente al constituyente, si estuviera éste en posesión de bienes pertenecientes al patrimonio fiduciario, será nula la transmisión de tales bienes al propio fiduciario o a un tercero realizada con posterioridad a la fecha de inicio de la insolvencia fijada en dicha sentencia (art. L622-23-1 Ccom), es decir, durante el llamado período “de sospecha” (*suspecte*).

Tampoco pueden ser embargados los bienes sometidos a fiducia por deudas del fiduciario, dado el carácter temporal de la titularidad de éste, excepto las derivadas de la conservación o gestión de dicho patrimonio (art. 2025 Cc); ni se verán afectados por la apertura de un procedimiento colectivo frente al fiduciario (art. 2024 Cc). En este último supuesto, los arts. L624-16 y L624-18 Ccom, conceden al propietario fiduciante el derecho a reivindicar los bienes que se conserven *in natura* en poder del fiduciario o su precio. Es más, el art. 2029 Cc incluye, entre las causas de extinción de la fiducia, la apertura de un procedimiento de liquidación judicial del patrimonio propio del fiduciario.

De las deudas del patrimonio fiduciario responde, en primer lugar, el citado patrimonio. Ahora bien, en caso de insuficiencia de éste, responde el patrimonio del constituyente, salvo que el contrato de fiducia (art. 2025 Cc): *a*) estipule que todo o parte del pasivo quede a cargo del fiduciario; *b*) limite la responsabilidad al patrimonio fiduciario, en cuyo caso, la limitación de responsabilidad sólo será oponible a los acreedores que expresamente la hayan aceptado.

Las causas de extinción de la fiducia se contemplan en el art. 2029 Cc: fallecimiento del constituyente persona física, salvo que se trate de una fianza en garantía (arts. 2372-1 y 2488-1 Cc); cumplimiento del plazo fijado; realización de los fines para los que fue establecida; renuncia de todos los beneficiarios, salvo estipulación en contrario que determine las condiciones de su mantenimiento. Asimismo, tratándose de fiduciario persona jurídica, la fiducia se extingue por su liquidación judicial, disolución, cesión o absorción. Una vez extinguida la fiducia, el fiduciario debe transmitir al beneficiario el patrimonio sometido a la misma; esta transmisión será nula si no se recoge en documento escrito, que debe inscribirse en los mismos términos que el contrato

constitutivo de la fiducia (art. 2019-3º Cc). Cuando la fiducia finalice por falta de beneficiario, el patrimonio fiduciario retorna de pleno derecho al constituyente (art. 2030 Cc).

7.2. Reglas especiales de la fiducia en garantía

Tradicionalmente, la fiducia en garantía ha sido considerada un negocio indirectamente destinado a asegurar el cumplimiento de una obligación. En el *Code civil* vigente, la fiducia se configura directamente como garantía real cuando la finalidad que persigue consista en garantizar un crédito. A ella se refieren los arts. 2372-1 a 2372-5 (respecto de los bienes muebles) y 2488-1 a 2488-5 Cc (relativos a bienes inmuebles), que fueron incorporados al *Code civil* por la *Ordonnance* 2009-112, de 30 de enero (ratificada, y parcialmente modificada, por la Ley 2009-526, de 12 de mayo). Pese a regular separadamente la fiducia en garantía que recae sobre bienes muebles y la que afecta a inmuebles, el contenido de sendas disciplinas es similar.

Según los arts. 2372-1 y 2488-1 Cc, la propiedad de un bien o de un derecho puede cederse a título de garantía de una obligación en virtud de un contrato de fiducia celebrado conforme a lo establecido en los arts. 2011 a 2020 Cc. El contrato debe recogerse por escrito (art. 2012 Cc) y, además de las menciones requeridas con carácter general por el art. 2018 Cc, debe especificar cuál es la deuda garantizada y el valor estimado del bien o derecho transmitido al patrimonio fiduciario (arts. 2372-2 Cc y 2488-2 Cc). Su validez exige que se inscriba en el organismo competente de la Administración tributaria y, si se trata de inmuebles, en el Registro de la propiedad (art. 2019 Cc). Finalmente, el contrato de fiducia debe inscribirse en el Registro Nacional de Fiducias (art. 2020 Cc), sin que sea este formalismo requisito de validez.

El constituyente puede ser el deudor o un tercero, que transmita un bien de su propiedad para garantizar una deuda ajena. El fiduciario puede ser el acreedor o un tercero, que haya asumido el deber de conservar el bien y, al vencimiento de la deuda garantizada, transmitirlo al deudor o al acreedor, según que dicha deuda haya sido o no pagada (arts. 2372-3 y 2488-3 Cc). En todo caso, sólo pueden ser fiduciarios las personas designadas en el art. 2015 Cc. El acreedor, sea o no fiduciario, será el beneficiario de la fiducia en garantía si el deudor no paga la deuda garantizada, ya que adquiere la plena y definitiva propiedad del bien objeto de la fiducia. El constituyente, sea o no deudor, será beneficiario cuando el deudor cumpla la obligación garantizada, pues recupera la plena propiedad de los bienes.

Una vez válidamente constituida la fiducia en garantía, el fiduciario adquiere una propiedad temporal y limitada por la afectación de los bienes a los fines de garantía. De este modo, los bienes comprendidos en la fiducia no pueden ser embargados por los acreedores del fiduciario, salvo que se trate de créditos nacidos de la gestión y conservación del patrimonio fiduciario; ni por los acreedores del constituyente, salvo que se trate de créditos anteriores a la constitución de la fiducia o que exista fraude de acreedores (arts. 2024 y 2025 Cc). Aunque el contrato de fiducia en garantía estipule que el constituyente podrá conservar la posesión de los bienes sometidos a fiducia, sus acreedores no podrán embargarlos porque no le pertenecen (art. 2018 Cc). En caso de procedimiento colectivo frente al constituyente o al fiduciario, son aplicables, respectivamente, los arts. L622-23-1, L624-16 y L624-18 Ccom, dando lugar a las consecuencias ya vistas al

examinar la disciplina general de la fiducia.

El legislador francés, retomando una técnica utilizada en materia de hipoteca, admite la recarga de la fiducia en garantía. Conforme a los arts. 2372-5 y 2488-5Cc (redactados conforme a la Ley de 12 de mayo de 2009), la propiedad cedida a título de garantía de una deuda puede posteriormente garantizar otras deudas, siempre que así se estipule expresamente en el título constitutivo de la fiducia, sea frente al acreedor originario o frente a un nuevo acreedor, aunque el primero no haya sido totalmente pagado. El acuerdo de recarga debe recoger las menciones previstas en los arts. 2372-2 o 2488-2 Cc (según que la fiducia recaiga sobre bienes muebles o inmuebles) e inscribirse en la forma establecida por el art. 2019 Cc. La fecha de inscripción registral determina el rango entre los acreedores. Todo acuerdo de las partes contrario a lo previsto en los arts. 2372-5 y 2488-5 Cc es nulo y se tendrá por no puesto.

Llegado el vencimiento de la deuda garantizada, si el deudor cumple, la fiducia se extingue: el fiduciario debe restituir los bienes al constituyente, el cual recupera la propiedad de los mismos, y rendir cuentas de su gestión ante él. Por el contrario, si el deudor no cumple la obligación garantizada, y salvo pacto en contrario, los efectos de la fiducia son (arts. 2373-3 y 2488-3 Cc): *i*) Si el fiduciario es el propio acreedor (beneficiario), deviene pleno propietario de la cosa y adquiere la libre disposición de la misma; *ii*) Si el fiduciario no es el acreedor, este último puede exigir a aquél la entrega de la cosa, cuya plena propiedad y libre disposición adquiere; o, si así se estipuló en el contrato de fiducia, exigir al fiduciario la venta del bien y la entrega de la totalidad o parte del precio, según exceda éste o no del importe de la deuda garantizada.

Cuando el valor de la cosa, o el producto de su venta, exceda del monto de la deuda garantizada, el fiduciario (sea el acreedor o un tercero) adeuda al constituyente una suma igual a la diferencia, si bien puede descontar el importe de las deudas derivadas de la conservación o la gestión del patrimonio fiduciario (arts. 2373-4 y 2488-4 Cc). En todo caso, el valor de la cosa o derecho cedido se determinará por un experto designado por acuerdo de las partes o judicialmente, salvo que se trate de una suma de dinero o de bienes que coticen en mercados oficiales, siendo nulo todo pacto en contrario, que se tendrá por no puesto (arts. 2373-3 y 2488-3 Cc).

Las causas de extinción de la fiducia en garantía son las generales, previstas en el art. 2029 Cc, con una excepción: el fallecimiento del constituyente persona física, no pone fin al contrato de fiducia en garantía (arts. 2372-1-1º y 2488-1-1º Cc), sino que ésta continua con los herederos del constituyente.

La configuración legal de la fiducia en garantía la convierte en una figura polivalente, susceptible de ser pactada por las partes sin necesidad de desplazamiento posesorio de los bienes al fiduciario, que admite el mecanismo de la "recarga" y que ofrece una flexibilidad poco común a la autonomía de la voluntad. Este cúmulo de circunstancias lleva a la doctrina francesa a considerar que, actualmente, la fiducia en garantía es una forma de aseguramiento de un crédito más eficaz que la prendaria o la hipotecaria, pues, incluso en el supuesto de procedimiento colectivo de *liquidation judiciaire* frente al deudor fiduciante, el acreedor podrá ejercitar su derecho a la realización de la garantía y, en su caso, reivindicar los bienes sometidos a fiducia¹⁰⁷.

¹⁰⁷ PICOD (2011, p. 480); DUPICHOT (2009, pp. 23 y ss.); BARRIERE (2009, pp. 18 y ss.).

Sin embargo, en los procedimientos colectivos de *sauvegarde* y *redressement*, el acreedor fiduciario no goza de tales privilegios¹⁰⁸, ya que, a fin de conciliar los principios de salvación de la empresa y de eficacia de la fiducia-garantía, el Código de comercio¹⁰⁹, distingue entre:

a) *Fiducia en garantía sin desposesión*: Dado que el fiduciante deudor conserva la posesión de los bienes objeto de fiducia, si los destina a su actividad empresarial y a fin de permitir la continuación de ésta, el acreedor beneficiado por la fiducia no puede ejercitar su derecho de realización del valor durante los procedimientos de *sauvegarde* o de *redressement judiciaire*¹¹⁰, ni durante el respectivo período de ejecución del plan judicialmente aprobado en sendos casos (arts. L622-23-1º y L631-14-4º Ccom)¹¹¹.

b) *Fiducia en garantía con desposesión*: La interpretación a contrario de los citados arts. L622-23-1º y L631-14-4º Ccom, permite entender que los procedimientos colectivos de *sauvegarde* o de *redressement* no impiden la realización de la garantía por el acreedor fiduciario, ya que los bienes afectados se encuentran en poder del acreedor y, por tanto, permanecen ajenos a la actividad empresarial del deudor.

7.3. La cesión de créditos en garantía como tipo especial de fiducia en garantía

El vigente art. 2018-2 Cc, tras su reforma por Ley de 4 de agosto de 2008, contempla la hipótesis de cesión de un crédito en el marco de la fiducia en garantía¹¹². En su función de garantía, la fiducia transmite la titularidad del crédito al fiduciario-cesionario a cambio de que éste lo restituya al fiduciante-cedente una vez cumplida la deuda garantizada.

Como cualquier otro contrato de fiducia, la cesión en garantía de un crédito debe ajustarse a lo dispuesto en los arts. 2011 a 2020 Cc (a los que remiten los arts. 2372-1 y 2488-1 Cc). De lo dispuesto en estas normas se deduce que pueden ser objeto de fiducia en garantía tanto los créditos presentes como los futuros, y que éstos últimos deben ser determinables (arts. 2011 y 2018-1º Cc), de donde se deduce la exclusión de los créditos meramente eventuales, cuyo hecho generador no se haya producido en el momento de la cesión.

Para su validez, este tipo de cesión fiduciaria debe cumplir los requisitos generales del negocio fiduciario: documento escrito (art. 2012 Cc) e inscripción registral (art. 2019 Cc). Cumplidos estos requisitos, la cesión fiduciaria de un crédito será oponible frente a terceros desde la fecha del

¹⁰⁸ DAMMANN y PODEUR (2008, pp. 928 y ss.); LUCAS y SÉNÉCHAL (2008, pp. 29 y ss.).

¹⁰⁹ Tras su reforma por *Ordonnance* de 18 de diciembre de 2008, de reforma del derecho de las empresas en dificultad.

¹¹⁰ Salvo que este último se abra por haberse constatado la insolvencia del deudor durante la ejecución de un plan de salvaguarda (art. L631-14-4º Ccom).

¹¹¹ GRIMALDI y DAMMANN (2009, pp. 670 y ss.).

¹¹² Anteriormente, la Sala de lo Civil de la Corte de Casación francesa había admitido la cesión fiduciaria del crédito; la Sala de lo Mercantil también las admitía, pero las calificaba de prenda de créditos.

contrato de fiducia o del anexo que la constate (art. 2018-2 Cc).

Sin embargo, al igual que la prenda de créditos, la cesión sólo es oponible al deudor del crédito cedido una vez le haya sido notificada por el cedente o el fiduciario (art. 2018-2 Cc).

A falta de una regulación específica de la fiducia en garantía sobre créditos, deberán aplicarse las normas generales sobre la fiducia-garantía y las relativas a la prenda de créditos¹¹³.

Por consiguiente, habrá que distinguir según que el crédito cedido venza antes o después que el crédito garantizado. En el primer caso, el fiduciario podrá cobrar el crédito cedido y ha de conservar la suma recibida a título de garantía, depositándola en una cuenta abierta en un establecimiento habilitado a tales fines, hasta el vencimiento del crédito garantizado. Llegada esta fecha, si el deudor cumple la obligación garantizada, el fiduciario deberá restituir al fiduciante la suma depositada y la fiducia se extingue (según el ya citado art. 2019 Cc, la transmisión de los bienes o derechos al beneficiario requiere que se formalice por escrito y se inscriba). En caso de incumplimiento, el fiduciario puede destinar aquella suma al reembolso de su crédito mediante la compensación y, de haber excedente, restituir el resto al fiduciante. Cuando el crédito garantizado venza antes, si el deudor cumple, el fiduciario deberá restituir el crédito al fiduciante y la fiducia se extingue. En caso de incumplimiento del deudor, y salvo pacto en contrario (arts. 2373-3 y 2488-3 Cc), el fiduciario, conserva la titularidad del crédito cedido, cuyo pago podrá exigir una vez llegada la fecha de vencimiento; si el importe recibido fuere superior al del crédito garantizado, deberá entregar la diferencia al constituyente (arts. 2373-4 y 2488-4 Cc).

7.4. La cesión de créditos “profesionales” en garantía: la cesión “Dailly”

La cesión de crédito con fines de garantía está contemplada en el actual ordenamiento francés no sólo bajo el régimen general de la fiducia-garantía previsto en el *Code civil*, sino también bajo el más antiguo de la cesión y pignoración de créditos empresariales o profesionales¹¹⁴, creada por la Ley de 2 de enero de 1981, también conocida como ley “Dailly”¹¹⁵, y regulada actualmente en los arts. L313-22 y siguientes del *Code monétaire et financier*. Estos preceptos regulan dos figuras, la cesión y la pignoración de créditos, mediante un mismo procedimiento de cesión; para que la garantía se configure como prenda, basta que las partes denominen a la operación “acto de pignoración” (*nantissement*).

7.4.1. Ámbito de aplicación de la cesión o pignoración de créditos profesionales

Tanto el crédito garantizado como el crédito cedido (o pignorado) han de ser de carácter empresarial o profesional, es decir, procedentes y dirigidos al desarrollo de la actividad del deudor; y sólo pueden ser cesionarios los establecimientos crediticios. Así pues, todo crédito concedido por una entidad crediticia a una persona física o jurídica, privada o pública, en el ejercicio de su actividad profesional, puede dar lugar a la cesión o la pignoración, a favor del

¹¹³ AUCKENTHALER (2007, p. 2187).

¹¹⁴ Sobre las diferencias entre la cesión fiduciaria del crédito y la cesión “Dailly”, véase LASBORDES - DE VIRVILLE (2009), dossier 3.

¹¹⁵ Llamada así por referencia al senador que impulsó la Ley de 2 de enero de 1981.

prestamista, de los créditos de los que sea titular el prestatario, como consecuencia del ejercicio de su actividad empresarial o profesional, frente a un tercero, ya sea éste persona jurídica, pública o privada, ya una persona física (art. L313-23 del *Code monétaire et financier*).

Pueden cederse (o pignorar) los créditos líquidos y exigibles, los sometidos a término, así como los futuros, incluso aquellos cuyo acto generador todavía no se haya producido, bajo reserva expresa de su posterior designación o individualización (art. L.313-23 *Code monétaire et financier*).

En consecuencia, por lo que atañe a los bienes objeto de la garantía, la fiducia-garantía regulada en el *Code civil* se distingue de la cesión (o pignoración) "Dailly" porque: *i*) la cesión fiduciaria no se limita a créditos profesionales, sino que pueden ser cedidos los bienes inmuebles o muebles, corporales o incorpóreas, y los derechos en general; *ii*) la cesión fiduciaria no permite la cesión de créditos eventuales, sino únicamente de créditos presentes o futuros, siempre que el hecho generador de estos últimos ya se haya producido en el momento de la cesión.

En cuanto a los sujetos, el cedente (o pignorante) puede ser cualquier persona física o jurídica (pública o privada) *en el ejercicio de su actividad profesional*. La noción de actividad profesional ha de entenderse en sentido amplio, incluyendo las actividades comerciales, industriales, artesanales, agrícolas, etc. Cesionario (o acreedor prendario), en la cesión (o pignoración) "Dailly" sólo pueden serlo las entidades de crédito.

Por el contrario, la fiduciaria en garantía regulada en el Código civil permite la condición de fiduciante a cualquier persona física o jurídica, aunque no actúen en el ejercicio de su profesión; y la de fiduciario tanto a los establecimientos crediticios, como a las empresas de inversión, las aseguradoras y los abogados.

7.4.2. Constitución de la cesión o pignoración de créditos profesionales

La cesión (o la pignoración) de créditos profesionales se caracteriza por la falta de requisitos formales de validez. El Código monetario y financiero sólo exige un documento escrito (privado o público), que debe ser entregado al cesionario (art. L313-25). El documento constitutivo de la cesión (o la prenda), que puede emitirse a la orden, además de la firma del cedente y la fecha, debe contener las menciones siguientes (art. L313-23 *Code monétaire et financier*): 1. Determinar si es un acto de "cesión" o de "pignoración" de créditos profesionales; 2. Indicar el sometimiento del acto a los arts. L313-23 a L313-34 del Código monetario y financiero; 3. Nombre o denominación social del establecimiento crediticio beneficiario; 4. Designación o individualización de los créditos cedidos o dados en prenda, o de los elementos necesarios para efectuarlas, indicando quién es el deudor, el lugar de pago, el montante de los créditos o de su valoración y, en su caso, la fecha de su vencimiento. La falta de cualquiera de las menciones citadas determina que el acto no sea válido como cesión o prenda de créditos profesionales, sin perjuicio de que pueda servir como una prenda de créditos de derecho común.

Sin embargo, el contrato de fiducia-garantía, conforme al *Code civil*, es más formalista. No sólo exige su constancia en documento escrito, con las menciones que establecen los arts. 2018 Cc y 2372-2 Cc, sino también su inscripción en la oficina competente de la Administración tributaria (art. 2019-1º Cc).

A partir de la fecha del documento de cesión (o pignoración), la garantía es eficaz entre las partes y oponible frente a terceros, incluido el deudor cedido, sin que sea necesaria ninguna otra formalidad, cualquiera que sea la ley aplicable a los créditos y la ley del país de residencia del deudor (art. L313-27 del Código monetario y financiero). No se exige, pues, la notificación de la cesión al deudor del crédito cedido para que éste quede obligado frente al establecimiento de crédito cesionario. Ahora bien, mientras la cesión o pignoración no le sea notificada, el deudor puede pagar válidamente al cedente y quedar liberado, con lo que la garantía del acreedor resultará inútil. Para conjurar este peligro, el cesionario puede, en cualquier momento, prohibir al deudor cedido que pague al cedente; una vez realizada tal comunicación, el deudor sólo se libera si paga al establecimiento de crédito (art. L313-28 *Code monétaire et financier*)¹¹⁶.

Distinto es el sistema exigido por el art. 2018-2º del Código civil para la oponibilidad frente al deudor cedido de la cesión fiduciaria de un crédito. En efecto, si bien la cesión de créditos realizada en el marco de una fiducia es oponible frente a terceros desde la fecha del contrato, frente al deudor del crédito cedido tal oponibilidad está subordinada a que le sea notificada.

7.4.3. Efectos de la cesión o pignoración de créditos profesionales

La cesión “Dailly”, aun cuando se haya efectuado a título de garantía y sin estipulación del precio, transmite la propiedad del crédito al cesionario desde la fecha del documento de cesión junto con las garantías y demás derechos accesorios del crédito cedido. La carga de la prueba de la fecha del documento recae sobre el acreedor cesionario (art. L313-27-4º). Ahora bien, según declara la sentencia de la Corte de Casación (Sala de lo Comercial) de 22 de noviembre de 2005, la transmisión de la propiedad al cesionario “Dailly” sólo es provisional e implica la restitución del crédito cedido una vez el crédito garantizado haya sido íntegramente reembolsado. La misma consecuencia deriva de la extinción del crédito garantizado por condonación, prescripción, etc. Los términos de esta restitución no están previstos en el Código monetario y financiero, por lo que los interesados podrán establecerlos de mutuo acuerdo.

Durante la fase de garantía, el establecimiento crediticio acreedor (cesionario o pignorante) tiene sobre el crédito cedido plenos poderes, pudiendo incluso cobrarlo si vence antes que el crédito garantizado.

Llegado el vencimiento del crédito garantizado, los efectos de la cesión o prenda de créditos profesionales dependen, como en toda cesión o pignoración, de que el cedente deudor pague o no la deuda. Si cumple, recupera la titularidad del crédito cedido; en la hipótesis de que éste hubiera vencido antes y hubiera sido cobrado por el acreedor cesionario, deberá éste transmitir al

¹¹⁶ Los arts. L313-29-1 y L313-29-2 del Código monetario y financiero establecen ciertas reglas especiales aplicables cuando el deudor cedido sea un determinado organismo público.

cedente el importe del mismo¹¹⁷.

Por el contrario, en caso de incumplimiento del deudor-cedente, la titularidad del crédito cedido o pignorado se transfiere definitivamente al cesionario, que podrá reclamar el pago al deudor cedido llegado el vencimiento; en caso de haber sido cobrado anteriormente, el cesionario adquiere la definitiva propiedad de la suma correspondiente. Nada dice el Código monetario y financiero sobre la hipótesis de que el importe del crédito cedido sea superior al de la deuda impagada, pero, dado el carácter accesorio de la cesión "Dailly", la solución debe consistir en obligar al cesionario-acreedor a restituir al cedente la diferencia de valor (art. 2372-4 Cc por analogía).

En caso de abrirse un procedimiento colectivo frente al cedente (o pignorante), el acreedor cesionario (o prendario) tiene un derecho exclusivo sobre el crédito dado en garantía que le permite escapar del concurso con los demás acreedores. La cesión "Dailly" conlleva una ventaja añadida para el acreedor: el cedente es responsable solidario, junto con el deudor cedido, del pago del crédito cedido o pignorado (art. L313-24-2º *Code monétaire et financier*).

¹¹⁷ El *Code monétaire et financier* no exige ningún tipo de formalismo para esta transmisión; sin embargo, el art. 2019-3º Cc requiere que, extinguida la fiducia, la transmisión de los bienes o derechos al beneficiario se formalice por escrito y se inscriba.

8. Bibliografía

Christophe ALBIGÈS y Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND (2009), *Droit des sûretés*, 2^a ed., Dalloz-Sirey, Paris.

--- (2008), "La constitution de la fiducie", *Droit & Patrimoine*, núm. 171, pp. 46 y ss.

Pascal ANCEL (2009), "La réforme du droit des sûretés en France", en Vicent SAGAERT (Dir.) *La réforme du droit privé en France*, Bruselas.

--- (2008), *Droit des sûretés*, 5^a ed., Litec, Paris.

Guillaume ANSALONI (2009), "Sur l'opposabilité du gage sans dépossession de droit commun", *Semaine Juridique-Entreprise et Affaires*, núm. 27, pp. 11 y ss.

Charles AUBRY y Charles-Frédéric RAU (1869), *Cours de droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, T. III, Marchal, Billard et Cie, Paris.

Franck AUCKENTHALER (2007), "Cession de créance en garantie: le serpent de mer se déchaîne", *Semaine Juridique-Entreprise et Affaires*, núm. 40, p. 2187.

Augustin AYNÈS (2009), "Précisions sur le sort du gage sans dépossession en cas de procédure collective", *La Semaine Juridique Édition Générale*, núm. 9, pp. 17 y ss.

Laurent AYNÈS (2007a), "Le nouveau droit de gage", *Droit & Patrimoine*, núm. 161, pp. 48 y ss.

--- (2007b), "Le nantissement de créance: entre la gage et la fiducie", *Droit & Patrimoine*, núm. 161, pp. 66 y ss.

Laurent AYNÈS y Pierre CROCQ (2009), *Les sûretés: La publicité foncière*, 4^a ed., Répertoire Defrénois, Paris.

--- (2006), "La gage de meubles corporels", *Revue Lamy Droit Civil*, núm. 29, pp. 7 y ss.

François BARRIÈRE (2008), *Fiducie*, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Civil, Paris.

--- (2009), "La fiducie-sûreté", *La semaine juridique-Entreprise et affaires*, núm. 36, pp. 18 y ss.

Solange BECQUÉ-ICKOWICZ (2007), "Les réformes de l'hypothèque", en Séverine CABRILLAC *et al.* (Dir.) *Évolution des sûretés réelles: regards croisés Université-Notariat*, Litec, Paris.

Geoffroy BERTHELOT (2009), "Les aménagements de la liquidation judiciaire issus de l'ordonnance du 18 décembre 2008", *Semaine Juridique-Entreprise et Affaires*, núm. 13, pp. 20 y ss.

--- (2008), "La cessation des paiements: une notion déterminante et perfectible", *Semaine Juridique-Entreprise et Affaires*, núm. 41, p. 2232.

Philippe BIHR (2008), *Droit Civil General*, Dalloz-Sirey, Paris.

Nicolas Borga (2009a), *L'ordre public et les sûretés conventionnelles*, Dalloz, Paris.

--- (2009b), "Regards sur les sûretés dans l'ordonnance du 18 décembre 2008", *Revue de Droit bancaire et financier*, núm. 3, étude 20.

Jean Paul BRANLARD (2007), *L'essentiel du droit du garanties de paiement: Le droit des sûretés*, Gualino, Paris.

Sarah BROS (2007), "Le gage-espèces", *Droit & Patrimoine*, núm. 161, pp. 77 y ss.

--- (2006), "Le gage-espèces après l'ordonnance du 23 mars 2006", *Revue Lamy Droit des affaires*, núm. 14, pp. 86 y ss.

Séverine CABRILLAC (2007), "Le gage sur stocks du Code de commerce", en Séverine CABRILLAC *et al.* (Dir.). *Évolution des sûretés réelles: regards croisés Université -Notariat*, Litec, Paris.

Michel CABRILLAC, Christian MOULY, Séverine CABRILLAC y Philippe PETEL (2007), *Droit des sûretés*, 6^a ed., Litec, Paris.

Pierre CROCQ (2009a), "L'ordonnance du 18 décembre 2008 et le droit des sûretés", *Revue des procédures collectives*, núm. 1, pp. 75 y ss.

--- (2009b), "Le nouveau droit des entreprises en difficulté: acte II", *Semaine Juridique*, núm. 3, pp. 27 y ss.

--- (2008), "Sûretés réelles: Les apports des textes d'application de la réforme des sûretés", *Revue LAMY Droit Civil*, núm. 46, pp. 63 y ss.

--- (2007a), "Le cœur du dispositif fiduciaire", *Revue Lamy Droit Civil*, núm. 42, pp. 61 y ss.

--- (2007b), "Gage, Encyclopédie Dalloz", *Répertoire de Droit Civil*, Paris.

--- (2006a), "Le nantissement de créance", *Revue Lamy Droit Civil*, sup. núm. 29, pp. 13 y ss.

--- (2006b), "La réserve de propriété", *Semaine Juridique Générale*, sup. núm. 20, pp. 23 y ss.

--- (2006c), "La réforme des sûretés mobilières", en Yves PICOD *et al.* (Dir.) *Le Droit des sûretés à*

l'épreuve des réformes, EJT, Paris.

Reinhard DAMMANN y Gilles PODEUR (2008), "Les sûretés-propiété face au plan de sauvegarde", *Recueil Dalloz*, núm. 14, pp. 928 y ss.

Ulrich DROBNIG (2007), "La réforme française du droit des sûretés réelles", *Recueil Dalloz*, núm. 21, pp. 1488 y ss.

Marie-Pierre DUMONT-LEFRAND (2007), "Le gage de meubles corporels", en Séverine CABRILLAC et al. (Dirs.) *Évolution des sûretés réelles: regards croisés Université -Notariat*, Litec, Paris.

Philippe DUPICHOT (2009), "La fiducie-sûreté en pleine lumière. À propos de l'ordonnance 30 janvier 2009", *La Semaine Juridique Édition Générale*, núm. 14, pp. 23 y ss.

--- (2008), "Le nantissement, un an après", *Les Petites Affiches*, núm. 63, pp. 27 y ss.

--- (2007), "Opération fiducie sur le sol français", *La Semaine Juridique Édition Générale*, núm. 11.

--- (2006), "Propriété et garantie au lendemain de l'ordonnance relative aux sûretés", *Revue Lamy Droit Civil*, sup. núm. 7, pp. 17 y ss.

Michel FARGE (2007), *Les Sûretés*, PUG, Grenoble.

Michel FARGE y Olivier GOUT (2008), "L'impact du nouveau droit des entreprises en difficulté sur le droit des sûretés", *Revue LAMY Droit Civil*, núm. 50, pp. 25 y ss.

Jean-Jacques FRAIMOUT (2009), "La réforme des plans de sauvegarde et de redressement", *Revue des procédures collectives*, núm. 1, pp. 84 y ss.

Dorothee GALLOIS-CROCHET (2007), "Garantie autonome et lettre d'intention", *Revue LAMY Droit des affaires*, núm. 14, p. 68.

Éric GARAUD (2009), "Sûretés et procédures collectives: l'articulation des réformes", *Les petites affiches*, núm. 120, pp. 4 y ss.

Deen GIBIRILA (2009), "Quelques observations sur la réforme du droit des entreprises en difficulté", *Banque & Droit*, núm. 125, pp. 3 y ss.

Esther GÓMEZ CALLE (2011), "El derecho de retención sobre bienes muebles", *InDret 4/2011* (www.indret.com), pp. 1-88.

Michel GRIMALDI (2006), "La prenda en el Derecho francés: Derecho positivo y proyecto de reforma", en María Elena LAUROBA LACASA et al. (Coords.) *Garantías reales mobiliarias en Europa*,

Marcial Pons, Barcelona.

Michel GRIMALDI y Reinhard DAMMANN (2009), "La fiducie sur ordonnances", en *Réforme du droit des entreprises en difficulté (ordonnance n. 2008-1345 du 18 décembre 2008 et décret n. 2009-160 du 12 février 2009)*, Recueil Dalloz, núm. 10, pp.670 y ss.

Benoit GRIMONPREZ (2007), "L'entreprise en difficultés insurmontables", *Revue Lamy Droit des affaires*, núm. 21, p. 18.

François JACOB (2007), "Le nantissement de parts sociales", *Droit & Patrimoine*, núm. 161, pp. 68 y ss.

André JACQUEMONT (2009), *Droit des entreprises en difficulté*, 6^a ed., Litec, Paris.

Bernard JADAUD (2009), "Le régime juridique de la fiducie", *Les petites affiches*, núm. 115, pp. 4 y ss.

Marie Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN y Vincent BREMOND (2009), *Droit des sûretés*, 2^a ed., Dalloz-Sirey, Paris.

Marie Noëlle JOBARD-BACHELLIER, Manuella BOURASSIN y Vincent BREMOND (2007), *Droit des sûretés*, 1^a ed., Dalloz-Sirey, Paris.

Céline KUHN (2008), "La mission du fiduciaire", *Droit & Patrimoine*, núm. 171, pp. 52 y ss.

Camille DE LAJARTE (2009), "La nature juridique des droits du bénéficiaire d'un contrat de fiducie", *Revue Lamy Droit Civil*, núm. 60, pp. 71 y ss.

Virginie LARRIBAU-TERNEYRE (2007), "La pluralité des régimes de gage", *Revue Lamy Droit des affaires*, núm. 73, p. 100.

Victoire LASBORDES-DE VIRVILLE (2009), "La cession de créance à titre de garantie", *Revue de Droit bancaire et financier*, núm. 1, dossier 3.

Jerôme LASSERRE CAPDEVILLE (2009), "La faillite personnelle et les sanctions dans la réforme", *Revue Lamy Droit des affaires*, núm. 39, pp. 84 y ss.

Pierre Michel LE CORRE (2009a), *Droit des entreprises en difficulté*, 6^a ed., Litec, Paris.

-- (2009b), "La mesure de l'efficacité des gages sans dépossession dans les procédures collectives. L'inopposabilité du droit de rétention conféré par l'article 2286-4^o du Code civil aux créanciers gagistes sans dépossession", *Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, núm. 8-9, pp. 30 y ss.

-- (2009c), "Le nouveau visage de la liquidation judiciaire simplifiée", en *Réforme du droit des*

entreprises en difficulté (ordonnance n. 2008-1345 du 18 décembre 2008 et décret n. 2009-160 du 12 février 2009), Recueil Dalloz, núm. 10, pp. 638 y ss.

James LEAVY (2009), "Administration de la fiducie. Quels pouvoirs et devoirs pour le fiduciaire?", *Banque & Droit*, núm. 123, pp. 14 y ss.

Christine LEBEL (2008), "La fin de la procédure de redressement judiciaire pour extinction du passif", *Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, núm. 39, p. 2178.

Dominique LEGAIS (2008), *Sûretés et garanties du crédit*, LGDJ, Paris.

-- (2007a), "La gage-espèces après la réforme des sûretés", *Droit & Patrimoine*, núm. 161, pp. 70 y ss.

-- (2007b), "Le nantissement de créances", *Droit & Patrimoine*, núm. 161, pp. 54 y ss.

-- (2006a), *Sûretés*, Encyclopédie Dalloz, Répertoire de Droit Civil, Paris.

-- (2006b), "Le gage de meubles corporels", *La Semaine Juridique Édition Générale*, suplemento al núm. 20, pp. 12 y ss.

-- (2006c), "La réforme du droit des garanties ou l'art de mal légiférer", en Jacques BEGUIN (Dir.) *Études offertes au Doyen Philippe Simler*, Dalloz, Paris, pp. 367 y ss.

Michel LEROY (2008), "Le passif fiduciaire", *Droit & Patrimoine*, núm. 171, pp. 58 y ss.

Rémy LIBCHABER (2007), "Les aspects civils de la fiducie dans la loi du 19 février 2007 (1^a y 2^a parte)", *Répertoire du Notariat Defrénois*, núm. 15, pp. 1094 ss. y núm. 7, pp. 1194 y ss.

Alain LIENHARD (2009), "Réforme du droit des entreprises en difficulté: présentation de l'Ordonnance du 18 décembre 2008", *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et de Droit Economique*, (RTDcom.), núm. 1, pp. 193 y ss.

Cécile LISANTI (2007), "Le nantissement des meubles incorporels: une sûreté d'un genre pluriel?", en Séverine CABRILLAC *et al.* (Dirs.) *Évolution des sûretés réelles: regards croisés Université -Notariat*, Litec, Paris.

-- (2006), *Quelques remarques à propos des sûretés sur les meubles incorporels dans l'ordonnance n. 2006-346 du 23 mars 2006*, Recueil Dalloz, núm. 38, pp. 2671 y ss.

Carolina LYCZKOWSKA (2010), "El nuevo régimen de la fiducie en el Derecho francés a la luz de las últimas reformas", *InDret 1/2010* (www.indret.com), pp. 1-19.

François-Xavier LUCAS y Pierre-Michel LE CORRE (2008), *Droit des entreprises en difficulté*, Recueil

Dalloz, núm. 9, pp. 570 y ss

François-Xavier LUCAS y Marc SENECHAL (2008), *Fiducie vs Sauvegarde. Fiducie ou sauvegarde, il faut choisir*, *Recueil Dalloz*, núm. 1, pp. 29 y ss.

Francine MACORIG-VENIER (2007), "Le pacte comissoire (et les sûretés réelles mobilières)", *Revue Lamy Droit des affaires*, núm. 14, pp. y 79.

Francine MACORIG-VENIER y Corinne SANT-ALARY-HOUIN (2009), "Les créanciers dans l'ordonnance n. 2008-1345 du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté", *Revue des procédures collectives*, núm. 1, pp. 65 y ss.

Philippe MALAURIE, Laurent AYNES y Philippe STOFFEL-MUNCK (2011), *Les obligations*, Defrénois, Paris.

Arlette MARTIN-SERF (2009), "Réforme des procédures collectives-sanctions civiles", *Revue des procédures collectives*, núm. 1, pp. 99 y ss.

Corinne MASCALA (2009), "Les sanctions pénales dans l'ordonnance du 18 décembre 2008", *Revue des procédures collectives*, núm. 1, pp. 105 y ss.

Valérie MICHEL (2008), "Pour un véritable privilège de procédure", *Les petites affiches*, núm. 118, pp. 4 y ss.

Marc MIGNOT (2008), *Droit des sûretés*, Montchrestien, Paris.

Françoise PEROCHON (2009), "Les interdictions de paiement et le traitement des sûretés réelles", en *Réforme du droit des entreprises en difficulté (ordonnance n. 2008-1345 du 18 décembre 2008 et décret n. 2009-160 du 12 février 2009)*, *Recueil Dalloz*, núm. 10, pp. 651 y ss.

Philippe PETEL (2009a), *Procédures collectives*, Dalloz, Paris.

-- (2009b), "Le nouveau droit des entreprises en difficulté: acte II. Commentaire de l'ordonnance n. 2008-1345 du 18 décembre 2008", *Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, núm. 3, pp. 27 y ss.

-- (2007), "La réforme des sûretés réelles à l'épreuve des procédures collectives", en Séverine CABRILLAC et al. (Dirs.) *Évolution des sûretés réelles: regards croisés Université -Notariat*, Litec, Paris.

Yves PICOD (2011), *Droit des sûretés*, PUF, Paris.

Stephan PIEDELIEVRE (2008a), *Droit des sûretés*, Ellipses, Paris.

-- (2008b), *Le Nouvel article 2286,4°, du code civil*, *Recueil Dalloz*, núm. 42, pp. 2950 y ss.

-- (2006), "Premier aperçu sur la réforme du droit des sûretés par l'Ordonnance du 23 mars 2006", *Répertoire du Notariat Degrénois*, núm. 10, pp. 791 y ss.

Gaël PIETTE (2009), *Droit des sûretés: Sûretés personnelles, sûretés réelles*, Gualino, Paris.

Cathy POMMART (2008), "La lettre d'intention après l'ordonnance du 23 mars 2006 relative aux sûretés", *Les Petites Affiches*, núm. 63, pp. 19 y ss.

Jean-Pierre REMERY (2009), "Les voies de recours dans la réforme de la loi de sauvegarde des entreprises", *La Semaine Juridique Édition Générale*, núm. 13, pp. 15 y ss.

Laure ROMANET (2009), "La fiducie: bilan et perspectives", *Banque & Droit*, núm. 125, pp. 12 y ss.

Nicolas RONTCHEVSKY (2009), "Sûretés personnelles, fiducie et gages sans dépossession dans la réforme du droit des entreprises en difficulté", *Revue Lamy Droit des affaires*, núm. 39, pp. 80 y ss.

Philippe ROUSSEL GALLE (2008), "La cessation des paiements, condition d'ouverture de la liquidation judiciaire en cas de résolution d'un plan de sauvegarde ou de redressement", *Semaine Juridique Entreprise et Affaires*, núm. 40, p. 2207.

-- (2009a), "L'ouverture des procédures", en *Réforme du droit des entreprises en difficulté (ordonnance n. 2008-1345 du 18 décembre 2008 et décret n. 2009-160 du 12 février 2009)*, Recueil Dalloz, núm. 10, pp. 644 y ss.

-- (2009b), "La procédure de sauvegarde, version 2009", *Revue Lamy Droit des affaires*, núm. 39, pp. 72 y ss.

Corinne SAINT-ALARY-HOUIN (2009), "Entreprises en difficulté: un droit enfin arrivé à maturité", *Droit & Patrimoine*, núm. 179, pp. 32 y ss.

Bernard SAINTOURENS (2009), "Les conditions d'ouverture des procédures après l'ordonnance du 18 décembre 2008 portant réforme du droit des entreprises en difficulté", *Revue des procédures collectives*, núm. 1, pp. 40 y ss.

Jean-Baptiste SEUBE (2010), *Droit des sûretés*, Dalloz-Sirey, Paris.

-- (2008), "La genèse de la réforme", *Les Petites Affiches*, núm. 63, pp. 5 y ss.

Philippe SIMLER y Philippe DELEBECQUE (2009), *Droit civil. Les sûretés, la publicité foncière*, Dalloz, Paris.

Jean STOUFFLET (2006), "Le nantissement de meubles incorporels", *La Semaine Juridique Générale*,

suplemento al núm. 20, pp. 19 y ss.

Hervé SYNDET (2007), "Le nantissement de compte", *Droit & Patrimoine*, núm. 161, pp. 62 y ss.

François TERRE, Philippe SIMLER e Yves LEQUETTE (2009), *Les obligations*, Dalloz, Paris.

Pierre VOIRIN y Gilles GOUBEUX (2010), *Droit Civil*, T. I, LGDJ, Paris.