

DOCTRINA INTERNACIONAL



El uso de mandatarios en los derechos de garantías mobiliarias hongkonés e inglés

Private Receivers in Hong Kong and British Secured Transactions Law

Raúl Iturralde González*

RDP

Resumen

México ha modificado su derecho con respecto a las garantías mobiliarias en las últimas décadas. Estas modificaciones se han basado, sobre todo, en el derecho norteamericano del artículo 9o. del Código Comercial Uniforme. Sin embargo, existen otras formas de lidiar con estos asuntos dentro del mismo sistema del *common law*. El sistema hongkonés (que está basado en el sistema inglés) no ha adoptado un sistema uniforme como el del mencionado artículo 9o., por lo que contiene variadas formas de garantía. Asimismo, en el derecho hongkonés existe la posibilidad de nombrar un mandatario, quien tomará posesión del bien, para la ejecución de la garantía y vigilar el pago de la deuda.

PALABRAS CLAVE: garantías mobiliarias, derecho hongkonés, mandato, derecho mercantil.

* Profesor en la Escuela Nacional de Estudios Superiores, unidad Juriquilla, UNAM. Ex-Visiting Fellow en la City University de Hong Kong (2018-2019), correo electrónico: dr.rauliturralde@gmail.com.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Abstract

The law regarding mexican secured transactions has been reformed in the last decades. These modifications have been based, specially, in the American article 9 of the uniform commercial code. However, the common law system has other forms to deal with these issues. The Hong Kong system (which is based on the English system) has not adopted a uniform system as the one in the aforementioned article 9; therefore, different forms of secured transactions exist in Hong Kong. Moreover, the Hong Kong system offers the possibility of naming an agent, who will take possession of the secured good, for the execution of a secured transaction ensuring the payment of the debt.

KEYWORDS: secured transactions, Hong Kong law, agency, commercial law.

Sumario:

1. Introducción.
2. El sistema jurídico de Hong Kong.
3. El derecho norteamericano de garantías mobiliarias.
4. El derecho inglés de garantías mobiliarias.
 - A. Mortgages
 - B. Pledges
 - C. Liens
 - D. Otros tipos de instrumentos para garantizar el cumplimiento de obligaciones
 - E. La prelación en el derecho inglés de garantías mobiliarias
5. El mandato en el derecho del *common law* inglés.
6. La *charge* en los derechos inglés y hongkonés de garantías mobiliarias.
7. El uso de mandatarios en el derecho hongkonés de garantías mobiliarias.
8. Conclusión.
9. Bibliografía.

1. Introducción

Durante una plática con profesores de la City University de Hong Kong respecto al tema de las garantías mobiliarias en México, surgió una pregunta que se me hizo interesante: “¿es posible que las partes nombren

a un mandatario para que se encargue de liquidar/administrar el bien dado en garantía?” La cuestión me pareció intrigante, puesto que no recordaba haber estudiado una figura similar en el derecho norteamericano de garantías mobiliarias —el cual asumí sería el más similar al derecho hongkonés—, y tampoco me parecía que el derecho mexicano permitiera ese tipo de ejecución.

Al estudiar el derecho hongkonés —y por lo tanto, el inglés, como se verá más adelante— pude apreciar las diferencias que tiene con el derecho norteamericano. Los derechos inglés y hongkonés no están tan estructurados y unificados como el derecho norteamericano y, por lo tanto, su estudio se vuelve más enredado y complejo.

Para entender esta figura de un mandatario responsable de ejecutar una garantía mobiliaria, este trabajo empezará describiendo el derecho hongkonés y su relación con el derecho inglés. Después, se hará una breve descripción del derecho norteamericano de garantías mobiliarias como base para el estudio del derecho hongkonés. Se procederá a describir los diferentes tipos de garantías mobiliarias en el derecho inglés, seguido de una descripción de la figura del mandato en dicho derecho. Se procederá también a describir la garantía mobiliaria en la que se da la figura del mandatario descrita, la cual será analizada al final del trabajo. Este trabajo es una descripción del uso de mandatarios para la ejecución de garantías mobiliarias en Hong Kong.

2. El sistema jurídico de Hong Kong

En 1842 el imperio británico asumió control sobre la isla de Hong Kong,¹ con lo que empezó su dominio sobre el homónimo territorio. Dicho dominio terminó en 1997, cuando el territorio de Hong Kong fue regresado a la República Popular de China.² Esto haría pensar que Hong Kong se rige bajo un derecho mixto, sin embargo, el sistema legal de Hong Kong continúa basado en el *common law* inglés.³

¹ Srivastrava, D. K. (coord.) *Business Law in Hong Kong*, 5a. ed., Hong Kong, Thomson Reuters, 2017, p. 3, párr. 1.002.

² *Ibidem*, párr. 1.001.

³ *Ibidem*, párr. 1.002.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Como parte del acuerdo entre el Reino Unido y China, se estableció que las leyes que regían Hong Kong se mantendrían por 50 años después del retorno del territorio a China.⁴ Esto quiere decir que, en práctica, el derecho inglés se ha mantenido como base del derecho hongkonés. Así quedó establecido en lo que podría considerarse la “Constitución” de Hong Kong, la *Basic Law*: “Las leyes que se aplicarán en la Región Administrativa Especial de Hong Kong serán esta ley, las leyes previamente aplicables en Hong Kong de acuerdo con el artículo 8o. de esta ley, y las leyes promulgadas por la legislatura de la Región”.⁵

El mismo artículo nos indica que, a excepción de leyes nombradas en el anexo III de la *Basic Law*, las leyes nacionales de la República Popular de China no serán aplicables en Hong Kong.⁶ También nos remite al artículo 8o., el cual enumera qué leyes se seguirán aplicando en Hong Kong:

Las leyes previamente aplicables en Hong Kong, es decir, el *common law*, las reglas de *equity*, las leyes escritas [*ordinances*], la legislación secundaria, y la ley consuetudinaria se mantendrán, excepto por cualquiera que contradiga esta ley, y sujeta a cualquier enmienda por parte de la legislatura de la Región Administrativa Especial de Hong Kong.⁷

Hasta el retorno de Hong Kong en 1997, el precedente creado por las cortes inglesas aplicaba en Hong Kong.⁸ Esto quiere decir que el precedente inglés creado después del 30 de junio de 1997 es consi-

⁴ Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong [Declaración en conjunto del gobierno del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte y del gobierno de la República Popular de China con respecto a la cuestión de Hong Kong], Beijing, 19 de diciembre de 1984, artículo 3o., secciones (3) y (12), disponible en: <https://www.cmab.gov.hk/en/issues/jd2.htm> (en inglés). También *Basic Law* (1997), artículo 18, disponible en: https://www.basiclaw.gov.hk/en/basiclawtext/chapter_2.html (HK) (en inglés).

⁵ *Basic Law* (1997), artículo 18 (traducción del autor).

⁶ *Idem*.

⁷ *Basic Law* (1997), artículo 8o. (traducción del autor).

⁸ Application of English Law Ordinance, cap. 88, artículo 3(1) (derogada), en Srivastrava, *op. cit.*, p. 14, párr. 1.053.

derado bastante persuasivo, pero no obligatorio.⁹ En resumen, el derecho hongkonés se puede considerar una versión del derecho inglés, tanto, que las escuelas de derecho usan libros ingleses para enseñar a sus alumnos.¹⁰

Por lo tanto, estudiar el derecho hongkonés implica estudiar el derecho inglés. Es por esto por lo que las primeras partes de este trabajo se enfocan en describir el derecho inglés de garantías mobiliarias y del mandato. Los principios de estos derechos se aplican en Hong Kong. La última parte de este trabajo se enfoca en el derecho hongkonés en específico, debido a que el derecho inglés se ha modificado y ya no aplica de la misma manera.¹¹

3. El derecho norteamericano de garantías mobiliarias

El derecho norteamericano de garantías mobiliarias se diferencia del derecho inglés en la existencia del artículo 9o. del Código Comercial Uniforme.¹² Antes de la aparición de este artículo 9o. los derechos norteamericano e inglés se asemejaban en la existencia de diversos instrumentos de garantía con diferentes regulaciones y requisitos.¹³ Nos explica el profesor Peter Winship que el problema se agravaba por el hecho de que las garantías mobiliarias son reguladas al nivel estatal en los Estados Unidos, con lo cual existían diferentes leyes —escritas y basadas en precedente— en cada estado de la Unión.¹⁴

Los intentos por homogeneizar la regulación de los distintos instrumentos de garantía habían creado algunas leyes uniformes que,

⁹ *Ibidem*, p. 14, párr. 1.053.

¹⁰ Véase, por ejemplo, City University of Hong Kong, programa de la asignatura Commercial Law LW5658, semestre A (2017-2018), disponible en: <http://www.cityu.edu.hk/catalogue/pg/201819/course/LW5658.pdf>.

¹¹ Véase *infra*, nota 162 y texto que la acompaña.

¹² Uniform Commercial Code (1951, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute) (varias versiones publicadas desde esa fecha).

¹³ Véase Winship, Peter, "An Historical Overview of UCC Article 9", en Gullifer, Louise y Akseli, Orkun (eds.), *Secured Transactions Law Reform, Principles, Policies and Practice*, S. L. I., Hart Publishing, 2016, pp. 21-23.

¹⁴ *Idem*.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

en realidad, tuvieron poco éxito.¹⁵ No fue sino hasta que se empezó a desarrollar la idea de crear un código comercial uniforme que se buscó el incluir los distintos instrumentos de garantía bajo una misma ley.¹⁶ El trabajo de crear un código uniforme fue tomado por la National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, con ayuda del American Law Institute, y se nombró como jefe de redacción al profesor Karl Llewellyn.¹⁷

Hasta ese momento —mediados de la década de los cuarenta—, el plan era el crear reglas uniformes para cada tipo de instrumento de garantía,¹⁸ sin embargo, cuando el borrador fue presentado para su aprobación, en 1949, fue rechazado y reenviado para ser modificado.¹⁹ Se propuso que en lugar de crear reglas para los distintos tipos de instrumentos que había entonces, se buscara el unificar los instrumentos bajo las mismas reglas.²⁰

Fue así como el derecho norteamericano introdujo la idea de un *security interest* unificado con reglas comunes para la creación, validez, perfeccionamiento, prelación y ejecución de las garantías mobiliarias.²¹ En otras palabras, no importa qué tipo de instrumento de garantía uses en el derecho norteamericano, éste va a encuadrarse como un *security interest* y sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 9o.²² Existen excepciones, tal y como indican las secciones (c) y (d) del artículo 9-109, las cuales excluyen, entre otras cosas, las garantías creadas sobre bienes inmuebles.²³

¹⁵ Las leyes modelo respecto a compra-venta sin disposición de la propiedad (1918), *chattel mortgages* (1926) y *trust receipts* (1933) no fueron adoptadas por todos los estados. Winship, *op. cit.*, p. 22, n7.

¹⁶ *Ibidem*, pp. 24-29.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

¹⁸ *Ibidem*, p. 27.

¹⁹ *Idem*.

²⁰ Propuesta de la profesora Allison Dunham durante la reunión anual de 1949. *Idem*.

²¹ *Ibidem*, p. 29.

²² Véase McCormack, Gerard, *Secured Credit Under English and American Law*, Cambridge University Press, 2004, p. 71.

²³ Uniform Commercial Code, 9-109 (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-109>.

Por lo tanto, el derecho de garantías mobiliarias de los Estados Unidos se caracteriza por la homogeneidad debido a que cualquier forma de instrumento de garantía —que no sea sobre bienes inmuebles— debe seguir las reglas del artículo 9o. El profesor McCormack nos da el ejemplo de un contrato de compraventa con retención de la propiedad (el vendedor retiene la propiedad sobre el bien hasta que se termine de pagar); en el derecho norteamericano esta retención se toma solamente como el otorgamiento de un *security interest*, y no como la retención de la propiedad sobre el objeto.²⁴

4. El derecho inglés de garantías mobiliarias

A diferencia del derecho norteamericano, el derecho inglés de garantías mobiliarias no está unificado. Éste abarca una gama de instrumentos que pueden usarse para garantizar una transacción.²⁵ Sin embargo, estos instrumentos responden a sus propias reglas. McCormack indica que los instrumentos de garantía pueden ser diferenciados entre legales y de equidad (*equity*), posesorios y no posesorios y consensuales y no consensuales.²⁶

Estas diferencias son importantes debido a que la clasificación de cada instrumento de garantía afectará los derechos y obligaciones de las partes. McCormack explica que los instrumentos legales (en oposición al de *equity*) son oponibles contra todo el mundo, mientras que los instrumentos de *equity* son oponibles contra todos menos contra un comprador de buena fe.²⁷ La distinción entre instrumentos posesorios y no posesorios se refiere a aquellos que requieren que el acreedor retenga el objeto garantía.²⁸

²⁴ McCormack, *op. cit.*, p. 72. Véase *infra* “Otros tipos de instrumentos para garantizar el cumplimiento de obligaciones”.

²⁵ Véase McCormack, *op. cit.*, pp. 39-46. También Hooley, R. J. A. *et al.*, *Commercial Law, Text, Cases, and Materials*, 5a. ed., Oxford University Press, 2017, pp. 1007-1077.

²⁶ McCormack, *op. cit.*, p. 39. Véase *infra* nota 46 y texto que la acompaña.

²⁷ *Ibidem*, pp. 39 y 40.

²⁸ *Ibidem*, p. 40.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Es en esta distinción entre instrumentos posesorios y no posesorios se encuentran nombres similares a los usados en el derecho norteamericano. Sin embargo, es importante no confundir los términos empleados en el derecho inglés. Por ejemplo, en el derecho inglés un *lien* es el equivalente a un *possessory lien* en el derecho norteamericano, puesto que depende de la retención física del objeto por parte del acreedor.²⁹ A continuación, se dará una breve explicación de distintos tipos de instrumentos de garantía en el derecho inglés.

A. *Mortgages*

Se podría pensar que los *mortgages* son el equivalente de las hipotecas en el derecho mexicano, pero los *mortgages* en el derecho inglés son bastante diferentes. La diferencia consiste en que el *mortgage* inglés implica una transferencia de la propiedad sobre el objeto con la reserva de que el acreedor se compromete a regresarlo una vez cumplida la obligación.³⁰ Los *mortgages* pueden ser legales o de *equity*, sobre bienes muebles o inmuebles³¹ o sobre bienes tangibles o intangibles.³²

B. *Pledges*

Los autores de la quinta edición de *Commercial Law* indican que las características de las *pledges* son:

- a) Creados mediante un contrato, b) la posesión sobre el bien (o títulos de crédito) debe ser dada al beneficiario, c) el dador tiene un

²⁹ Véase McCormack, *op. cit.*, p. 44. También, Uniform Commercial Code, 9-313 (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-313>.

³⁰ Hooley, *op. cit.*, pp. 1059 y 1060. Pero sólo con respecto a los *mortgages* legales, los *mortgages* de equidad dan un título de equidad al acreedor o constituyen un *trust* sobre la propiedad. *Ibidem*, p. 1063.

³¹ Los autores explican que los *mortgages* legales sobre bienes inmuebles ya no implican el cambio de propiedad en Inglaterra por aplicación de la ley de propiedad de 1925. *Idem*.

³² *Ibidem*, p. 1060.

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

derecho de redención al cumplir con la obligación asegurada (el beneficiario no tiene derecho de *foreclosure*), y d) el beneficiario recibe un “derecho especial de propiedad” sobre el objeto, que incluye un derecho legal [*common law*] de venta...³³

Este tipo de transacción asegurada es de las denominadas posesorias, dado que el acreedor obtiene la posesión sobre los bienes asegurados. Diferente del *mortgage*, el acreedor no obtiene la propiedad —aunque sea de manera temporal— sobre el bien.³⁴ Lo que el acreedor obtiene es un derecho de venta para pagar la deuda que además crea una obligación fiduciaria de devolver cualquier excedente al deudor.³⁵

C. *Liens*

Es importante no confundir los *liens* del derecho inglés con el vocablo *lien* usado en el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos.³⁶ Lo que se entiende por *lien* en el derecho inglés es un derecho de retención sobre un objeto para el pago de una obligación.³⁷ Así lo describe el juez Grose “...un *lien* es el derecho que tiene un hombre de retener aquello en su posesión que le pertenece a otro, hasta que ciertas demandas del poseedor sean satisfechas”.³⁸ En cambio, este tipo de garantías se conocen como *liens* posesorios —para diferenciarlos del concepto de *lien*— en el Código de Comercio Uniforme norteamericano.³⁹

³³ *Ibidem*, p. 1025 (traducción del autor).

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Ibidem*, pp. 1025 y 1026.

³⁶ El UCC norteamericano describe al *lien* como un tipo de gravamen (*encumbrance*). Uniform Commercial Code, 9-102(32) (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-102#encumbrance>.

³⁷ Hooley, *op. cit.*, pp. 1040 y 1041.

³⁸ *Hammonds v. Barclay* (1802) 2 East 22 (KB) (Gose J.), en Hooley, *op. cit.*, p. 1041 (traducción del autor).

³⁹ Uniform Commercial Code, 9-333 (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-333>.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

A diferencia de la *pledge*, el derecho de retención de un *lien* inglés no otorga un derecho para disponer o vender la cosa asegurada.⁴⁰ Ese derecho debe ser requerido a la Corte, la cual puede ordenar la venta de un objeto que se encuentre sujeto a un proceso.⁴¹ Debido a que la Corte puede otorgar este derecho de venta gracias al derecho escrito, puede ser otorgado aunque no exista ese derecho en el *common law* or la *equity*.⁴²

Sin embargo, es importante mencionar que además del *lien* mencionado, que se conoce como *common law lien* o *possessory lien*,⁴³ el derecho inglés también reconoce un *lien* no posesorio, el *lien* surgido de la *equity* o *equitable lien*.⁴⁴ Este *lien* se “adhiera” (*attach*) a un objeto hasta que se dé el cumplimiento de una obligación.⁴⁵ A diferencia de las *charges*, el *equitable lien* surge por aplicación de la ley y no por convenio entre las partes, por lo que no es necesario registrarlos.⁴⁶

D. Otros tipos de instrumentos para garantizar el cumplimiento de obligaciones

Además de los instrumentos mencionados (y de las *charges*, que van a ser discutidas después) el derecho inglés cuenta con otras formas de garantizar el cumplimiento de obligaciones. Estos instrumentos son conocidos como *quasi-security* y se distinguen de los instrumentos de garantía en que los *quasi-securities* no otorgan derechos sobre objetos que puedan obligar (o ser oponibles) a terceros.⁴⁷ Los autores del libro

⁴⁰ Sin embargo, este derecho puede surgir por contrato, por costumbre comercial, por ley, o ser otorgado por la Corte. Hooley, *op. cit.*, p. 1041, 1053 y 1054.

⁴¹ *Ibidem*. p. 1054.

⁴² Decisión *Larner v. Fawcett* (1950) 2 All ER 727, análisis dado en Hooley, *op. cit.*, p. 1054.

⁴³ Hooley, *op. cit.*, p. 1041.

⁴⁴ *Ibidem*. p. 1077.

⁴⁵ *Idem*.

⁴⁶ *Idem*.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 1015 (citando a Goode, Roy M., “Security: A Pragmatic Conceptualist’s Response”, *Monash University Law Review*, vol. 15, 1989, pp. 361 y 362). Véase también McCormack, *op. cit.*, p. 51.

Commercial Law explican que la diferencia doctrinaria consiste en que los instrumentos de garantía implican un derecho otorgado por el deudor al acreedor, mientras que los *quasi-securities* implican un derecho retenido por el acreedor.⁴⁸

Entre los *quasi-security* se encuentran los contratos de *hire-purchase*. De acuerdo con los autores de *Commercial Law*, los contratos de *hire-purchase* aparecieron como una respuesta a la decisión dada en el caso *Lee v. Butler*.⁴⁹ El caso de *Lee v. Butler* consistió en un contrato de venta de muebles (disfrazado como un contrato de alquiler) en el que el vendedor retendría la propiedad sobre los mismos hasta que se pagara la deuda.⁵⁰

En el momento en que la deuda fuera liquidada, el comprador obtendría la propiedad sobre los muebles.⁵¹ Antes de haberse liquidado la deuda, el comprador vendió los muebles a un tercero.⁵² Por otro lado, el vendedor cedió derechos sobre los muebles a una tercera parte, quien demandó la propiedad de los muebles.⁵³ La corte decidió a favor del tercero, comprador de los muebles.⁵⁴

La decisión de la corte se basó en una excepción a la regla de que nadie puede recibir un mejor título que aquel perteneciente a la persona que vende (*nemo dat quod non habet*).⁵⁵ En respuesta a esto, y para evitar la aplicación de la excepción, los prestadores de dinero en Inglaterra modificaron sus contratos de préstamo para volverlos contratos de *hire-purchase*.⁵⁶ Ahora en lugar de que el comprador tuviera una obligación de comprar el bien al liquidar la deuda, solamente tendría una opción de compra.⁵⁷ Este cambio evita que la excepción de la regla *nemo dat* pueda ser aplicada a transacciones similares.⁵⁸

⁴⁸ Hooley, *op. cit.*, p. 1015.

⁴⁹ (1893) 2 QB 318 (CA), en Hooley, *op. cit.*, p. 413.

⁵⁰ *Idem*.

⁵¹ *Idem*.

⁵² *Idem*.

⁵³ *Idem*.

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Idem*.

⁵⁶ *Ibidem*. pp. 413 y 414.

⁵⁷ *Ibidem*. p. 413.

⁵⁸ *Idem*.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

En México, este tipo de contratos fueron adoptados y se conocen como contratos de arrendamiento financiero.⁵⁹ La Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito incluye la característica de que el deudor, una vez que haya liquidado la deuda, tiene la “opción” de la compra del bien.⁶⁰ La retención de la propiedad por parte del vendedor es similar a otro tipo de instrumento *quasi-security*, el contrato de venta con retención de título (*retention of title clauses*).⁶¹

El contrato de venta con retención de título se refiere a una operación mercantil en la que las partes deciden que la propiedad sobre el objeto vendido la retendrá el vendedor hasta que un evento ocurra, usualmente el pago total del precio del contrato.⁶² Estos contratos son a veces llamados *Romalpa* por la decisión judicial que se toma como base para su regulación, *Aluminium Industrie Vaassen BV v. Romalpa Aluminium Ltd.*⁶³

El caso *Romalpa* se trató de una liquidación en la que se disputó la propiedad sobre aluminio sin procesar.⁶⁴ Las cláusulas del contrato especificaban que la propiedad sobre el aluminio sin procesar permanecería con el vendedor mientras el comprador no liquidara su deuda.⁶⁵ El contrato estipulaba, además, que el aluminio debía mantenerse separado, así como instrucciones de qué hacer con el dinero obtenido de la venta de productos elaborados con el aluminio.⁶⁶ Debido a eso, la corte decidió que el comprador estaba autorizado a vender el aluminio y productos elaborados con el mismo, pero siendo responsable de entregarle el dinero al vendedor.⁶⁷

Este tipo de acuerdos contractuales se encuentran regulados en Inglaterra, en la *Sale of Goods Act*, artículo 17, la cual faculta a las partes de

⁵⁹ Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, artículos 408-418, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de agosto de 1932, últimas reformas, *Diario Oficial de la Federación*, 13 de junio de 2014.

⁶⁰ LGTOC, artículo 410 (I).

⁶¹ Véase Hooley, *op. cit.*, p. 497 y ss.

⁶² Hooley, *op. cit.*, p. 497.

⁶³ (1976) 1 WLR 676 (QB y CA), en Hooley, *op. cit.*, pp. 498-500.

⁶⁴ *Ibidem*, p. 498.

⁶⁵ *Idem*.

⁶⁶ *Ibidem*. pp. 498 y 499.

⁶⁷ *Ibidem*. p. 500.

un contrato de compraventa a decidir el momento en que la propiedad del objeto pasa del vendedor al comprador.⁶⁸ La misma facultad puede encontrarse en el artículo 19 de la *Sale of Goods Ordinance* de Hong Kong.⁶⁹ En México es posible crear cláusulas de reserva de dominio en contratos de compraventa.⁷⁰ Los contratos de compraventa con reserva de dominio se registran como garantías mobiliarias en el Registro Único de Garantías Mobiliarias.⁷¹

E. La prelación en el derecho inglés de garantías mobiliarias

A diferencia del derecho norteamericano, donde la prelación de los distintos derechos de garantía se establece de acuerdo con su fecha de registro,⁷² en el derecho inglés la prelación depende del tipo de derecho constituido.⁷³ Nos explica el profesor Beale que a pesar de que el resultado es el mismo, es decir, el primero en tiempo es primero en derecho, técnicamente las garantías legales se rigen bajo la doctrina del *nemo dat*, mientras que las garantías de *equity* se rigen bajo la doctrina de *qui prior est tempore potior est jure*.⁷⁴

Nos recuerda el mismo profesor cuales son las diferentes formas de garantías legales y de *equity*: “Los intereses posesorios son, por su

⁶⁸ Sale of Goods Act (1979), artículo 17 (UK), disponible en: <https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1979/54>, en Hooley, *op. cit.*, p. 501.

⁶⁹ Sale of Goods Ordinance (cap. 26), artículo 19 (HK), disponible en: https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap26?xid=ID_1438402907572_002. Por supuesto, este tipo de contratos crean una serie de problemas con respecto a la propiedad sobre bienes elaborados con materias primas, pero estos problemas van más allá del alcance de este trabajo. Para más información sobre el tema véase Hooley, *op. cit.*, pp. 501-514.

⁷⁰ Código Civil Federal, artículo 2310, fracción II, artículo 2312, *Diario Oficial de la Federación*, 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, últimas reformas, *Diario Oficial de la Federación*, 8 de marzo de 2018.

⁷¹ Reglamento del Registro Público de Comercio, artículo 32, fracción VI, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de octubre de 2003, últimas reformas, 20 de diciembre de 2016.

⁷² Uniform Commercial Code, 9-322 (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-322>.

⁷³ Véase Beale, Hugh, *The Law of Security and Title-Based Financing*, 3a. ed., Oxford University Press, 2018, sección IV (edición para Kindle).

⁷⁴ *Ibidem*, p. 495, ubicación 25733.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

naturaleza, legales. Todas las *charges* creadas sobre bienes personales [muebles] son de *equity*, mientras que los *mortgages* pueden ser legales o de *equity*".⁷⁵ La forma en que estos derechos interactúan dependerá de que tipo de intereses son.

Por ejemplo, el profesor Beale explica las diferentes reglas que aplican en la interacción entre intereses posesorios y no posesorios.⁷⁶ En el caso de garantías que se basan en la posesión del objeto (como las *pledges* y los *liens*), la posesión otorgará prelación sobre otro tipo de garantías constituidas con posterioridad.⁷⁷ En cambio, un *legal mortgage* seguido por una *pledge* significaría que el ahora poseedor del objeto lo tomaría sujeto al *mortgage*.⁷⁸ Otro grado de dificultad se agrega al considerar que todos estos ejemplos presumen el debido registro de los intereses no posesorios (cuando sea necesario).⁷⁹ El no registro en tiempo elimina la prelación de las garantías.⁸⁰

Esto es en relación con garantías basadas en la posesión del bien. Complicaciones aparecen cuando se analiza la situación de intereses no posesorios y *quasi-securities*. Cuando se trate de determinar la prelación entre intereses no posesorios, la regla del primero en tiempo aplicará.⁸¹ Cuando se trate de *quasi-securities*, como las cláusulas de retención de la propiedad, la regla no aplica, puesto que la propiedad del bien no pasa al deudor y no tendría forma de otorgar subsecuentes garantías sobre la misma.⁸²

Como se ve, la cuestión de la prelación en el derecho inglés de garantías mobiliarias es una cuestión compleja que dependerá de los di-

⁷⁵ *Ibidem*, p. 496, ubicación 25748 (citas originales omitidas).

⁷⁶ *Ibidem*, pp. 496-498, ubicaciones 25748-25809.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 496, ubicaciones 25748-25761.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 497, ubicación 25793.

⁷⁹ *Ibidem*, p. 498, ubicación 25809.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ "La regla básica de primero en tiempo aplicará en los siguientes casos: cuando ambos intereses sean legales ... cuando los dos sean de *equity*, y cuando a un interés legal le siga uno de *equity*" [The basic rule of first in time will apply in the following cases: where both interests are legal ... where both are equitable, and where a legal interest is followed by an equitable one]. *Ibidem*, p. 500, ubicación 25840 (citas originales omitidas) (traducción del autor).

⁸² *Ibidem*, p. 509, ubicación 26065.

ferentes derechos que intervienen. Como se verá más adelante, el que se trate del mismo tipo de derecho no necesariamente hará el análisis más fácil, pues al tratarse de *charges* la cuestión será qué tipo de *charge* fue otorgada y si la misma fue registrada.⁸³ Sin embargo, antes de estudiar las *charges* es importante estudiar brevemente el derecho inglés sobre el mandato.

5. El mandato en el derecho del common law inglés

El mandato en el derecho inglés es interpretado como la relación que existe entre un mandatario (el *agent*) y un principal.⁸⁴ Los autores del libro *Commercial Law* nos explican que esta relación (conocida como *agency*) se origina del consentimiento de las partes.⁸⁵ Sin embargo, no se debe confundir este consentimiento con una relación contractual, puesto que es posible crear relaciones de *agency* sin que una de las partes lo apruebe.⁸⁶

Esto se debe a que la relación de *agency* no solamente se puede constituir por contrato, sino que es también posible crearla por ministerio de la ley,⁸⁷ por ratificación del principal⁸⁸ y a través de la doctrina de la autoridad aparente.⁸⁹ Es importante mencionar que los autores de *Commercial Law* insisten en que la *agency* es consensual, pero no necesariamente contractual.⁹⁰ Esto es debido a que las partes pueden acordar crear una relación de *agency*, pero pueden hacerlo sin cumplir con todos los requisitos para formar un contrato bajo el *common law* inglés.⁹¹

Los autores de *Commercial Law* explican la relación de *agency* vista desde un punto de vista poder-responsabilidad:

⁸³ Véase *infra* “La *charge* en los derechos inglés y hongkonés de garantías mobiliarias”.

⁸⁴ Hooley, *op. cit.*, pp. 107-110.

⁸⁵ *Ibidem*. p. 108.

⁸⁶ *Idem*.

⁸⁷ *Ibidem*, pp. 125, 152-158.

⁸⁸ *Ibidem*, pp. 125, 158-167.

⁸⁹ *Ibidem*, pp. 125, 132-146.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 125.

⁹¹ Como la falta de *consideration*. *Idem*.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

La regla legal operará sí el principal de hecho autoriza al agente para realizar ciertos actos. Una vez que la regla legal opere, el agente estará investido con el poder de afectar las relaciones legales del principal con terceros. Incluso sí el principal no le da de hecho ninguna autoridad al agente, o sí el agente excede la autoridad dada, la regla legal puede aún ser usada e investir al agente con poder. En dichas circunstancias, *public policy* determinará la existencia y el grado en que el agente puede afectar las relaciones de su principal con terceros.⁹²

La razón es que en el derecho inglés del *common law*, la autoridad del agente no necesariamente nace del acuerdo entre las partes. En el derecho inglés se entiende que los agentes pueden tener autoridad de hecho y autoridad aparente.⁹³ Además de la autoridad dada en un acuerdo (contrato), se entiende que el agente cuenta con autoridad implícita de hecho (*implied actual authority*).⁹⁴

La autoridad “implícita de hecho” se refiere a la autoridad que tiene el agente por el hecho de haber sido nombrado agente, aunque no haya sido dada de manera expresa.⁹⁵ Se entiende que el agente cuenta con este tipo de autoridad para poder desempeñar las funciones ordenadas por el principal.⁹⁶ Suele dividirse en autoridad incidental, usual y consuetudinaria.⁹⁷

Se entiende que un agente tiene autoridad incidental “para hacer todo lo que sea necesario, u ordinariamente incidental, para la efec-

⁹² “The legal rule will be brought into operation if the principal actually authorises the agent to do certain acts. Once the legal rule comes into operation the agent will be vested with power to affect the principal’s legal relations with third parties. Even if the principal does not give the agent any authority, or the agent exceeds his authority, the legal rule may still be brought into operation and vest the agent with power. In such circumstances, public policy will determine the existence and extent of the agent’s power to affect his principal’s relations”. Hooley, *op. cit.*, p. 110 (citas originales omitidas) (traducción del autor).

⁹³ *Ibidem*, pp. 127-158.

⁹⁴ *Ibidem*, pp. 129-132.

⁹⁵ Véase *ibidem*, p. 131. También Srivastava, *op. cit.*, pp. 378-380; Lo, Stefan H. C. y Qu, Charles Z., *Law of Companies in Hong Kong*, 3a. ed. (student edition), Hong Kong, Thomson Reuters, 2018, pp. 566 y 567, párr. 12.012.

⁹⁶ Srivastava *op. cit.*, pp. 378 y 379, párr. 6.035.

⁹⁷ Hooley, *op. cit.*, p. 131.

tiva ejecución de la autoridad expresa”.⁹⁸ Los autores de *Commercial Law* nos dan ejemplos como el de un agente al cual se le dio la instrucción de vender una casa y, por lo tanto, se entendería que tiene la autoridad para firmar el acuerdo de venta.⁹⁹ El alcance dado a la autoridad incidental se basa en la interpretación de la autoridad dada expresamente.¹⁰⁰

La autoridad usual es la autoridad que un agente tiene de manera usual en su profesión, industria o comercio para desempeñar sus funciones y poder realizar acciones incidentales.¹⁰¹ La autoridad consuetudinaria es la autoridad que se entiende forma parte de la costumbre o prácticas comerciales del lugar, mercado u oficio.¹⁰² Para ser aceptada, la autoridad se debe basar en prácticas o costumbres razonables.¹⁰³

Es importante señalar que los tipos de autoridad implícita mencionados se basan en la existencia de un acuerdo entre las partes. Es decir, la autoridad implícita, de hecho, es supletoria a la autoridad dada de manera explícita.¹⁰⁴ Esto indica que la relación de *agency* no se encuentra limitada a lo que se establezca en el contrato entre las partes. Más aún, *agency* puede darse incluso cuando las partes no han acordado el otorgamiento de autoridad. Esto puede ocurrir en la llamada autoridad aparente (*apparent authority*).¹⁰⁵

Para que se pueda aceptar la existencia de autoridad aparente es necesario que se den tres elementos: 1) una representación por parte

⁹⁸ “[An agent has implied actual authority] to do everything necessary for or ordinarily incidental to, the effective execution of his express authority in the usual way”. *Idem* (traducción del autor).

⁹⁹ *Idem*.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ “Usual authority, *ie* an agent has implied actual authority to do what is usual in his trade, profession, or business for the purpose of carrying out his authority or anything necessary or incidental thereto”. *Idem*.

¹⁰² “Customary authority, *ie* an agent has implied actual authority to act in accordance with the usages and customs of the particular place, market, or business in which he is employed, so long as those usages or customs are reasonable and lawful”. *Idem*.

¹⁰³ *Idem*.

¹⁰⁴ Hooley, *op. cit.*, p. 131.

¹⁰⁵ Hooley, *op. cit.*, pp. 132-146.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

del principal; 2) confiar en la representación, y 3) alteración de la posición del tercero basado en esa confianza.¹⁰⁶ En otras palabras, el derecho inglés aceptará imponer responsabilidad sobre un principal cuando el (supuesto) agente actúe y se den estos elementos, sin importar el que exista o no un contrato de *agency*.¹⁰⁷

Así lo explican los autores de *Commercial Law*:

La autoridad aparente se puede dar: a) para crear autoridad donde no había; b) para aumentar la autoridad del agente; c) para darle autoridad al agente donde normalmente debería tener excepto por una restricción desconocida para el tercero, y d) para extender la autoridad del agente más allá del término de la relación de *agency*.¹⁰⁸

Aparte de la autoridad aparente, el derecho inglés acepta la existencia de *agency* en casos de emergencia (*agency* por necesidad)¹⁰⁹ y por ratificación; o sea, cuando el agente actúa sin autoridad, pero la misma es reconocida por el principal con posterioridad.¹¹⁰ Por tanto, es posible ver que la *agency* en el derecho inglés va más allá de una simple relación contractual.

6. La charge en los derechos inglés y hongkonés de garantías mobiliarias

La *charge* del derecho inglés —y por consiguiente en el hongkonés— es, en mi opinión, el instrumento de garantía más parecido al *lien* del derecho norteamericano.¹¹¹ Esto es debido a que se trata de un derecho no posesorio en el cual se crea una relación entre el objeto y el acreedor.¹¹² La diferencia con el *mortgage* es que en la *charge* no hay

¹⁰⁶ *Ibidem*, p. 132 (citando al juez Slade en *Rama Co. Ltd. v. Proved Tin and General Inv. Ltd.* [1952] 2 QB 147).

¹⁰⁷ Véase *ibidem*, p. 135.

¹⁰⁸ *Idem*.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 152.

¹¹⁰ *Ibidem*, p. 158.

¹¹¹ Véase *supra* “3. El derecho norteamericano de garantías mobiliarias”.

¹¹² Véase “A charge is a Non-Possessory Security whereby the Charged Property is Ap-

transferencia de la propiedad sobre el objeto, aunque en la práctica se les suele confundir.¹¹³ En teoría, en una *charge* el acreedor no podría obtener la posesión del objeto ni su venta sin una orden judicial; sin embargo, en la práctica las partes suelen conceder estos derechos al acreedor en el acuerdo creador de la *charge*.¹¹⁴

Las *charges* creadas sobre bienes muebles son derecho de *equity*, mientras que las únicas *charges* “legales”¹¹⁵ son las *charges* creadas sobre bienes inmuebles.¹¹⁶ Así, la forma normal de crear *charges* es a través de un acuerdo entre las partes;¹¹⁷ no obstante, Beale nos explica que también existen casos en los que se puede entender la creación de una *charge* aun cuando no sea dado de manera explícita por las partes del acuerdo.¹¹⁸ Estas situaciones ocurren cuando las partes disputan si acordaron la creación de una *charge* o solamente derechos contractuales y cuando las partes quisieron crear derechos de propiedad sobre el objeto, pero no concuerdan con el alcance de los mismos.¹¹⁹

De cualquier forma, las *charges* se dividen en específicas y flotantes. La diferencia entre este tipo de *charges* radica en la libertad de disposición que tiene el deudor sobre el objeto *charged*.¹²⁰ En otras palabras, el deudor que otorga una *charge* específica sobre un bien de su propiedad se encontrará limitado en cuanto a los actos de disposición que pueda cometer con ese objeto. Los autores de *Commercial Law* lo

propriated to the Discharge of an Obligation without the Transfer of Ownership”. Beale *op. cit.*, p. 169, ubicación 12449.

¹¹³ “The technical difference between a «mortgage» or «charge», though in practice the phrases are often used interchangeably, is that a mortgage involves a conveyance of property subject to a right of redemption, whereas a charge conveys nothing and merely gives the chargee certain rights over the property as security for the loan”. Juez Slade, *In Re Bond Worth Ltd* [1980] Ch 228, 250, en Hooley, *op. cit.*, p. 1069.

¹¹⁴ Hooley, *op. cit.*, p. 1069.

¹¹⁵ En oposición a de equidad, no el que los otros sean ilegales.

¹¹⁶ “A charge over personal property must be equitable, it cannot be legal”. Hooley, *op. cit.*, p. 1069. “Charges over personal property are always equitable: there is no such thing as a legal charge except over land”. Beale *op. cit.*, p. 169, ubicación 12449.

¹¹⁷ Véase Hooley, *op. cit.*, p. 1069.

¹¹⁸ Beale *op. cit.*, p. 169, ubicación 12455.

¹¹⁹ *Ibidem*, p. 169, ubicación 12455-12462.

¹²⁰ Véase Hooley, *op. cit.*, p. 1070.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

explican así: “[u]na *charge* fijada (o «específica») es una *charge* creada sobre bienes que han sido identificados, lo cual evita que el deudor haga transacciones con esos bienes sin haber pagado la deuda primero o haber obtenido el consentimiento del acreedor”.¹²¹

Es posible ver las ventajas que este tipo de garantía otorga sobre el acreedor al darle seguridad sobre el valor del objeto, puesto que se ha decidido de antemano. Las desventajas recaen en el deudor, que se encuentra limitado para disponer sobre el bien asegurado, lo cual es problemático cuando el bien asegurado cambia o circula, como sería el caso de la mercancía. Nos explican los autores de *Commercial Law* que, en caso de no obtener autorización previa por parte del acreedor, aquella persona que reciba un bien sujeto a una *charge* específica lo recibirá sujetándose a los derechos del acreedor —a menos que se trate de un comprador de buena fe sin conocimiento sobre la *charge* y que entregue valor a cambio del objeto—.¹²²

Debido a esto y a la necesidad de acordar de antemano qué bienes adquiridos después del convenio se sujetarán a la *charge*, es que una *charge* flotante ofrece más flexibilidad.¹²³ A diferencia de una *charge* específica, las *charges* flotantes no se fijan en un bien, sino que “flotan” sobre una clase de bienes,¹²⁴ lo que permite al deudor negociar con dichos objetos sin necesidad de obtener autorización del acreedor o el negociar de antemano su inclusión.¹²⁵

Así nos lo explican los profesores Lo y Qu:

Charges flotantes pueden darse, por ejemplo, sobre bienes que circulan como lo es el inventario de una compañía. Bajo una *charge* de este tipo, cualquier inventario adquirido por la compañía, y mientras tanto en posesión de esta, estaría sujeto a la *charge*. Hasta que la *charge* sea ejecutada... la compañía que otorgó la *charge* está facul-

¹²¹ “A fixed (or «specific») charge is a charge created over identified property which prevents the debtor dealing with the property without first paying off the indebtedness secured by the charge or obtaining the chargee’s consent”. *Idem* (traducción del autor).

¹²² *Idem*.

¹²³ *Idem*.

¹²⁴ Véase Lo y Qu, *op. cit.*, p. 818, párr. 17.071.

¹²⁵ *Ibidem*, p. 817, párr. 17.068. También Beale, *op. cit.*, pp. 194 y 195, ubicación 13067-13074.

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

tada para vender el inventario en el transcurso normal de los negocios sin la necesidad de obtener continuamente la autorización del acreedor.¹²⁶

Esto no quiere decir que las *charges* flotantes no tienen desventajas frente a las *charges* específicas. Las *charges* flotantes tendrá una baja prelación con respecto a otros tipos de derechos, los cuales incluyen a las *charges* específicas.¹²⁷ Es también posible cancelar *charges* flotantes creadas hasta 12 meses antes de empezar la liquidación de una compañía (en Hong Kong).¹²⁸ En cambio, para cancelar una *charge* específica es necesario probar el otorgamiento de una ventaja injusta, lo cual no aplica a nuevos acreedores.¹²⁹

Además, es necesario considerar que no es posible ejecutar una *charge* flotante; es primero necesario transformarla en una *charge* específica.¹³⁰ El proceso por el que una *charge* flotante se convierte en una *charge* específica se conoce como cristalización.¹³¹ Al momento de la cristalización, la *charge* se “engancha”¹³² a los bienes sobre los que “flotaba”, convirtiéndose en una *charge* específica, lo cual previene la disposición de los mismos bienes por parte del deudor.¹³³

¹²⁶ “Floating charges can be granted, for example, over circulating assets such as the company’s stock in trade. Under such a charge, any stock acquired by the company and in the meantime held by the company would be subject to the charge. Until the charge is enforced ... the chargor company can still sell the stock in the ordinary course of the company’s business without the need to continuously obtain the assent of the chargee for each disposition”. Lo y Qu, *op. cit.*, p. 817, párr. 17.068 (traducción del autor).

¹²⁷ Hooley, *op. cit.*, p. 1073.

¹²⁸ Lo y Qu, *op. cit.*, p. 1009, párr. 20.163. Companies Ordinance (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (cap. 32) (HK), artículos 267, 267A, disponible en: https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap32?xid=ID_1486958312404_001. Una disposición similar existe en Inglaterra, Hooley, *op. cit.*, p. 1073.

¹²⁹ El procedimiento cancelaría *charges* específicas dadas a acreedores cuya deuda ya existía. Otros requerimientos son necesarios. Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 994-997. Companies Ordinance (cap. 32), artículos 266, 266A y 266B. Situación similar en Inglaterra, Hooley, *op. cit.*, p. 1073.

¹³⁰ Véase Hooley, *op. cit.*, p. 1075.

¹³¹ *Idem*. También Lo y Qu, *op. cit.*, p. 818, párr. 17.070.

¹³² La palabra en inglés es *attach*. Véase Hooley, *op. cit.*, p. 1075. También Lo y Qu, *op. cit.*, p. 824, párr. 17.090.

¹³³ Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 824 y 825, párrs. 17.090-17.093.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Otra cuestión es la situación de la prelación de pagos entre las *charges* flotantes y las específicas. Debido a que las *charges* son instrumentos no posesorios, es necesario registrarlos para que tengan efectos en contra de terceros.¹³⁴ En Hong Kong, el registro de *charges* está regulado en la parte 8 de la *Companies Ordinance*.¹³⁵ Sin embargo, como lo explican los profesores Lo y Qu, el sistema de registro en Hong Kong es diferente al sistema norteamericano del artículo 9o. del Código Comercial Uniforme.¹³⁶

Mientras que el sistema norteamericano es un sistema uniforme para el registro de garantías mobiliarias, el sistema de registro hongkonés aplica únicamente a *charges* y sólo a cierto tipo de *charges*.¹³⁷ Además, en el sistema norteamericano la prelación está basada en un sistema del “primero en registrar o perfeccionar”,¹³⁸ mientras que la prelación en Hong Kong está basada no solamente en el registro de las *charges*. Los profesores Lo y Qu lo explican:

El ser registrado primero de acuerdo con la *Companies Ordinance* no confiere prioridad en la prelación de una *charge*. Las reglas que afectan la prelación de las *charges* creadas por compañías son determinadas por el derecho de precedente, y modificadas por las leyes escritas. El no registro de acuerdo con la parte 8 de [la *Companies Ordinance*] afecta la prelación de los acreedores debido a que el no registro vuelve una *charge* inválida (frente al liquidador y otros acreedores)...¹³⁹

¹³⁴ Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 829, 841, párrs. 17.107 y 17.149. Véase Hooley, *op. cit.*, p. 1077.

¹³⁵ *Companies Ordinance* (cap. 622) (HK), parte 8, disponible en: https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap622?xid=ID_1438403543582_001. Lo y Qu, *op. cit.*, p. 828, párr. 17.106. En Inglaterra, el registro de *charges* creadas por compañías es regulado en la parte 25 de la *Companies Act* (2006). Hooley, *op. cit.*, p. 1080.

¹³⁶ Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 829 y 830, párr. 17.110. Véase *supra* “3. El derecho norteamericano de garantías mobiliarias”.

¹³⁷ Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 829-831, párr. 17.110-17.

¹³⁸ *Ibidem*, p. 830, párr. 17.110.

¹³⁹ “Registering first in time under the *Companies Ordinance* does not confer priority on a chargee. The rules on priorities of company charges are as determined by the common law, as affected by statutory provisions. Non-registration under Cap. 622 Pt. 8 affects the priorities of chargees because non-registration invalidates a charge (as against the liquidator and other chargees)...”. *Ibidem*, p. 851, párr. 17.186 (traducción del autor).

La prelación de una *charge* con respecto a otra dependerá de los siguientes factores: tipo de bien sujeto a la *charge* (bienes inmuebles, incorpóreos o muebles), tipo de derecho creador de la *charge* (legal o de *equity*) y tipo de *charge* (específica o flotante).¹⁴⁰ En caso de bienes muebles (corpóreos) las reglas del *common law* (derecho de precedente) aplican.¹⁴¹

La regla general respecto a las *charges* específicas es que el primero en tiempo es primero en derecho, pero esto solamente aplica cuando las *charges* son de *equity*.¹⁴² Un interés legal subsecuente a uno de *equity* prevalecerá cuando se trate de un comprador de buena fe y no haya tenido noticia del interés previo.¹⁴³ Se entiende que el comprador tenía noticia del interés previo cuando la *charge* haya sido registrada.¹⁴⁴ Una *equitable charge* prevalecerá sobre una legal anterior cuando el acreedor legal haya fallado en obtener los títulos de propiedad.¹⁴⁵ Finalmente, en el caso de dos *equitable charges* específicas, la posterior podría obtener prioridad cuando las acciones del acreedor anterior hagan injusto el darle prioridad.¹⁴⁶

La regla sobre la prelación entre *charges* flotantes es generalmente “primero en tiempo”.¹⁴⁷ Cuando compiten una *charge* específica con una flotante, la específica suele tener prioridad sobre la flotante.¹⁴⁸ La *charge* flotante tendrá prioridad si cristalizó antes de la creación de la *charge* específica —porque entonces se toma como dos *charges* específicas—. ¹⁴⁹

Existen también reglas sobre la prelación respecto a bienes incorpóreos, como son las deudas por cobrar. La regla viene del caso *Dearle v. Hall*,¹⁵⁰ en el cual se explica que tendrá prioridad aquella persona a la

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 852, párr. 17.187.

¹⁴¹ *Ibidem*, p. 854, párr. 17.191.

¹⁴² *Ibidem*, párrs. 17.192 y 17.193.

¹⁴³ *Ibidem*, párr. 17.193.

¹⁴⁴ *Idem*.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 855, párr. 17.193.

¹⁴⁶ *Idem*.

¹⁴⁷ *Ibidem*, párr. 17.194.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 856, párr. 17.197.

¹⁴⁹ *Ibidem*, párr. 17.198.

¹⁵⁰ (1828) 3 Russ. 1, en *ibidem*, párr. 17.199.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

que se le otorgue una *charge* y le notifique al deudor de la deuda por cobrar.¹⁵¹ Bajo esta regla, una persona que quiera obtener una *charge* sobre una deuda por cobrar no podrá obtener prioridad si tiene conocimiento de una *charge* creada con anterioridad.¹⁵² Estas son algunas de las reglas que hacen complicado el manejo de las *charges* en los derechos inglés y hongkonés.

7. El uso de mandatarios en el derecho hongkonés de garantías mobiliarias

Antes de empezar con el estudio del uso de mandatarios para el manejo de garantías mobiliarias en Hong Kong, es necesario hacer una comparación con el derecho americano de garantías mobiliarias. Así como fue explicado con anterioridad,¹⁵³ el derecho norteamericano de garantías mobiliarias se caracteriza por la homogeneidad,¹⁵⁴ con el uso de un *security interest* único sin importar el tipo de garantía otorgada.¹⁵⁵ De la misma manera, el registro de garantías mobiliarias se hace en una forma estándar conocida como *financing statement*.¹⁵⁶ Esto no ocurre en los derechos inglés ni hongkonés.

Esto quiere decir que, en los derechos inglés y hongkonés, no existe una forma estándar para el registro de *charges*. Para registrar el otorgamiento de una *charge* en Hong Kong la compañía necesita entregar una declaración de los detalles de la *charge* junto con una copia certificada (por un director de la compañía) del instrumento creador de la *charge*.¹⁵⁷ Usualmente, las *charges* son creadas con la emisión de *debentures*, las cuales pueden entenderse como “[d]ocumento[s]

¹⁵¹ *Ibidem*, párr. 17.199.

¹⁵² Su *charge* estará subordinada a la anterior. *Ibidem*, p.857 párr. 17.201.

¹⁵³ Véase *supra* “3. El derecho norteamericano de garantías mobiliarias”.

¹⁵⁴ *Idem*.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ Uniform Commercial Code, 9-102(39), 9-502 (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/>.

¹⁵⁷ Lo y Qu, *op. cit.*, p. 837, párr. 17.136.

que crea[n] o evidencia[n] una deuda de una compañía hacia una persona”.¹⁵⁸

Es en estos instrumentos, *debentures*, donde las partes suelen acordar el otorgar un poder para nombrar a un mandatario, quien será un *receiver*.¹⁵⁹ Un *receiver* se encargará de tomar posesión o recuperar un bien a favor de otra persona.¹⁶⁰ La función principal de los *receivers* es la de ser una forma de asegurar el pago de una deuda.¹⁶¹

Además de los *receivers* nombrados por las partes de acuerdo con lo estipulado en la *debenture*, es también posible que la Corte nombre un *receiver* para proteger los intereses de un acreedor.¹⁶² Sin embargo, este trabajo se concentrará en la figura del *receiver* nombrado por las partes, ya que es la menos conocida para el derecho mexicano.

Este desconocimiento no es exclusivo del derecho mexicano, puesto que la figura del *receiver* nombrado por las partes es también inédita en el derecho norteamericano. Así lo explicó el juez Renfrew en el caso *Clarkson co. ltd. v. Rockwell Intern. co.*: “[u]n *receiver* privado es un estatus legal desconocido en los Estados Unidos, y nuestra investigación no ha encontrado precedente de ninguna corte estadounidense que refiera a dicha entidad”.¹⁶³ Esto parece ser resultado de la historia de las *charges* flotantes, las cuales aparecieron en Inglaterra a mediados del siglo XIX (después de que los Estados Unidos se independizaran).¹⁶⁴

¹⁵⁸ “[A] document creating or evidencing a debt owed by the company to a person”. *Ibidem*, p. 806, párr. 17.006.

¹⁵⁹ Lightman, Sir Gavin y Moss, Gabriel, *The Law of Administrators and Receivers of Companies*, 4a. ed., Londres, Thomson Reuters, 2011, p. 45, párr. 3.001.

¹⁶⁰ Lo y Qu, *op. cit.*, p. 867, párr. 18.001 (citando otra fuente).

¹⁶¹ “Receivership is primarily used as a debt enforcement device”. *Ibidem*, p. 868, párr. 18.006.

¹⁶² *Idem*, párr. 18.007. Es importante mencionar que esto se ha limitado bastante en Inglaterra debido a reformas en la ley dadas en 2003. “For charges created after 15 September 2003, the holder of a qualifying floating charge in respect of a company’s property may no longer appoint an administrative receiver of the company”. Hooley, *op. cit.*, p. 1074.

¹⁶³ “The private receiver is a legal status unknown in the United States, and research has disclosed no authority from any United States court dealing with such an entity”. 441 F. Supp. 792, 796 (N.D. Cal. 1977) (Renfrew J.) (traducción del autor).

¹⁶⁴ Véase Lightman y Moss, *op. cit.*, pp. 52 y 53, párr. 3.015. También Lo y Qu, *op. cit.*, pp. 816 y 817, párrs. 17.066 y 17.067.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Por lo tanto, estudiar a los *receivers* es importante como una manera de ver otras soluciones a cuestiones de garantías mobiliarias. Además de la figura del *receiver* normal, también se puede dar el nombramiento de un *receiver and manager*, el cual administrará el negocio del deudor para el pago de la deuda.¹⁶⁵ Esto se da cuando la *charge* flotante se otorga sobre todos, o sustancialmente todos, los bienes del deudor.¹⁶⁶ El *receiver and manager* tiene el poder para decidir continuar con el negocio del deudor, liquidarlo o disponer de algunos bienes para el pago de la deuda.¹⁶⁷

Esto se explica por una peculiaridad que existe en el derecho inglés —y hongkonés— de los *receivers*, y es que, aunque el *receiver* es usualmente nombrado por el acreedor, el *receiver* es considerado un *agent* del deudor.¹⁶⁸ Esta peculiaridad se dio debido a cuestiones históricas y para desviar responsabilidad de los acreedores:

Antes del desarrollo del concepto de *charge* flotante a finales del siglo XIX, las garantías de préstamos y otras deudas tomaban la forma de *mortgages* específicos sobre bienes específicos. Una importante característica de tales garantías era que, sí el acreedor tomaba posesión de los bienes, era sujeto de responsabilidad estricta con el deudor tanto por lo que recibió como por lo que debía recibir de la propiedad. Para evitar esta situación, los acreedores empezaron a insistir en incluir provisiones en los *mortgages* dándole al acreedor el derecho a requerirle al deudor el nombrar un *receiver* del bien garantizado, con las ordenes de recibir cualquier ingreso ... producido por el bien, el aplicar dicho ingreso en el pago de los intereses de la deuda, y el pagar cualquier excedente al deudor. Una importante característica del nombramiento privado de *receivers* es que ellos actúan como *agents* del deudor, quien es el único responsable de sus actos y omisiones.¹⁶⁹

¹⁶⁵ Lo y Qu, *op. cit.*, p. 868, párr. 18.006.

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Idem.*

¹⁶⁸ Véase Lightman y Moss, *op. cit.*, pp. 1 y 2, párr. 1.002. También Lo y Qu, *op. cit.*, p. 870, párr. 18.012.

¹⁶⁹ "Prior to the development of the concept of a floating charge in the latter part of the nineteenth century, security for a loan or other indebtedness took the form of a

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

El uso de los *receivers* no se encuentra limitado a la ejecución de deudas. Como ya se había mencionado antes,¹⁷⁰ el deudor puede dejar en garantía básicamente el negocio en su totalidad, con lo cual se nombrará a un *receiver and manager*.¹⁷¹ En Hong Kong, esto es usado en procedimientos de liquidación de compañías y de rescate de compañías.¹⁷² Esto no quiere decir que el nombramiento de un *receiver* implica que la compañía va a ser liquidada, como es descrito en una decisión judicial:

El nombramiento de un *receiver* por el acreedor no termina por sí mismo la vida de la compañía. La compañía es, por decirlo de alguna manera, anestesiada mientras el *receiver* continúa con el negocio a su nombre. La personalidad legal de la compañía subsistirá hasta la liquidación, y la compañía, en el caso de los *receiverships* más exitosos, puede ser restaurada a plenitud cuando dicho anestésico ya no sea aplicado después de que las deudas a los portadores de *debentures* sean pagadas.¹⁷³

fixed mortgage of specific items of property. An important characteristic of such a fixed charge was that if the mortgagee went into possession of the charged property he was subject to a strict liability to account to the mortgagor both for what he had received and for what he ought to have received from the property. In order to overcome this disadvantage, mortgagees began to insist on the insertion of a provision in the mortgage giving the mortgagee the right to call upon the mortgagor to appoint a receiver of the charged property with the task of receiving any income (such as rent) produced by the assets, to apply such income to the payment of interest on the secured debt and to pay any surplus to the mortgagor. A significant feature of the private appointment of receivers in this way was that they acted as agents for the mortgagor, who was solely responsible for their acts and omissions". Lightman y Moss, *op. cit.*, p. 1, párr. 1.002, (traducción del autor).

¹⁷⁰ Véase *supra* notas 165-167 y texto que las acompaña.

¹⁷¹ *Idem*.

¹⁷² Los profesores Lo y Qu aclaran que, aunque el uso de *receivers and managers* en Inglaterra ha ayudado al rescate de compañías, el derecho de otros países, como Australia, está más avanzado al imponer obligaciones legales en los *receivers and managers*. Lo y Qu, *op. cit.*, p. 871 y 872, párr. 18.014.

¹⁷³ "The appointment of a receiver by the debenture holder does not end the life of the company. The company is, so to speak, anaesthetised but the receiver may carry on the business on its behalf. The legal persona of the company will continue to subsist until liquidation, and the company in the case of the most successful receiverships may be restored in full conscious activity when the anaesthetic is no longer applied after the debts owing to the debenture holders have been paid. *George Barker (Transport) Ltd. v.*

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

Otros efectos del nombramiento de un *receiver and manager* son que la facultad de administrar la compañía es transferida de los directores al *receiver*.¹⁷⁴ Que tanto es transferido al *receiver* dependerá del acuerdo entre las partes, pudiendo llegar al punto en que los directores sean totalmente sustituidos.¹⁷⁵ A pesar de esto, los directores aún pueden conservar cierto poder, como por ejemplo, poder sobre bienes que no hayan sido incluidos en la *charge*, y siempre tendrán el poder de cuestionar la legitimidad del nombramiento de *receiver*.¹⁷⁶

Respecto a los bienes sujetos a la *charge*, el nombramiento de un *receiver* no implica que la propiedad pasa al *receiver*.¹⁷⁷ En cambio, el nombramiento cristaliza las *charges* flotantes convirtiéndolas en específicas, lo cual previene que la compañía disponga de dichos bienes.¹⁷⁸ Las facultades del *receiver* estarán dadas en la *debenture*, el instrumento de su nombramiento, y en la legislación.¹⁷⁹ Estas facultades normalmente incluyen el poder recaudar, poseer, controlar, disponer y administrar los bienes sujetos a la *charge*.¹⁸⁰ Debido a que la función principal del *receiver* es la de lograr el cumplimiento de la deuda, el poder de administrar debe ser entendido con este fin.¹⁸¹

Bajo esa premisa, se entiende que el *receiver and manager* al que se le han dado poderes para tomar posesión de los bienes de la compañía y para realizar todos los actos necesarios para cumplir su función, tiene el poder implícito de presentar una petición para la liquidación de la compañía.¹⁸² Esto se entiende sobre todo cuando la petición tiene el efecto de evitar el deterioro de los bienes.¹⁸³ Sin

Eynon [1973] 1 WAR 1461, 1469, en Lo y Qu, *op. cit.*, p. 871, párr. 18.016 (traducción del autor).

¹⁷⁴ *Ibidem*, p. 872, párr. 18.019.

¹⁷⁵ *Idem*.

¹⁷⁶ *Ibidem*, párr. 18.020.

¹⁷⁷ *Ibidem*, párr. 18.023.

¹⁷⁸ *Idem*. Véase también *supra* “La *charge* en los derechos inglés y hongkonés de garantías mobiliarias”.

¹⁷⁹ Lo y Qu, *op. cit.*, p. 874, párr. 18.025.

¹⁸⁰ *Ibidem*, párr. 18.026.

¹⁸¹ *Ibidem*, párr. 18.027. Véase también *supra* “5. El mandato en el derecho del *common law* inglés”.

¹⁸² Lo y Qu, *op. cit.*, p. 877, párr. 18.036.

¹⁸³ *Idem*.

embargo, las acciones de los *receivers* se encuentran limitadas, en primer lugar, por el instrumento en el que se le da el nombramiento, y en segundo, por la *equity*.¹⁸⁴

Se entiende que el *receiver* tendrá obligaciones de cuidado con la compañía y con cualquier persona que tenga derecho al retorno de los bienes sujetos a la *charge*.¹⁸⁵ También se entiende que los *receivers* tienen una obligación de buena fe y un deber de cuidado (*equitable duty of good faith and care*).¹⁸⁶ El alcance de estos deberes se ha ido precisando en decisiones judiciales, pero, de igual modo, se entiende que un *receiver* no puede violar el deber de buena fe en contra del acreedor sin la existencia de un elemento de deshonestidad, motivos impropios o mala fe.¹⁸⁷

Los profesores Lo y Qu nos indican que no hay una obligación por parte del *receiver* de continuar con el negocio del deudor cuando esto signifique una carga para los portadores de los *debentures*.¹⁸⁸ En otras palabras, la función del *receiver* es ver que la deuda sea pagada al acreedor, y no el administrar el negocio del deudor cuando esto no lleve al pago de la deuda. No obstante, una vez que se ha decidido continuar con el negocio, el *receiver* será responsable con el acreedor por pérdidas debido a negligencia o incompetencia.¹⁸⁹

8. Conclusión

Aunque a primera vista el derecho inglés de garantías mobiliarias pueda parecer complejo, sus reglas responden a un desarrollo orgánico basado en las necesidades de los participantes en el mercado. Los distintos tipos de garantías surgieron por diferentes necesidades de los participantes, como los ejemplos vistos de las *hire-purchase* y las *charges* flotantes. El siguiente paso fue unificar los distintos tipos de garantías

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 878, párr. 18.039.

¹⁸⁵ *Ibidem*, párr. 18.040.

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 878-385.

¹⁸⁷ *Ibidem*, p. 879, párr. 18.042.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 882, párr. 18.058.

¹⁸⁹ *Idem*.

RAÚL ITURRALDE GONZÁLEZ

mobiliarias bajo un mismo concepto, tal como hizo el Código Comercial Uniforme de los Estados Unidos.

Es importante estudiar la manera en que otros sistemas enfrentan problemas. El uso de garantías mobiliarias en el *common law* no es uniforme, pues se ha visto que hay dos formas de lidiar con estas situaciones: la forma unificada de los Estados Unidos y la no unificada de Inglaterra. También, cada sistema tiene sus idiosincrasias, como el uso de *receivers* nombrados por las partes.

El estudio de estos sistemas, con sus ventajas y desventajas, puede ayudar a mejorar el sistema usado en México. El uso de *receivers* nombrados fuera de la Corte también ofrece otra visión con respecto a otras áreas de la ley, como la figura del mandato en cuestiones comerciales. Me parece de interés estudiar los sistemas legales y las instituciones creadas en países conocidos por su fuerte mercado. Inglaterra y Hong Kong son lugares con fuertes instituciones financieras, por lo que resultan un buen punto de comparación para México.

9. Bibliografía

- Basic Law (1997), artículo 18, disponible en: https://www.basiclaw.gov.hk/en/basiclawtext/chapter_2.html (HK) (en inglés).
- BEALE, Hugh, *The Law of Security and Title-Based Financing*, 3a. ed., Oxford University Press, 2018 (edición para Kindle).
- Clarkson co. Ltd. v. Rockwell Intern. co.* 441 F.Supp. 792, 796 (N. D. Cal. 1977).
- Código Civil Federal, *Diario Oficial de la Federación*, publicado el 26 de mayo, 14 de julio, 3 de agosto y 31 de agosto de 1928, últimas reformas DOF, 8 de marzo de 2018.
- Companies Ordinance (Winding Up and Miscellaneous Provisions) Ordinance (cap. 32) (HK).
- Joint Declaration of the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of the People's Republic of China on the Question of Hong Kong, Beijing, 19 de diciembre de 1984, disponible en: <https://www.cmab.gov.hk/en/issues/jd2.htm> (en inglés).

EL USO DE MANDATARIOS EN LOS DERECHOS DE GARANTÍAS MOBILIARIAS HONGKONÉS E INGLÉS

Ley General de Títulos y Operaciones de Crédito, *Diario Oficial de la Federación*, 27 de agosto de 1932, últimas reformas *DOF*, 13 de junio de 2014.

LIGHTMAN, Sir Gavin y MOSS, Gabriel, *The Law of Administrators and Receivers of Companies*, 4a. ed., Londres, Thomson Reuters, 2011.

Lo, Stefan H. C. y Qu, Charles Z., *Law of Companies in Hong Kong*, 3a. ed. (student edition), Hong Kong, Thomson Reuters, 2018.

MCCORMACK, Gerard, *Secured Credit under English and American Law*, Cambridge University Press, 2004.

Reglamento del Registro Público de Comercio, *Diario Oficial de la Federación*, 24 de octubre de 2003, últimas reformas 20 de diciembre de 2016.

Sale of Goods Ordinance (cap. 26) (HK), disponible en: https://www.elegislation.gov.hk/hk/cap26?xid=ID_1438402907572_002.

SRIVASTAVA, D. K. (coord.) *Business Law in Hong Kong*, 5a. ed., Hong Kong, Thomson Reuters, 2017.

Uniform Commercial Code (1951, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute) (varias versiones publicadas desde esa fecha).

Uniform Commercial Code (2010, National Conference of Commissioners on Uniform State Laws and American Law Institute), disponible en: <https://www.law.cornell.edu/ucc/9/9-109>.

WINSHIP, Peter, "An Historical Overview of UCC Article 9", en GULLIFER, Louise y AKSELI, Orkun (eds.), *Secured Transactions Law Reform, Principles, Policies and Practice*, S. L. I., Hart Publishing, 2016.

Revista de Derecho Privado, Cuarta Época,
año VII, núm. 17, enero-junio de 2020