

es el espacio temporal dedicado a las lecciones magistrales y las explicaciones de clase, más extenso y exhaustivo debe ser el tratamiento de las materias en los libros de texto, a fin de que estos suplan de algún modo el déficit de atención que los profesores pueden dispensar a sus alumnos. Asimismo, ello es lo verdaderamente compatible con el nuevo sistema de enseñanza introducido a partir de la implantación del Espacio Europeo de Enseñanza Superior (EEES), que pone su punto de mira más en el trabajo del alumno que en la actuación del profesor, que debe pasar a ser una especie de *couching* para animar al alumno a entrar en el estudio y a desarrollar por sí mismo el conocimiento de las disciplinas académicas.

Esta obra comulga con el ejemplo. En concreto, esta edición ha incorporado la importantísima materia del Derecho de los contratos en particular, prosiguiendo así en el desarrollo del tratado del Derecho de obligaciones, que es la materia que, como es bien sabido, sigue presentando un mayor influjo romanístico en todos los ordenamientos jurídicos de la Europa continental (y en muchos otros extraeuropeos) y que, además, se encuentra en el centro mismo de los debates sobre la armonización y unificación del Derecho privado europeo –una problemática que el A. de esta obra tampoco olvida en su tratamiento de la cuestión. Supone este punto, por tanto, un enriquecimiento sustancial del contenido de esta obra, que sin duda la convierte en un documento aún más imprescindible para la formación de nuestros futuros juristas, llamados a tener un papel no limitado ya al ámbito nacional, sino sobre todo, dada la creciente europeización de nuestra economía, pero también de nuestra sociedad y nuestra cultura, también en la esfera internacional. Portar esta obra en su impedimenta hará de nuestros jóvenes (y no tan jóvenes) estudiosos, no solo mejores y más preparados juristas, sino sobre todo personas más cultas y, por eso mismo, más eficientes y competitivas.

Francisco J. ANDRÉS SANTOS
Catedrático de Derecho Romano
Universidad de Valladolid

LYCZKOWSKA, Karolina: *Garantías financieras. Análisis del Capítulo II del Título I del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo*, Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2013, 349 pp.

1. En esta monografía la Doctora Lyczkowska desarrolla de modo completo el régimen jurídico de las garantías financieras contemplado en el Capítulo II del Título I (artículos 2 a 17) del Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, *de reformas urgentes para el impulso a la productividad y para la mejora de la contratación pública*; RDL mediante el que se incorporó a nuestro Derecho la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, *sobre acuerdos de garantía financiera*. Esta norma ha sido luego modificada en alguna de sus partes, en virtud de la Ley 7/2011, de 11 de abril, *por la que se modifican la Ley 41/1999, de 12 de noviembre, sobre sistemas de pagos y de liquidación de valores y el RDL 5/2005, de 11 de marzo*. Esencialmente esta modificación obedece a dos propósitos: por un lado, añadir a su ámbito los «derechos de crédito» como activo que puede darse en garantía (la Directiva 2002/47 había sido modificada por la Directiva 2009/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de

mayo de 2009, por la que se modifican la Directiva 98/26/CE sobre la firmeza de la liquidación en los sistemas de pagos y de liquidación de valores, y la Directiva 2002/47/CE sobre acuerdos de garantía financiera, en lo relativo a los sistemas conectados y a los derechos de crédito); y, por otro (aunque con un éxito más bien discutible) mejorar y precisar algunos aspectos del régimen previsto en el Real Decreto Ley que padecían cierta ambigüedad («algunos [no todos] problemas de inseguridad jurídica» dice su escuetísimo Preámbulo); fruto de una mala traducción de la Directiva, aunque en la senda del empeño del legislador español en confundir la incorporación al Derecho interno de las Directivas con su simple transcripción.

Junto con esta principalísima modificación deben tenerse presentes también los artículos 67 y 70 de la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, de reestructuración y resolución de entidades de crédito, que atribuyen al FROB poderosas reglas de excepción sobre su vigencia que posiblemente constituyan, como afirma la autora, «un claro incumplimiento del régimen de la norma comunitaria» (p. 312). También debe mencionarse, por último, la DF 3ª del RDL 6/2013, de 22 de marzo, de protección a los titulares de determinados productos de ahorro e inversión y otras medidas de carácter financiero, que señala a la SAREB como sujeto elegible de las garantías financieras.

Los artículos 2 a 17 del RDL 5/2005 organizan un régimen «especial» y singularmente privilegiado para los acreedores garantizados allí contemplados y el estudio de la autora se articula en tres pasos. En primer término, delimita cuál es su ámbito de aplicación: éste no depende solo de la naturaleza de la obligación garantizada o del activo gravable sino sobre todo de las condiciones de las partes del acuerdo de garantía. En este punto difiere del régimen común de las garantías que se distingue en razón de los activos gravables y no de las condiciones de los sujetos que participan en el negocio de garantía. En segundo lugar, cuáles son los activos gravables (toda vez que, como argumenta la autora, la delimitación de la obligación garantizada no suscita mayor dificultad y la delimitación legal permite un generoso ámbito de aplicación, Cap II, 3) entre los que destacan los «derechos de crédito», incorporados en la reforma de 2011. Por último, los derechos opcionales que pueden acompañar a la posición del beneficiario (o acreedor garantizado) y las reglas, extremadamente sencillas, de su ejecución.

El fin último de la Directiva (y, por ende, del RDL 5/2005) es configurar un sistema uniforme de garantías financieras que procure la «circulación de capitales entre los países de la Unión Europea» e impulse «el flujo del crédito» (p. 32). Además tiene otro propósito que se vincula a los sujetos comúnmente elegibles (entidades de crédito): que los activos en cuestión satisfagan las exigencias de Basilea. En síntesis, el régimen especial de las garantías financieras se inspira en la protección del acreedor (es un régimen pro acreedor) que le asigna importantes ventajas (en razón de su simplicidad) en la constitución, desenvolvimiento de la garantía durante la llamada fase de seguridad y ejecución, y es, a la postre, un régimen extremadamente «flexible».

2. La obra se compone de ocho capítulos y tiene un índice verdaderamente agotador. Para comprender mejor el modo de trabajar concienzudo de la autora deben subrayarse las muchas y cuidadas remisiones internas del trabajo. Tal vez se eche de menos en ocasiones (aunque un valor del libro es la dificultad para hallar en él una tacha) la mención de los fines o propósitos del RDL 5/2005, o dicho de otro modo, que se encabecen los capítulos con la descripción de las razones o problemas que iluminan el régimen que después

con tanta minuciosidad se estudia. El Capítulo VIII relativo a las conclusiones es un compendio de las dificultades y razones que se hayan desperdigadas por todo el libro.

En el primer Capítulo (pp. 31 ss.) se examinan los distintos aspectos del régimen jurídico de las garantías financieras en contraste con el que podemos llamar régimen común del Derecho de las garantías entre nosotros. Los problemas principales son tres: (i) la constitución eficaz del «derecho de garantía» (en suma, bajo qué condiciones efectivamente existe un derecho de esta clase oponible al resto de los acreedores) ya se constituya como garantía pignoratícia o ya como transmisión de la titularidad con fines de garantía. (ii) Los derechos opcionales previstos en el RDL 5/2005: en particular, el derecho de disposición a favor del beneficiario con el aliciente de que el activo de reemplazo goza del mismo rango, o el de retirada del excedente o de sustitución del activo gravado por el garante (de nuevo sin pérdida de rango), derechos que alimentan el flujo del crédito y permiten, de modo indirecto, la reducción del coste de prestar garantías (el acreedor desintermedia su posición desde su ejercicio) o el régimen de las garantías complementarias (recuérdese el artículo 1129 3.º CC) en el que, de nuevo, lo relevante es la asignación del «mismo» rango. Y (iii) la ejecución, cuyas reglas han supuesto que la prohibición del pacto comisorio ya no sea una norma de «orden público» entre nosotros (STS 24 junio 2010 [RJ 2010, 5410]). «La ejecución puede llevarse a cabo mediante venta privada, apropiación o compensación mediante aplicación del importe del efectivo al cumplimiento de la obligación garantizada. No hace falta notificar al deudor ni ofrecer plazo de gracia para el cumplimiento de la obligación garantizada» (p. 42).

3. En el Capítulo II se estudian las «condiciones de aplicación del régimen especial». En realidad, lo que se hace es enunciar los rasgos o elementos que permiten la asignación «imperativa» de este régimen. Para ello se recurre a las tres señas de identidad del régimen. En primer término, los sujetos que participan en el negocio de garantía con atención a dos problemas singulares: la pérdida (o adquisición) sobrevenida de los requisitos propios y la pluralidad de acreedores. En segundo lugar, la obligación garantizada que incluye toda clase de obligaciones pecuniarias (pp. 60-61, 63; SAP Barcelona 30 septiembre 2008 [JUR 2009, 94119]); y, por último, el objeto gravado que no puede extenderse a otros activos imaginables por el carácter «imperativo» del régimen que se explica por las ventajas y diferencias que establece frente al régimen común (la especialidad debe ser salvaguardada solo para los casos en que concurren las razones presupuestas por el legislador).

Posiblemente el epígrafe más interesante de este Capítulo sea el 5 referido a «un régimen especial» (pp. 65 ss.), como subraya la tantas veces modificada DA 2.ª LC y varias sentencias que la autora enumera. Es un régimen imperativo: no puede ser elegido por las partes de una garantía cualquiera sino que solo es aplicable (y lo es, además, en todo caso) cuando se consuman sus requisitos propios lo que (como todo derecho, que es siempre posible ejercer o no hacerlo) no impide que la garantía se constituya bajo distintos regímenes (también como prenda ordinaria) y se elija uno distinto por el beneficiario. La razón de fondo es sencilla de entender: «no tendría sentido sistemático ni teleológico que el Ordenamiento permitiera que los sujetos se colocaran opcionalmente en este régimen especial, cuando las condiciones de aplicación del régimen común son imperativas, precisamente porque los derechos reales externalizan sus efectos en terceros ajenos a los pactos entre partes interesadas» (énfasis nuestro, p. 66). Se anticipa también (y luego,

Cap V) el régimen de la garantía fiduciaria que, en general, es de contornos inciertos entre nosotros.

4. En el Capítulo III se da cuenta del «objeto de la garantía financiera» o, en otros términos, de los activos gravables. Son tres las cuestiones que se desarrollan, con pulcritud y exacto conocimiento del régimen común del Derecho de contratos además del relativo al mercado de valores: (i) el efectivo, con atinadas reflexiones sobre las aportaciones de nuevos fondos (pp. 79); o el caso *Spanair v. CaixaBank*, AJMer Barcelona, 10, 27 marzo 2012 (AC 2012, 799); o la exclusión de los frutos del efectivo con una acabada síntesis del sentido del artículo 1868 CC; (ii) los instrumentos financieros, en donde señala la interpretación que merece el artículo 2 LMV (excluye los valores no admitidos a cotización, por las razones de liquidez que impulsan la Directiva 2002 y su congruencia con el régimen de ejecución; examina, igualmente, la cartera de valores como activo gravable, cartera que constituye una universalidad de hecho, pp. 96 ss.); y (iii) los derechos de crédito, entendidos como derechos pecuniarios derivados de un crédito otorgado por una entidad de crédito (en sentido estricto) en forma de préstamo o crédito. La extensión a los derechos de crédito no se ha hecho en la ignorancia de la posibilidad de proceder a su titulación, sino justamente para evitar sus dificultades y para aumentar las opciones de los acreedores y, por ende, promover el flujo del crédito (más adelante, da cuenta de las enormes carteras de créditos que tienen las entidades financieras, pp. 242-243).

5. El Capítulo más extenso de todos es el IV, relativo a la «constitución de la garantía financiera y el problema del control». Su extensión tal vez se deba a la fascinación (estaban «obnubilados» señala su maestro en el Prólogo) por el problema del control: tan es así que el Capítulo no comienza por exponer el problema de la «constitución» y el para qué del control, que, según se advierte mucho más adelante (p. 141) sirve a la protección de los «terceros acreedores». Las páginas más precisas son las relativas al sentido y función del desplazamiento posesorio en la prenda ordinaria (art. 1863 CC, pp. 186 ss., que son en suma el presupuesto lógico del sentido del control): en el desplazamiento posesorio lo que asegura la posición del beneficiario (desde la perspectiva jurídica y también desde la consistencia de la propia garantía) es la «desposesión» del garante del activo gravado y lo que promueve una ejecución sencilla (y eficaz desde la perspectiva económica) es justamente el «control» del activo por parte del beneficiario, de modo directo o indirecto y, en todo caso, sin tener que recurrir al consentimiento o cooperación del propio garante o sujetarse a sus instrucciones.

La larga disquisición sobre los distintos modelos de control y su incorporación a varios Estados de la Unión (al margen del modelo, entre otros, del UCC) no son conclusivos respecto al régimen en el RDL 5/2005 (objeto del estudio, pp. 170 ss). El control enlaza con las ventajas que atribuye el RDL 5/2005 al beneficiario (derechos de uso y disposición sobre el activo gravado, ejecución por apropiación siempre que sea comercialmente correcta): «Dichas ventajas están condicionadas fácticamente a que el acreedor esté en [tenga el] control del activo gravado, ya que la falta del acceso inmediato al activo impide disfrutar de estas posibilidades en la práctica por su propia naturaleza» (p. 190). Control que está implícito en la transmisión fiduciaria: siendo titular del bien, el beneficiario goza del control negativo y del positivo (ostenta «todo» el poder de disposición).

Después examina cómo se materializa el control en los distintos tipos de activos según su naturaleza y régimen jurídico propio (Cap IV, 5). En sede de

control del *cash* estudia la prenda de créditos y su régimen de control, singularmente complejo por tres razones: por un lado, la propia naturaleza del derecho de crédito; por otra, la dificultad cuando el acreedor del derecho de crédito no es el propio beneficiario sino un tercero y, por último, el valor que cabe asignar a la notificación al deudor cedido. En el Cap IV, 6 se detalla el régimen de la prenda de créditos, sus dificultades interpretativas, su proximidad con la compensación convencional, y también cómo articular el control para lograr que satisfaga los requisitos propios del RDL 5/2005. Así señala: «Consideramos que la notificación al depositario de la prenda del *cash* es insuficiente a efectos de su constitución como una garantía financiera y que hace falta un acuerdo de control trilateral, entre el depositario, el acreedor y el garante para que la prenda pueda valerse del régimen del RDL. Su exigencia es necesaria para guardar un mínimo equilibrio entre los intereses de los acreedores presentes y futuros del mismo deudor» (p. 236). Concluye el Capítulo con el examen del control en los derechos de crédito, en el que finalmente opta por señalar que basta para la constitución eficaz la identificación de los derechos en la lista que menciona el artículo 8. 2 RDL 5/2005 (p. 247, e igualmente en el régimen de la DA 6.^a LABDE) lo que evita los problemas de los créditos futuros y de las masas de créditos (la notificación en tales casos o es imposible o impracticable por excesivamente costosa).

6. El Capítulo V se dedica a la «transmisión de la titularidad con fines de garantía», que se acompañará de la obligación de retransmitir (los activos u otros de valor equivalente) cuando se cumpla la obligación garantizada. Parece claro que esta transmisión fiduciaria es la figura que mejor se adapta (por el haz de facultades que comprende y la inmediatez en su ejecución) a la búsqueda de liquidez en el mercado (p. 195). Desde luego es más expedita que la garantía pignoraticia, que padece «complicaciones» (p. 196) y muchos de los derechos opcionales (naturalmente implícitos) o de las reglas relativas a la ejecución se simplifican sobremanera si se elige esta modalidad (como desarrolla en los epígrafes 3.7 a 3.11).

No obstante, la transmisión fiduciaria carece de un régimen seguro en nuestro Derecho y, por ende, la búsqueda de reglas supletorias se constituye en una tarea harto difícil (como acredita el estudio de la garantía con cambio de titularidad en el sistema español, pp. 258 ss., pese a los esfuerzos de buenos juristas). Para comprender mejor la transmisión fiduciaria se da un repaso a muchas operaciones que guardan estrechas semejanzas con ella (en su utilidad, en su estructura) y que se describen con una sencillez que es muy de agradecer (operaciones dobles, compraventas simultáneas o préstamos de valores).

7. En el Capítulo VI se examina el «derecho de uso y disposición» que regula el artículo 9 RDL 5/2005, del que están excluidos los derechos de crédito y que es naturalmente atribuido al fiduciario. La razón de este derecho es plenamente congruente con los fines generales del régimen de las garantías financieras: propiciar el flujo del crédito, mediante la posibilidad de que se rebaje su coste al poder el beneficiario maximizar los activos gravados. No obstante, hay riesgos, como hace patente la autora. Sobre todo por el lapso que media entre el ejercicio del derecho de disposición y el cumplimiento de la obligación de sustitución por activos de valor equivalente (aunque con independencia de este momento, el rango sobre el activo que sustituye es el mismo que el del activo sustituido). No es un riesgo (pese a la afirmación de la autora, p. 283 y nota 522) la firmeza de la posición de los terceros que adquieran los activos gravados del beneficiario en este caso,

puesto que adquieren de un titular pleno o, al menos, de un sujeto que goza de poder de disposición (no hay caso alguno de disponente desleal que es la raíz del artículo 464 CC). En el caso de las garantías pignoraticias no hay pérdida de la titularidad por el garante, pese a que se atribuya el derecho de disposición al beneficiario, y habrá un mandato o autorización (y entonces, será un disponente con título) (p. 291).

8. El Capítulo VII concierne a la «ejecución de la garantía financiera». En este punto se hace referencia a tres aspectos: las reglas comunes de la ejecución, las particularidades de la ejecución y los excepcionales poderes conferidos al FROB por la Ley 9/2012, de 14 de noviembre, *de reestructuración y resolución de entidades de crédito*. La libertad de ejecución y su sencillez (junto con la relativa inmunidad concursal) es uno de los rasgos que identifican el régimen de las garantías financieras y posiblemente es uno de los más poderosos incentivos para su empleo en el tráfico. Evita, además, la consecuencia indeseada (sin parangón en el régimen de las garantías inmobiliarias) prevista en el artículo 1872 CC de la obligación de dar carta de pago en caso de que el acreedor quisiese apropiarse del bien en caso de dos subastas desiertas.

No obstante el empeño en el RDL 5/2005 por asegurar una ejecución eficaz no pueden hurtarse las reglas generales de impugnación (que no resultan alteradas) ni tampoco la posibilidad por parte de la administración concursal de impugnar su constitución si puede acreditar el «fraude de acreedores» (y no el simple «perjuicio de acreedores» como recogía en la redacción original del artículo 15.5 RDL 5/2005). Se acepta la apropiación como modo de ejecución y el único problema es procurar que sea comercialmente correcta o razonable.

En el caso de los créditos estos «no se venden, ni siquiera son “apropiados” por el acreedor, sino que son ejercitados por éste, como titular o cotitular del derecho de cobro, que se le atribuye ya en fase de seguridad de la prenda, y no como adjudicación solutoria» (p. 302). Entre las particularidades examina, por razones propias del mercado de valores la ejecución de grandes paquetes de acciones cotizadas; y también la posibilidad de pedir la adopción como medida cautelar de la suspensión de la ejecución, que, en general son admisibles, aunque el problema no estibaré en la apariencia de buen derecho sino en el *periculum in mora* que debe conciliar los intereses del garante con los del beneficiario (y así el caso Alteco).

9. Muchas de las preguntas que asaltan al lector del RDL 5/2005 tienen en este libro una cabal y precisa respuesta. Otras veces la pregunta sobrevive al libro. Así: (i) ¿por qué tantas divagaciones sobre la noción de «control» y los ulteriores desarrollos en varias disciplinas o modelos (en particular, la extensa consideración del régimen del UCC, régimen que por otra parte construye de un modo absolutamente funcional el sistema de garantías y que tal vez hubiera ofrecido algún argumento suplementario al tiempo de abordar las garantías propietarias)? Sin duda estas divagaciones no carecen de interés, pero son incongruentes (y tal vez innecesarias) en una obra con un decidido propósito de simplicidad. La explicación se ofrece en el propio prólogo: tanto la autora como su maestro estaban «obnubilados» por el problema (p. 29). La utilidad última de esta divagación termina en la imposibilidad de admitir repignoraciones (aunque pueda pignorar, claro es, un derecho de crédito futuro a la recuperación del activo o del sobrante, pero que no es, en rigor, un problema de doble o sucesiva garantía) que además entorpecerían la

liquidez de la garantía y elevarían el riesgo de convertir la garantía en garantía *subprime* e incrementar el riesgo de contagio sistémico (p. 199).

(ii) Soporta una ambigüedad impropia del libro las afirmaciones que se vierten sobre los casos de pluralidad de acreedores garantizados (beneficiarios) en los casos de préstamos sindicados (cuyo régimen es sustancialmente el propio de las obligaciones mancomunadas, «reputándose créditos o deudas distintos entre sí», art. 1138 CC) y además, tal vez sería preciso primero argumentar sobre el carácter necesario del régimen (Cap. II, 5): por una parte, en lo que se afirma en sede de ámbito subjetivo, en donde se señala que basta que solo uno de los acreedores sea de los sujetos «elegibles» (pp. 54-55) y lo que después se afirma respecto a la posibilidad de ceder a un sujeto no elegible el crédito así garantizado. Lo que importa es si la garantía, al tiempo de su constitución, se sometía o no al RDL 5/2005 y este régimen acompaña a la garantía en caso de cesión o subparticipación (caso de pluralidad de acreedores) e igualmente se aplica si el cesionario reúne las condiciones propias del RDL 5/2005 (p. 53).

(iii) La estupenda elegancia (el buen gusto al desmontar una regla) de que hace gala la Doctora Lyczkowska debe tener sus límites: no cabe considerar como «una curiosa situación» a la contradicción o elusión del sistema de fuentes (p. 211).

(iv) El RDL 5/2005 no prescinde de fijar reglas explícitas sobre la certeza de la fecha a efectos de oponibilidad frente a terceros (p. 36) puesto que basta la constitución del derecho real de garantía conforme a sus requisitos para que deba entenderse eficaz frente a terceros (en particular los acreedores del garante). Si otra fuera la regla, esto es, si hubiera de recurrirse a las reglas «comunes», no bastaría la forma escrita o equivalente sino que debería recurrirse a lo estipulado en los artículos 1218 y 1227 CC.

(v) En la prenda de créditos acogida en la Ley concursal (la única norma sustantiva que la regula específicamente) los requisitos para su constitución eficaz y oponibilidad son los mencionados en el artículo 90.1.6.º LC (justamente por eso no se menciona la prenda de créditos en el artículo 90.2 LC, toda vez que las normas sobre la oponibilidad de la prenda de créditos se acogen en el número 6.º) y en ellos no se menciona en exclusiva el «documento público» (como insiste la autora, p. 123, nota 175 y p. 231) sino que «basta con que conste en documento con fecha fehaciente» (y entonces, art. 1227 CC).

(vi) En la elección entre la garantía pignoratícia y la transmisión de la propiedad se señala como elementos que hacen preferibles las garantías pignoratícias el riesgo de recharacterización (pero se reconocen sus efectos en sus propios términos, art. 6.1 Directiva 2002) y se mencionan unas ignotas diferencias fiscales (p. 196).

(vii) En el caso de transmisión de la titularidad con fines de garantía se constata que el problema de su ejecución puede dejar al albur la regla de la razonabilidad comercial, esto es, la posibilidad de que se consolide la propiedad de un activo de mayor valor que el importe de la obligación asegurada (justamente lo que le importa al legislador es asegurar que el valor del activo apropiado no es sustancialmente superior al valor de la deuda subyacente y no tanto evitar la «apropiación» como medio de ejecución). Para tal caso, la autora propone que cabe solventar el problema con dos mecanismos: la acción rescisoria (*i*), (supongo que no se referirá a una inexistente rescisión por lesión general y tampoco me parece sencillo argumentar que se trata de una rescisión por fraude de acreedores) o bien la acción para solicitar (o rei-

vindicar) el sobrante del valor (pp. 265-266), que parece, congrega tal vez más obstáculos para su triunfo, de las que pudieran imaginarse.

Estamos de acuerdo con la conclusión general: «La posibilidad de un control judicial *ex post* del pacto o de su ejecución a la luz del principio de razonabilidad comercial es un mecanismo suficiente para garantizar los derechos del fiduciante. Además, es más razonable delegar el juicio sobre la licitud de las condiciones pactadas a un control judicial *ex post* que impedir la apropiación en nombre de la mal entendida prohibición del pacto comisorio, condenando de hecho al contrato de fiducia a un limbo sin reglas ciertas» (p. 267).

10. La capacidad de sugerir del libro es indiscutible: algo a lo que nos tiene acostumbrados la Doctora Lyczkowska (véanse sus comentarios en CCJC 80, 89 ó 91, o el trabajo sobre el 1257 II CC, Aranzadi civil 1 [2008]). Elijo unos pocos asuntos.

(i) Me parece excelente la distinción entre los requisitos fácticos y normativos (pp. 186 ss.). «Un requisito es fáctico si su inexistencia produce únicamente el efecto de que el negocio jurídico o clase de derecho de que se trata no puede proporcionar a su titular toda la utilidad asociada a la asignación y titularidad de este derecho, pero no afecta a la validez jurídica del título de asignación. Por el contrario, hablaremos de un “requisito normativo” cuando se trate de una condición de validez del negocio jurídico que se pretende celebrar, de forma que la falta de su cumplimiento impedirá la conclusión de dicho negocio de forma jurídicamente eficaz». Con cuanta frecuencia la discusión sobre las garantías (en especial las mobiliarias) gira en torno a problemas de «consistencia» de la garantía, esto es, de su aptitud para servir a los fines para los que se concibe desde la perspectiva económica. La historia de las garantías mobiliarias se desenvuelve por un lado para incorporar activos valiosos a su circulación en garantía (en suma, para maximizar el valor de cualquier riqueza) y por otro, para obtener garantías «consistentes» con sus fines económicos.

(ii) De igual modo, es un acicate para la evolución del modo de legislar en España la delicada (y a menudo abrumadora) corrección de una norma empantanada en defectos gramaticales y de traducción tan notables que nos ofrece la autora. En realidad podemos decir que este libro ofrece la «relectura» apropiada (aunque tenga interpretaciones discutibles son todas ellas razonadas y plausibles) del RDL 5/2005. En ocasiones el legislador olvida que las reglas, las normas, son también actos comunicativos. La incorporación a nuestro Derecho de Directivas comunitarias no puede reducirse a la transcripción literal de unos preceptos en otros sino que exige detenerse en el Derecho en el que se inserta (y conocerlo) y también en la realidad económica y práctica que tratan de ordenar (más aún en una materia, la de las garantías financieras, imbuida de reglas propias, de singulares expresiones, de lugares comunes que conviene conocer, ya sea para repudiar, para ordenar o para olvidar; así, por ejemplo, sobre el *cash settlement*, p. 57, o el requisito del doble escrito, respecto al acuerdo de garantía y a la aportación, p. 124; o el modo de entender válidamente aportado el activo, p. 177).

(iii) Los regímenes especiales no son, no pueden ser, decisiones arbitrarias del legislador o que no dispongan de una justificación suficiente: debe haber razones suficientes y proporcionadas que expliquen por qué otros acreedores sobre otros activos o sobre los mismos activos pero sin sus características tiene que someterse a reglas menos expeditas para sus derechos, tanto en su ejecución como en su inmunidad concursal (no es preciso, como

tantas otras veces, recurrir a un inexistente normativamente, principio de la *par condicio creditorum*, p. 46, nota 20).

11. La autora ha prescindido de la división entre ramas y, en la estela de su maestro, aborda el «problema» como problema, abstraída de si pertenece o deja de pertenecer a las áreas de conocimiento en que nos han encastillado (esto sí son verdaderos nichos), asunto éste que tiene un excelente campo de juego en la propuesta de Código mercantil (léanse las medidas palabras de Fernando Gómez Pomar en el editorial «Un nuevo Código», *Indret* 3 [2013]). Y lo hace con un notable conocimiento de la disciplina del Derecho de garantías (que exige, claro, conocer el entramado del Derecho de contratos) en el Derecho común. Lo ha hecho, además, en la nebulosa de un «horizonte de incertidumbre conceptual» (Prólogo, p. 24) y ha salido airosa del envite.

No era imprescindible examinar separadamente el régimen concursal de las garantías financieras (no tienen un capítulo propio) pero en la práctica los aspectos primordiales del régimen de la «relativa» inmunidad concursal son tratados con análoga profundidad (no es preciso divagar sobre qué se entiende por «fraude de acreedores» en sede del artículo 15.5 RDL 5/2005, basta recordar el análogo artículo 10 LMH, que produce un mismo propósito de fuga a la disciplina especial por parte de los acreedores profesionales) y son muy valiosas sus reflexiones sobre las medidas cautelares (caso Alteco).

La fidelidad a su maestro es encomiable y pocas veces se materializa en una diferencia, así ocurre finalmente en sede de oponibilidad en el concurso de las prendas sobre créditos futuros (p. 254 y nota 448) en las que opta, razonablemente, por entender que debe asignarse a las garantías financieras la misma regla que se predica, normativamente, de las prendas de crédito instrumentadas mediante prendas sin desplazamiento de la posesión, pese a que la diferencia carezca de coherencia legislativa, que condena a las prendas de créditos futuros a instrumentarse en exclusiva como prendas sin desplazamiento.

Este libro es, a mi entender, y por méritos propios, la referencia principal en el Derecho de las garantías financieras en España.

José Ramón GARCÍA VICENTE
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Salamanca

MOREU BALLONGA, José Luis: *La ocupación explicada con ejemplos*, Reus, Madrid, 2013, 319 pp.

En los albores del siglo XXI y en el marco del Derecho civil son pocas las materias que escapan a tratamientos recurrentes que pretenden aportar luz a las sombras que sin duda cualquier institución guarda. Pero este fenómeno, común a cualquiera de las disciplinas jurídicas, parece ser ajeno al tema de que trata el libro objeto de recensión. De la ocupación y los hallazgos, sólo unos pocos autores se han atrevido a escribir en las últimas décadas, circunstancia que bien pudiera justificarse si se tiene en cuenta el exhaustivo tratamiento que de la materia hizo el profesor Moreu Ballonga en su monografía de casi setecientas páginas, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, 1980, calificada por el profesor Lacruz como el «libro más completo y documentado que existe sobre el tema en la literatura universal». Después de la publicación de esta obra, al que ha de serle reconocido el merecido logro de contener una