

2. MERCANTIL

EL PACTO MARCIANO, EL PACTO EX INTERVALLO Y LA FIDUCIA CUM CREDITORE EN LAS GARANTÍAS FINANCIERAS DEL REAL DECRETO-LEY 5/2005.

por

FRANCISCO REDONDO TRIGO

Doctor en Derecho

Abogado

*«Tres palabras rectificadoras del legislador
y bibliotecas enteras se convierten en basura»*

KIRCHMANN

I. INTRODUCCIÓN

El lunes 14 de marzo de 2005 se publicaba en el Boletín Oficial del Estado (BOE núm. 62) el 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 (en adelante el «RDL»).

Con este título tan grandilocuente, uno de los objetivos del RDL que el Gobierno dictó bajo esta disposición legislativa (reservada para los casos de «extraordinaria y urgente necesidad...», según el artículo 86 de la Constitución Española) y de acuerdo con su Exposición de Motivos, es el siguiente: «...*En segundo lugar, en el capítulo II del título I se traspone la Directiva 2002/47/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 6 de junio de 2002, sobre acuerdos de garantía financiera al ordenamiento jurídico español. Con la aprobación de esta Directiva se persigue conseguir una amplia armonización comunitaria para todas las garantías financieras que formalicen las partes autorizadas, estableciendo ciertas limitaciones al determinarse que, por un lado, una de las partes ha de ser una entidad financiera, sujeta a autorización y supervisión pública, y por otro lado, se determina su aplicación, con carácter general, para las personas jurídicas.*

Por otra parte, se pretende ordenar y sistematizar la normativa vigente aplicable a los acuerdos de compensación contractual y a las garantías de carácter financiero. Se establecen, además, los efectos derivados de las disposiciones de insolvencia sobre dichos acuerdos y garantías. Asimismo, se establece la posibilidad de disponer del objeto de la garantía (dinero, valores e instrumentos financieros) y la ejecución directa de las garantías cuando se produzca incumplimiento, sin intervención de ningún tipo de fedatario o de autoridad pública, e incluso la apropiación directa del bien aportado en garantía por el propio acreedor».

Esto es por «razones de extraordinaria y urgente necesidad» que, según creemos, debería ser la falta de trasposición de la Directiva 2002/47/CE en su debido plazo (1) (en adelante la «Directiva»), el Gobierno, ejerciendo tareas

(1) De acuerdo con el artículo 11 de la Directiva: «Los Estados miembros pondrán en vigor las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas necesarias para dar cumplimiento a lo dispuesto en la presente Directiva a más tardar el 27 de diciembre de 2003...».

legislativas, regula a golpe de Real Decreto-ley, cuestiones tan importantes para nuestro sistema de derechos reales, como la clásica prohibición del pacto comisorio (y su admisibilidad bajo la fórmula del pacto marciano) y la eficacia traslativa de las denominadas ventas en garantía, ubicadas tradicionalmente dentro del proceloso mundo de los negocios fiduciarios, las cuales serán objeto de este trabajo.

Así, la Exposición de Motivos del RDL motiva dichas actuaciones en los mercados financieros del siguiente modo: *«En lo que se refiere a las reformas introducidas en el ámbito financiero, la extraordinaria y urgente necesidad de este Real Decreto-ley se sustenta en el grave riesgo de inmediata deslocalización de la prestación de garantías financieras y de las emisiones y las admisiones a cotización de valores hacia mercados con condiciones más favorables, en el caso de que se traspongan con excesivo retraso o no se traspongan en plazo al ordenamiento jurídico español sendas directivas en materias de mercados financieros»*.

En primer lugar, llama la atención la técnica legislativa utilizada para afectar a nuestro sistema de derechos reales, como es la utilización del Real Decreto-ley (2).

En este sentido, el Tribunal Constitucional ha señalado que la «extraordinaria y urgente necesidad», por más que deba ser apreciada en principio por el Gobierno en cada caso, no es una expresión vacía de significado, sino que cuenta con límites jurídicos cuyo aseguramiento, en última instancia, corresponde al propio Tribunal Constitucional (entre otras, sentencias 182/1997, de 28 de octubre; 11/2002, de 17 de enero, y 137/2003, de 3 de julio).

Así ha afirmado el citado Tribunal que, si bien en la apreciación de la situación de extraordinaria y urgente necesidad juega un papel decisivo el juicio puramente político de los órganos a los que incumbe la dirección del Estado, ello no significa que el Gobierno pueda actuar sin restricción alguna. Existen, pues, unos límites jurídicos a la utilización del Real Decreto-ley, y por consiguiente, es posible, en supuestos de uso abusivo o arbitrario, rechazar la definición que los órganos políticos hagan de una situación determinada y, en consecuencia, declarar la inconstitucionalidad de un Decreto-ley por inexistencia del presupuesto habilitante por invasión de las facultades reservadas a las Cortes Generales.

Por otra parte, también ha exigido el Alto Tribunal que la situación de extraordinaria y urgente necesidad sea explícita y razonada, y que exista una conexión de sentido o relación de adecuación entre la situación así definida y las medidas que se adoptan (sentencias 29/1982, 182/1997 y 137/2003).

De acuerdo con lo anterior, el Dictamen del Consejo de Estado (3) rechazó la técnica legislativa utilizada por el Gobierno, esto es, convalidación del Real Decreto-ley y no tramitación ulterior como proyecto de Ley, de la siguiente forma: *«...dada la radical provisionalidad que caracteriza a los Reales Decretos-leyes y dado que las soluciones adoptadas en la norma proyectada demandan*

(2) Ya se han alzado voces contra las novedades del RDL, así una crítica generalizada al RDL es la que realiza el Notario de Madrid, don Manuel GONZÁLEZ-MENESES en la Revista on line del Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre de 2006: www.elnotario.com, en su artículo titulado «Libertad de forma y desregularización en materia de garantías reales. Estado de Derecho o Estado de la Banca».

(3) Dictamen del Consejo de Estado con fecha de aprobación de 10 de marzo de 2005. Número de expediente: 371/2005 (Economía y Hacienda). Fuente: Base de datos de Dictámenes del Consejo de Estado, www.boe.es.

una proyección de permanencia incompatible con dicha provisionalidad, considera el Consejo de Estado que debiera hacerse uso de la posibilidad recogida en el artículo 86.3 de la Constitución, para la tramitación del texto consultado como proyecto de Ley...».

Pues bien, el Gobierno, haciendo caso omiso de la recomendación del Consejo de Estado, no tramitó el RDL como proyecto de Ley, sino que decidió sin más su convalidación, habiéndonos quedado huérfanos tanto de las correspondientes enmiendas parlamentarias al texto del mismo, las cuales quizá nos hubieran dado alguna luz acerca de la motivación del Gobierno en cuanto a la reforma de nuestro sistema de derechos reales operada con el mismo, como de las alegaciones que en el correspondiente trámite de audiencia pudieran haber realizado órganos especialmente cualificados en relación con la materia en cuestión, como podrían ser el Banco de España o la Comisión Nacional del Mercado de Valores.

Así, el Vicepresidente del Gobierno y Ministro de Economía y Hacienda, en el trámite parlamentario de convalidación del RDL, no realiza ninguna motivación adicional en la materia que nos ocupa, diferente a la que establece la Exposición de Motivos del RDL, limitándose únicamente a afirmar lo siguiente: «...La trasposición urgente de la Directiva incluye también algunos aspectos de flexibilidad y algunos elementos novedosos sobre los temas de formalidades, regulación del derecho del titular, pacto entre las partes respecto a las variaciones en el precio del objeto de la garantía o ejecución de las garantías financieras» (4).

Pese a la anterior observación, y como se puede observar del contenido de las intervenciones parlamentarias de los diferentes portavoces, tampoco el presente tema suscitó inquietud alguna, debido a la ausencia de observaciones al respecto.

En resumen, nos encontramos: (i) con una reforma de nuestro sistema de derechos reales realizada a golpe de Real Decreto-ley y su posterior convalidación; (ii) sin ninguna otra motivación que la relativa a temas estrictamente económicos sin atender a otros intereses jurídicos en juego; (iii) cuyo principal interés reside en trasponer una directiva comunitaria fuera de plazo; (iv) sin atender a la tradicional discusión jurídica acerca de la validez o no de las garantías financieras introducidas que son objeto de este trabajo (pacto marciano y fiducia *cum creditore*), ni a los posibles requisitos exigidos para dicha validez ni a las consecuencias de las mismas.

Las anteriores observaciones realizadas tienen una fácil crítica que es la consistente en que el Gobierno español actuó para observar los mandatos del legislador comunitario cursados en la Directiva. No obstante, también es cierto que el artículo 4.3 de la Directiva prescribe literalmente lo siguiente: «Los Estados miembros que no permitan la apropiación el 27 de junio de 2002 no estarán obligados a reconocerla».

En una primera lectura de la literalidad del artículo 4.3 de la Directiva, se puede deducir que sólo se está refiriendo a la apropiación del objeto de la garantía a favor del garante en el supuesto de ejecución de la obligación garantizada, lo que nos llevaría a analizar si en España se admitía a dicha fecha el pacto comisorio (la respuesta adelantada es no) o bien el pacto marciano (en nuestra opinión sí, aunque con ciertas cautelas que no se han

(4) Diario de Sesiones del Congreso de los Diputados, de 7 de abril de 2005, núm. 81. Fuente: página web del Ministerio de la Presidencia: www.2mpr.es.

considerado por completo en el texto del RDL). Aunque una lectura más atenta nos hace colegir que dicha apropiación también se está refiriendo, en nuestra opinión, a la venta en garantía que se admite ahora de *lege data*, y que implica la existencia de un negocio jurídico fiduciario *cum creditore*, respecto del cual y como mínimo se afirma la inexistencia de transmisión de propiedad derivada del mismo y la existencia de una garantía subyacente.

Por ello, ¿cuáles han sido los motivos del Gobierno español para admitir expresamente la validez de un pacto marciano sin observar plenamente las cautelas exigidas por la doctrina y jurisprudencia española que ha estudiado con profundidad la prohibición del pacto comisorio? Esto es, ¿por qué no se ha hecho eco de esas cautelas, suponiendo a nuestro juicio, que una regulación del pacto de apropiación admitido sin tales cautelas pudiera haber dado lugar (con anterioridad a la aprobación de dicho RDL) a la inadmisión de dicho pacto en tales términos por un Tribunal español? y ¿por qué se acepta la transmisión de propiedad en la venta en garantía, si no se ha venido aceptando en la actualidad por la doctrina y Tribunales españoles?

Diffícil dar respuesta a estos interrogantes, sin una motivación legislativa suficiente y sin un desarrollo parlamentario a través de enmiendas a la norma de reforma de nuestro sistema de derechos reales de garantía y máxime sin estar obligado por el legislador comunitario a la introducción de dichos cambios en los términos citados, sino viene por la adscripción en bloque a la parquedad de dicha motivación expuesta por el Gobierno, lo que no sucede en nuestro caso.

Pese a lo anterior, sí que puede extraerse una conclusión en relación con el fin perseguido en este tema con el RDL. Sin duda se produce con la introducción de dichos pactos un notable (por no decir, sobresaliente) reforzamiento de la posición jurídica del acreedor de la garantía financiera, el cual debería ser objeto de valoración y seguimiento a los oportunos efectos en cuanto al equilibrio y defensa de intereses de la correspondiente parte deudora.

II. EL PACTO MARCIANO Y EL PACTO *EX INTERVALLO*. SU VALIDEZ

La primera de las dos grandes cuestiones que son objeto de tratamiento en este trabajo es la positivización de una de las excepciones clásicas a la tradicional prohibición del pacto comisorio.

En este sentido, el artículo sexto del RDL estipula, en relación con las modalidades de operaciones de garantía y obligaciones financieras principales, la validez del acuerdo de garantía pignoratícia de conformidad con el régimen establecido para la prenda en los artículos 1.857 y siguientes del Código Civil, con las particularidades establecidas en la correspondiente sección del RDL.

Siendo indudablemente una de dichas particularidades, como dispone el artículo undécimo que:

«2. *Al producirse un supuesto de ejecución, el beneficiario podrá ejecutar las garantías financieras aportadas en virtud de un acuerdo de garantía financiera pignoratícia, en las condiciones previstas en el acuerdo de las maneras siguientes:*

- a) *Si se trata de valores negociables u otros instrumentos financieros, mediante venta o apropiación, de acuerdo, cuando corresponda, con el procedimiento previsto en el artículo decimoquinto y mediante compen-*

sación de su valor o aplicación de su valor al cumplimiento de las obligaciones financieras principales...

- b) Si se trata de efectivo, mediante compensación de su importe o utilizándolo para ejecutar las obligaciones financieras principales.

3. La apropiación sólo será posible cuando:

- a) Se haya previsto entre las partes en el acuerdo de garantía financiera, y
- b) las partes hayan previsto en el acuerdo de garantía las modalidades de valoración de los valores negociables».

Pues bien, esta posibilidad de apropiación del objeto de la garantía financiera supone, en nuestra opinión, un claro ejemplo de pacto marciano, entendido éste en términos generales, como el pacto entre deudor y acreedor consistente en que si no se atendiera el pago en el momento del vencimiento de la obligación principal, el acreedor podría quedarse en propiedad con la cosa, previa justa valoración de la misma, con deber de reintegrar el excedente de dicha valoración en relación con el importe de la deuda ejecutada así *inter partes*.

Asimismo, al verse constreñida la posibilidad admitida por el RDL a que la apropiación se pacte en el momento de constitución de la garantía financiera, sin precisar que dicho pacto de apropiación ha de coincidir también con el nacimiento de la obligación financiera, entendemos que el nacimiento del pacto de apropiación se puede producir también después por lo que también se estaría admitiendo el llamado pacto *ex intervallo*, considerado válido para la prenda o hipoteca (art. 1.859 del Código Civil), pero no para la anticresis (art. 1.884 del Código Civil).

Resulta claro y meridiano en la doctrina y jurisprudencia española que el artículo 1.859 del Código Civil (*«El acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»*), sanciona la prohibición del pacto comisorio en nuestro Ordenamiento Jurídico, decretándose la nulidad de dicho pacto y la validez del resto del contenido de la garantía en cuestión, aunque tradicionalmente se ha suscitado la duda acerca de la radicalidad de dicha prohibición, o bien, sobre si el Código Civil permite la existencia de pactos que no contradijeran el espíritu de dicha norma.

El claro ejemplo de dicho debate es lo que se denomina el pacto marciano (que debe su nombre al jurisconsulto romano Marciano que elaboró la correspondiente consulta) contenido en el Digesto 20,1,16,9 del siguiente tenor literal: *«Puede constituirse la prenda y la hipoteca de modo que si no se paga la cantidad dentro de determinado plazo, el acreedor pueda poseer la cosa por derecho de compra, mediante pago de la estimación que se haga conforme al justo precio. En este caso, parece ser en cierto modo una venta bajo condición, y así lo dispusieron por rescripto los emperadores Septimio Severo, de consagrada memoria, y Antonino Caracalla (Marcian., ad form, hypoth)»* (5).

(5) El Digesto de Justiniano, Tomo II, Libros 20-36. Versión castellana por Álvaro D'Ors, F. HERNÁNDEZ-TEJERO, P. FUENTESECA, M. GARCÍA-GARRIDO y J. BURILLO. Editorial Aranzadi, Pamplona, 1972. Para ésta y otras traducciones del Digesto expuestas en este trabajo: *«Potest ita fieri pignoris datio hypotecaevae, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, iure emptoris possideat rem iusto pretio tunc aestimandam: hoc enim casu videtur quodammodo condicionalis esse venditio, et ita divas Severus et Antoninus rescripserunt»*.

En nuestro Derecho histórico, la prohibición del pacto comisorio se mantuvo firme, tal y como se observa en la Partida V, Título XIII, Leyes 41 y 42.

Pero en relación con el pacto marciano, expone con acierto FELIU REY (6), que «...dicho pacto fue ya contemplado en Digesto 20,1,16,9 y en nuestra opinión fue recogido en la Ley 41, Título V, Partida V: Empeñando un ome a otro alguna cosa a tal pleyto, que si la no quitasse a dia cierto, que fuesse suya comprada, de aquel a que se la rescebio a peños: dando o pagando sobre aquéllo que auia dado quando la tomo a peños tanto quanto podria valer la cosa segund aluedrio de omes buenos: tal pleito como este debe valer, y en la Ley 12, Título XIII, Partida V, al señalar que: Pero si el pleyto fuesse puesto, de guisa, que si el peño no le quitasse, fasta dia cierto, el que lo empeño, que fuesse suyo, vendido, e del otro, comprado, por tanto precio, quanto lo apreciassen los omes buenos, tal pleyto, dezimos que valdria».

Esto es, la valoración del objeto dado en garantía por terceros (omes buenos) en búsqueda del justo precio del mismo, se recogía en nuestro Derecho histórico de Partidas como elemento mitigador de la prohibición absoluta del pacto comisorio, criterio seguido después por autores clásicos como Luis DE MOLINA, FEBRERO y GUTIÉRREZ (7).

En realidad el análisis acerca de la admisibilidad del pacto marciano ha de realizarse teniendo en previa consideración los motivos de la prohibición

(6) Manuel Ignacio FELIU REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*. Primera edición, Civitas, 1995, págs. 43 y 44.

En esta obra se realiza un tratamiento excelente de las vicisitudes históricas concernientes a la prohibición del pacto comisorio, al cual nos remitimos. Así el citado autor (nota 28 de la pág. 34), también recoge como presupuestos de validez del pacto marciano los siguientes textos del Digesto. Digesto 13,7,24 donde se dice que «se proporcionó al acreedor acción de compra, como si la cosa le hubiese sido dado a causa de pago, con el fin de que se le satisfaga la cantidad de la deuda o el interés que tiene, y pueda el acreedor hacer la compensación si se le demanda con la acción pignoratitia o por otra causa», y Digesto 13,7,34 que literalmente expone lo siguiente: «Habiendo prestado Ticio una cantidad a Sempronio, y aceptado por ello un fundo en prenda, cuando se disponía a venderlo, porque no se le pagaba, Sempronio le pidió poder quedarse con el fundo como comprado por un determinado precio, y al conseguirlo, otorgó documento en el que declaraba haber vendido el fundo al acreedor. Preguntó si el deudor puede revocar esta venta ofreciendo la cantidad y los intereses que debía. Respondió Marcelo que, según los términos del caso propuesto, no podría revocarla». Coincidimos con el citado autor, que se trataría de un pacto comisorio *ex intervallo*.

(7) FELIU REY (págs. 44 y 45 y sus notas 48-50) recoge la opinión de estos autores del siguiente modo:

«En este sentido, con apoyo en las opiniones de Bartolo, Panormitano, Covarrubias y Navarro, señalaría Luis de Molina la validez de dicho pacto marciano cuando mediara justo precio, si bien aconsejando la no celebración de los mismos.

También Febrero, posteriormente (en 1789), tras negar con carácter general la validez del pacto comisorio basándose en las Partidas, admitiría la corrección introducida por justo precio fijado por peritos.

Así, con el recurso al peritaje de un tercero, se evitaba la aplicación de las Leyes 41 y 42 del Título XIII, Partida V, que imponían la venta en almoneda pública, con lo cual los autores citados imprimen una visión dinámica y económica al Derecho, respetando al tiempo la doctrina canónica plasmada en la exigencia del precio justo y la especial referencia a la usura (entendida como mutuo retribuido).

En este sentido, también Gutiérrez, al afirmar que «no hay en este caso los peligros que acompañan al pleito comisorio, porque apreciada la cosa se le da el valor que le corresponde; el acreedor recibe el importe de la deuda y el deudor toma lo restante».

general del pacto comisorio, puesto que tales motivos de prohibición son los que de hecho abren la puerta de la validez al pacto marciano.

En este sentido y de forma muy resumida (8), los principales argumentos esgrimidos han sido los siguientes:

- (i) El estado de necesidad del deudor, que impide al acreedor aprovecharse de una hipotética situación angustiosa del deudor para exigirle una garantía desproporcionada, por lo que dicho pacto ha sido calificado de inmoral, aunque la inmoralidad ya tiene su sanción en el artículo 1.255 del Código Civil.
- (ii) La desnaturalización de las garantías, ya que las mismas no están conceptuadas en nuestro Código Civil (art. 609) como un modo de adquisición de la propiedad (sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1996).
- (iii) La defensa de terceros y el principio de la *par conditio creditorum*, aunque frente a esta tesis se ha propuesto que existen otros remedios que el Ordenamiento Jurídico ofrece para garantizar esta defensa, principalmente el artículo 1.111 del Código Civil.
- (iv) La tan criticada visión procesalista de la cuestión, que aboga por la imposibilidad de autosatisfacción.
- (v) El interés general o social en reprobar una práctica generalizada del pacto comisorio.

No obstante y en nuestra opinión, la validez del pacto marciano admitida por nuestra doctrina, se realiza sobre una conceptualización del mismo que impide la crítica absoluta de su validez en relación con los citados argumentos contrarios a su prohibición.

Ya DE DIEGO (9) afirmó la admisibilidad del pacto marciano al afirmar que: «*Queda, pues, consignada la prohibición del pacto comisorio, sin que quepa incluir en el ámbito del mismo el convenio por el cual el acreedor y deudor acuerdan que la cosa pasará a poder del primero cuando se incumpla la deuda previa "justa estimación"*».

ALBALADEJO (10) se pronuncia en torno a la validez del pacto marciano al decir que: «*De cualquier forma que se considere preferible resolver la admisibilidad o no del pacto comisorio, de lo que no hay duda es de que si para evaluar la cosa gravada existen medios objetivos y seguros, de forma que su precio pueda efectivamente fijarse al incumplimiento de la obligación, no existe razón para que deba rechazarse el pacto por el que se establezca que el acreedor, si el deudor incumple, la haga suya por lo que valga realmente (con abono de la eventual diferencia en más). Así, en el caso de tratarse de bienes con un precio determinado en el mercado*».

(8) Véase en esta materia, las causas citadas (junto con doctrina y jurisprudencia aplicable al efecto) por Ramón DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Editorial Aranzadi, 1998, págs. 99 y sigs., y por FELIU REY, vid., *op. cit.*, págs. 66 y sigs.

(9) DE DIEGO, INSTITUCIONES DE DERECHO CIVIL ESPAÑOL, revisado por DE COSSIO y GULLÓN, t. I, Madrid, 1959, pág. 535.

(10) Manuel ALBALADEJO, «Derecho Civil III», *Derecho de Bienes*. Volumen segundo. *Derechos reales en cosa ajena y Registro de la Propiedad*, 5.ª ed., Librería Bosch, Barcelona, 1983, págs. 233 y 234.

(En la nota 9 a pie de la página 233, explica ALBALADEJO el rechazo al valor fijado por las partes, de la siguiente manera: «En cuanto a que el valor de la cosa haya sido fijado por las partes al establecer la garantía, es sistema que ofrece los mismos riesgos que la admisión del propio pacto comisorio, ya que por iguales razones que el deudor se vea forzado a aceptar éste, puede verse forzado a consentir en que se fije a aquélla —valiendo más— un valor igual (para justificar su apropiación íntegra, si se incumple) al de la deuda garantizada.

Solución ésta que se consigue estimando que en tal caso no existe pacto comisorio, o si se estima que sí, pensando que el que hay no es de los que según el espíritu de la ley están prohibidos (que lo serían aquellos en los que se pacte la apropiación de la cosa por el acreedor, valga lo que valga). Confróntese sobre el particular, la sentencia de 27 de marzo de 1926, que llega sustancialmente a la conclusión propugnada, pero por diferentes razonamientos, y la de 1 de marzo de 1930, que juzgó un caso resolviéndolo en el sentido aquí propugnado».

Así, ALBALADEJO estima la validez del pacto marciano cuando éste no conlleve un perjuicio para el deudor en estado de necesidad, para lo cual propugna la necesidad de que se haya procedido a una valoración objetiva a precio fijado por el mercado, o bien, se atengan las partes a la realizada con carácter independiente. Postura a la que nos adscribimos plenamente.

En relación con el pacto *ex intervallo*, ALBALADEJO continúa diciendo que: «Aún cabe preguntarse si el pacto comisorio será válido cuando, en vez de establecerlo al constituir la obligación y la garantía (que es en el momento en el que pueden jugar decisivamente los peligros por los que el pacto se prohíbe, como el de no conceder el crédito si no se aviene el futuro deudor al pacto comisorio), se acuerda para una garantía que se establezca existiendo ya la obligación, o para un caso en el que ya existían obligación y garantía, pero después (por ejemplo, a la vista del próximo momento de pago y habida cuenta del similar valor de deuda y cosa) los interesados convienen que si el deudor no cumple, el acreedor se quede la cosa en propiedad.

Entonces pueden estimarse suprimidas las razones básicas para prohibirlo. Aunque queda el riesgo de simulaciones (así documentos otorgados a la vez, pero con distintas fechas), por las que aparezca como celebrado después de un comisorio realmente coetáneo a la contracción de la obligación.

De cualquier forma, la letra de nuestra ley, al prohibir expresamente el pacto, en el artículo 1.884, y al decir, en el 1.859, que el acreedor no puede apropiarse la cosa, alcanzaría también al supuesto en cuestión. Mas, parece que cabe entender que como la prohibición de comisorio no se dicta en contemplación de él, su espíritu no le alcanza. Y entonces sería válido por aplicación general de libertad de pacto. En cuanto al riesgo de simulación, es algo común a todas las figuras jurídicas.

Por último, lo que no ofrece duda es que una vez incumplida la obligación, el acreedor y el dueño de la cosa pueden acordar que aquél se quede ésta en satisfacción de la deuda».

En nuestra opinión, son correctas las apreciaciones del profesor ALBALADEJO en cuanto a la validez del pacto *ex intervallo*, aunque discrepamos en lo siguiente: el estado de necesidad del deudor no ha de ponderarse tan sólo en el momento de constitución de la obligación y de la garantía, sino que también ha de tenerse en cuenta en el posterior devenir, puesto que es posible que un deudor cuya solvencia financiera haya disminuido notablemente tras la constitución de la obligación garantizada, pretenda ante la necesidad de liquidez, la constitución de otra garantía cuyo objeto sea la posible apropiación del bien por el

acreedor ante el correspondiente incumplimiento. Es decir, en este supuesto consideramos igualmente aplicables los principios antes expuestos para la admisibilidad del pacto marciano, a saber, la existencia de una valoración de mercado u objetiva con carácter independiente y obligación de devolución del sobrante al deudor.

GUILARTE ZAPATERO (11) trata el particular del siguiente tenor: «...*Se puede así generalizar que será válido el pacto por el que se acuerda que, incumplida la obligación, el acreedor se adjudicará la cosa, valorada con arreglo a criterios objetivos, limitándose a compensar el valor de aquélla con el de la deuda, en la concurrencia de ambos, y, como señala Albaladejo, con abono de la eventual diferencia en más. Más dudoso resulta el acuerdo en el que se establece que, incumplida la obligación, el acreedor, en pago de la misma, se apropiará de la cosa por la valoración fijada por los interesados al constituir la garantía. Se ha observado que en el supuesto se dan los mismos riesgos que derivan del propio pacto comisorio, ya que por iguales razones por las que el deudor se ve forzado a aceptar éste, puede verse obligado a consentir en que se fije valoración igual a la representada por la deuda siendo superior a ésta. Ciertamente, el riesgo existe, pero generalizar sin más la ineficacia del expresado acuerdo, aunque se ponga de manifiesto que la valoración fue ponderada y justa, puede resultar contrario a los propios y verdaderos deseos de los interesados, cuya decisión parece sustituida por una solución fundada en circunstancias carentes de realidad.*

De nuevo este autor admite la validez del pacto marciano, con lo que coincidimos plenamente, ahora bien, consideramos que la valoración objetiva ha de mantenerse para lo que estimamos que correcto el planteamiento tendente a mantener que la valoración o es fijada por el mercado, o bien, se realiza con criterios independientes por un tercero, puesto que la valoración efectuada por las partes puede dar lugar a la introducción de elementos subjetivos que pudieran perjudicar en la generalidad de los casos la posición del deudor, por lo que al ser ésta una excepción a la prohibición del pacto comisorio, estimamos conveniente eliminar cualquier atisbo de duda en cuanto a la inexistencia de desequilibrio contractual, para admitir el correspondiente pacto marciano.

En cuanto al pacto *ex intervallo*, GUILARTE ZAPATERO opina lo siguiente: «*El otro problema está en relación con el tratamiento que debe dispensarse al pacto comisorio que se acuerda en el momento de constituirse la garantía, si bien teniendo existencia anterior a tal momento la obligación que se pretende asegurar, o al que se conviene con posterioridad al nacimiento de ambas. A favor de su validez, por la que se inclinan De Buen y Albaladejo, se argumenta que las circunstancias de las que deriva el riesgo del perjuicio para el deudor, en atención al que se prohíbe el pacto, no están ya presentes cuando éste se acuerda con posterioridad al nacimiento de la obligación y al de constitución de la garantía. En contra, se aduce sobre todo el riesgo de simulación, haciendo aparecer el documento el pacto de que se trata como posterior, cuando en realidad fue coetáneo con el nacimiento de la obligación y, por tanto, en condiciones adversas para el deudor. A mi juicio, tal riesgo de simulación no es suficiente para privar de validez general el pacto comisorio celebrado en el momento que se considera; naturalmente, si se acredita la realidad de la simulación, el acuerdo será privado*

(11) Vicente GUILARTE ZAPATERO, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*. Tomo XXIII. Artículos 1.822 a 1.886 del Código Civil, págs. 460-462. Editorial de Derecho Privado, 1990 (comentario al art. 1.859).

de eficacia... Por lo que, si no se acredita la inmoralidad del pacto comisorio constituido en el momento posterior al nacimiento de la obligación o de la garantía, debe prevalecer su validez».

De nuevo coincidimos en la apreciación de validez del pacto *ex intervallo*, aunque como hemos apuntado anteriormente, los requisitos de objetividad propugnados en aras de admitir la validez del pacto marciano, han de tenerse en cuenta también en este supuesto.

Por otro lado, DURÁN RIBACOVA (12) se pronuncia del siguiente modo: «...Me refiero a los pactos marciano y *ex intervallo*, cuya permisión se realiza sobre la base de sus concretas circunstancias que aminoran el peligro de la fórmula.

El primero permite formas ejecutivas extrañas a los cauces formales establecidos, aspecto en que quiebra con la prohibición, pero a partir de su justo precio. Ello implica que los derechos del deudor y de los demás acreedores quedan salvaguardados, máxime cuando los resultados económicos suelen ser mucho más fructíferos que los procedimientos de la ejecución. En el caso de que haya sobranante, se revierte al deudor.

La valoración ha de ser objetiva (en relación con la valoración, este autor afirma lo siguiente en la nota 17 de la pág. 71 de la obra citada: “Con respecto a la valoración ha de observarse con especial cautela. Una simple compraventa del objeto al acreedor, no justifica de por sí el justiprecio, máxime cuando el precio vil no funda de suyo la nulidad de la compraventa, pese a que constituye su causa. Luego el hecho puede dar pie a numerosas maniobras fraudulentas, que deben ser observadas con las necesarias cautelas, aunque con prudencia para no restringir más allá de lo razonable la libertad de contratación de las partes”) para lo que se requiere intervención imparcial de un tercero. Una simple valoración de las partes difícilmente puede admitirse, salvo que se ajuste a las condiciones del mercado. Este pacto que cuenta con los antecedentes históricos debidos a su autor, ha sido generalmente admitido en el Derecho continental y en el español, por mucho que se contrarie la visión procesalista del impedimento del pacto comisorio, pues las formalidades de la ejecución de las garantías no puede olvidarse que se mantienen por la defensa de los intereses de los participantes e interesados en el hecho, los que resultan incólumes en el presente caso».

En este sentido, las notas para la admisibilidad del pacto marciano ofrecidas por este autor residen en: la existencia de una valoración objetiva del bien garantizado realizada por un tercero para que éste vea satisfecho el importe de su crédito, debiendo rembolsar el correspondiente excedente al deudor.

En relación con el pacto *ex intervallo*, continúa pronunciándose este autor del siguiente modo: «En cuanto al segundo, es el acuerdo que se pacta una vez establecida la garantía, pero antes de su vencimiento. Generalmente se ha entendido que la secuencia cronológica evita la necesidad del deudor pero me parece un argumento vacío de contenido mientras no tenga un reflejo de justicia material, pues muy fácilmente cabe introducirlo después con fraude. Por eso resulta necesario mantener las condiciones equitativas de las partes también en ese instante».

En nuestra opinión, con buen criterio DURÁN RIBACOVA también considera aplicables al pacto *ex intervallo*, los principios de equitatividad de las partes predicados para el pacto marciano, puesto que puede proseguir el estado de necesidad del deudor.

(12) Vid. *op. cit.*, págs. 71 y 72.

FELIU REY (13) también defiende la validez del pacto marciano con apoyo en la doctrina al decir que: «*La realidad es que el criterio mantenido desde antiguo por nuestros autores ha sido proclamar la licitud de este pacto marciano, tradición contemplada modernamente por nuestra doctrina, pudiendo citar, entre otros, a De Diego, Díez-Picazo y Gullón, Albaladejo, Guilarte Zapatero, Capilla y últimamente Geste-Alonso... y Bouza Vidal... Participando del mismo criterio se encuentran igualmente Vidal Martínez y Carames... Consiguientemente, cuando el pacto sea fruto de la libre decisión de las partes contratantes (teniendo en cuenta que la realidad económica imprime un cierto relativismo a dicha libertad), no existiendo una notable desproporción entre las prestaciones (deuda y valor del bien objeto del pacto comisorio), debemos admitir la validez del mismo...*». Pronunciándose igualmente FELIU REY (14) en cuanto a la validez del pacto *ex intervallo* al manifestar que: «*Contemplando la redacción de los textos español y francés podemos admitir el pacto ex intervallo celebrado incluso con anterioridad al vencimiento de la deuda, siempre que concurren las condiciones de equilibrio de las prestaciones y libertad contractual en ambas partes; es decir, siempre que estemos ante la corrección del pacto marciano*».

Por último, y pese a las afirmaciones de validez del pacto *ex intervallo* realizadas anteriormente, otros autores como DÍEZ-PICAZO y GULLÓN (15) niegan la posibilidad del mismo al afirmar que: «*La nulidad debe predicarse del pacto comisorio aunque se convenga después de la constitución de la garantía, cuando no haya peligro de que el pignorante o hipotecante lo ha tenido que aceptar por la situación angustiosa de obtener un crédito al precio que sea. El perjuicio ínsito en la estipulación para los demás acreedores es manifiesto*».

Con anterioridad, también DE DIEGO (16) se mostró contrario al pacto *ex intervallo* diciendo que: «*Ha de estimarse, por el contrario, prohibida la cláusula comisoria añadida después de la constitución*».

Pues bien, de acuerdo con lo anteriormente ya apuntado, nuestra opinión es favorable a la admisión del pacto marciano y del pacto *ex intervallo*, que se introducen en el artículo undécimo del RDL, aunque creemos que dicha admisión debería haberse efectuado observando la totalidad de las cautelas doctrinales expuestas. Esto es, validez del pacto de apropiación cuando no perjudique los intereses de la parte deudora ni suponga un aprovechamiento del estado de necesidad de la misma.

En este sentido, hemos de recordar que según el artículo séptimo del RDL: «*El objeto de la garantía financiera que se aporte debe consistir exclusivamente en:*

- a) *Efectivo, entendiéndose por tal el dinero abonado en cuenta en cualquier divisa.*
- b) *Valores negociables y otros instrumentos financieros, según se definen en la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, y en sus normas de desarrollo, y todo derecho directo o indirecto sobre aquellos.*

(13) Vid. *op. cit.*, págs. 90, 91 y 95, donde se pueden consultar las referencias bibliográficas de la doctrina citada por este autor.

(14) Vid. *op. cit.*, pág. 102.

(15) Luis DÍEZ-PICAZO y Antonio GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil». Volumen III. *Derecho de cosas y Derecho Inmobiliario Registral*, Editorial Tecnos, 5.ª ed., pág. 501, Madrid, 1992.

(16) Vid. *op. cit.*, pág. 535.

Evidentemente, las citadas cautelas de validez que consisten principalmente en una valoración objetiva del bien dado en garantía y susceptible de apropiación, así como la devolución del excedente al deudor ejecutado han de observarse en estos acuerdos de garantía financiera en los que se prevé la apropiación del bien dado en garantía ante el incumplimiento del deudor. Debiendo valorarse para la admisibilidad de dicho pacto que no exista una desproporcionalidad entre el valor de la deuda y del bien dado en garantía.

La cautela más problemática quizá, resulte la de la valoración objetiva del bien dado en garantía. En este sentido, el artículo undécimo del RDL sólo prevé como requisito de validez del acuerdo que la posibilidad de apropiación se haya realizado en el seno de dicho acuerdo y que las partes hayan previsto las modalidades de valoración, lo cual puede dar lugar a una situación de ruptura de equilibrio de las prestaciones cuando la valoración no cumpla la objetividad propugnada, la cual, para evitar cualquier atisbo de duda, debería ser realizada por un tercero ajeno a las partes.

Cabe señalar en este momento, que cuando los valores negociables sean cotizados, la cuestión de la valoración objetiva de los mismos no constituirá en sí un verdadero problema debido a la liquidez inmediata del valor negociable cotizado en cuestión. No obstante, en estos casos cabe dudar si el verdadero interés perseguido por la entidad acreedora es ser propietaria de dichos valores cotizables, puesto que sin duda dicha liquidez inmediata hacen que pueda resultar verdaderamente más atractiva la venta directa de los valores negociables y la satisfacción del acreedor con el producto de la misma que apropiarse de los valores.

En relación con lo anterior, Adolfo PRÍES PICARDO (17) se pronuncia del siguiente modo: «...Precisamente por la existencia de precio objetivo de mercado para la venta de los valores negociables es por lo que se puede mantener la posibilidad de un pacto marciano, por el que el acreedor se adjudicara la cosa sin que hubiera un perjuicio para el deudor. A diferencia del pacto comisorio, no se trata de que el acreedor se adjudique la cosa en pago de su crédito obteniendo una plusvalía al ser mayor el valor de la garantía que el del crédito, sino de un pacto por el que el acreedor, si el deudor no cumple su prestación, pueda hacer suyos los valores al precio de mercado, con la obligación de devolver al deudor el exceso de valor que, en su caso, éstos tuvieran sobre la deuda garantizada. El problema que presenta el pacto marciano: de cuál es la valoración de la cosa dada en garantía y cómo se fija esta valoración, queda resuelto en el caso de los valores negociables en mercados al existir una cotización oficial para los mismos.

Se duda también de la licitud del llamado pacto ex intervalo, es decir, de un pacto comisorio pactado, no en el momento del otorgamiento del crédito y la constitución de la garantía, sino en un momento posterior; ya que se entiende que la situación de necesidad del deudor ha podido ser superada —lo que en muchos casos es simplemente ilusorio—. Parece en principio que, tanto el llamado pacto ex intervalo se realice una vez nacido el crédito pero antes del vencimiento del mismo como si se realiza tras el vencimiento del crédito (lo que equivaldría a una dación en pago), la condición de su admisibilidad radica en la valoración objetiva de los bienes, dados en prenda que equilibrare las prestaciones de los otorgantes.

(17) Adolfo PRÍES PICARDO, *Prenda de valores cotizables*. Instituciones de Derecho Privado. Tomo VI, Mercantil, Volumen 4.º *Los Contratos*. Consejo General del Notariado. Ed. Thomson-Civitas, 2004.

Creemos que, ya se trate de pacto comisorio, pacto marciano, ex intervalo, o dación en pago, en el caso de valores negociables en mercados no será necesario acudir a este tipo de pacto para que el acreedor obtenga la satisfacción de su crédito (en condiciones de equilibrio de prestaciones); pues ésto hace mucho más interesante la venta inmediata de los valores y su conversión en dinero que la adjudicación de los mismos».

Por ello, cuando dicho valor negociable no esté cotizado, esta valoración objetiva ha de ser realizada, en nuestro juicio, por un tercero independiente, por los motivos anteriormente expuestos, por lo que nos parece parca la regulación a estos efectos del artículo undécimo del RDL.

En suma, una posibilidad, la de la apropiación de la garantía, acertada en nuestra opinión puesto que en el ámbito de los valores negociables e instrumentos financieros cotizados la valoración objetiva para afirmar su validez viene dada por la liquidez propia del valor, aunque en el campo de los valores negociables e instrumentos financieros no cotizados, debería constar como requisito de admisibilidad la valoración del bien dado en garantía realizada por expertos independientes.

No bastando a estos efectos, la mera previsión de valor de mercado realizada por el artículo decimotercero del RDL que establece que: «...Para ello, y sin perjuicio de los procedimientos que las partes hubieran pactado, las valoraciones y cálculos necesarios se habrán de ajustar al valor actual de mercado de los valores negociables aportados como garantías».

Volvemos a reiterar en este momento, que pese a la existencia de una valoración objetiva en los términos expuestos, este pacto de apropiación no debería ser admisible cuando el importe de la correspondiente valoración (por muy objetiva que sea) fuera notablemente superior al de la obligación garantizada, supuesto este que nos llevaría a pensar del más que probable abuso del estado de necesidad del deudor al concertar este pacto.

Por último y al hilo de lo anterior, cabría apuntar una reflexión adicional: ¿cómo influirá esta posibilidad introducida por el RDL consistente en apropiaciones del bien, dada en garantía en otros sectores del tráfico jurídico-económico, no regulados por el RDL?

¿Cuál será la respuesta ante este tipo de cláusulas, tradicionalmente mal acogidas desde una afirmación absoluta de la prohibición del pacto comisorio? Difícil dar una respuesta a estos interrogantes, los cuales deberán ser tratados al amparo de la práctica cotidiana y desde una flexibilización en la rigidez de la llamada prohibición del pacto comisorio.

III. LA VENTA EN GARANTÍA COMO FIDUCIA *CUM CREDITORE* ES UN NEGOCIO SIMULADO

Si con cautelas ha de admitirse la reforma introducida por el RDL tratada en el apartado anterior de este trabajo, con absoluto rechazo ha de enjuiciarse la segunda de las novedades tratadas, o sea, la validez de la venta en garantía en el ámbito regulado por el referido RDL.

Así el artículo sexto del RDL prevé lo siguiente: «1. Las operaciones de garantía financiera pueden realizarse mediante la transmisión de la propiedad del bien dado en garantía...».

Desde una primera aproximación ya podemos adelantar que el RDL viene a configurar la validez de la transmisión operada como garantía, apartándose

de la actual Jurisprudencia del Tribunal Supremo y de la más moderna doctrina, donde se niega los efectos traslativos de dicha venta al operar como una garantía, afirmándose por ciertos autores (con los que coincidimos plenamente) que estamos ante negocios jurídicos simulados.

Recientemente, ALBALADEJO (18) ha vuelto a escribir sobre el carácter simulado de los negocios fiduciarios (reiterando el abandono de sus tesis de juventud y volviendo a admitir las tesis del profesor DE CASTRO) (19).

Así y de forma gráfica, introduce el tema en cuestión (20): *«Esto es así, en España los valedores del negocio fiduciario en la doctrina después de De Castro se han quedado muy en cuadro porque aparte de que Garrigues (21) ha muerto, es que su monografía es anterior a la obra de De Castro y, por otro lado, desde donde ahora están ambos y Jordano, Garrigues habrá visto la verdad de las cosas y se habrá sumado a la opinión de De Castro. Sin embargo, no deja de ser cierto que todavía hay autores que siguen creyendo en el negocio fiduciario, lo que es como creer que un cadáver está vivo, si bien muchos de los que tal hacen no hacen más que repetir lo de la realidad del negocio fiduciario porque lo toman de otros, pero sin mayor ahondamiento del tema.*

En definitiva, que hoy el negocio fiduciario donde parece tener más asentamiento no es en los libros, sino en la jurisprudencia de la Sala primera del TS, si bien es verdad que, por un lado, ahondando las sentencias, se ve que en gran parte, aunque lo aceptan de palabra, no admiten de hecho el negocio fiduciario verdadero, y, por otro lado, es que las modernas han comenzado a dudar de él o a abandonarlo...».

Como he apuntado, me adscribo totalmente a las tesis de DE CASTRO y de ALBALADEJO que consideran que el negocio fiduciario (tal y como expondremos brevemente) se trata de un negocio simulado.

Aunque desde ahora realizo una observación a las citadas palabras de ALBALADEJO, no sólo a esos pocos autores que aún afirman la validez del negocio fiduciario (22), ni a esas sentencias del Tribunal Supremo que ancladas en posiciones pasadas (teoría del desdoblamiento de propiedades —formal y material—, teoría del doble efecto y teoría de la validez de la *causa fiduciae*) siguen considerando válido al negocio fiduciario (aunque sin admitir la plena transmisión de propiedad del bien), sino al legislador español tras la publicación del RDL, son a quienes deben dirigirse las conclusiones de la invalidez del negocio fiduciario, al consistir éste en un simple negocio simulado.

Así pues, con la introducción de dicha figura en el RDL, parece que ha de renacer el interés por afirmar, como crítica a dicha introducción, el carácter simulado del negocio fiduciario.

ALBALADEJO (23) propone el siguiente esquema válido de lo que es un negocio fiduciario:

«Como es sabido por negocio fiduciario se entiende aquél por el que se realiza una atribución patrimonial que sobrepasa (que es más amplia) el fin

(18) Manuel ALBALADEJO GARCÍA, *La simulación*, Madrid, 2005.

(19) Federico de CASTRO, *El negocio jurídico*, 1967.

(20) Vid. *op. cit.*, págs. 91 y 92.

(21) ALBALADEJO se está refiriendo a la obra cumbre de GARRIGUES en esta materia: *Negocios jurídicos fiduciarios en el Derecho Mercantil*, 1976.

(22) ALBALADEJO cita a DE COSSÍO, LACRUZ-LUNA, VIDAL MARTÍNEZ, SANTOS BRIZ, GETE-ALONSO CALERA y Nuria GINÉS, vid. *op. cit.*, cita 3 ter de la pág. 91.

(23) Vid. *op. cit.*, págs. 92 y 93.

perseguido, obligándose, a la vez, el que la recibe, a usar de ella sólo dentro de los límites de aquel fin y a la posterior restitución de lo adquirido. Por ejemplo, A (que recibió de B un préstamo) por razones de comodidad, transfiere a B la propiedad de un objeto, con el fin de que sirva de garantía a éste por el préstamo hecho; comprometiéndose B a retransmitírselo, cuando le sea devuelta la cantidad prestada, y a no disponer de la cosa entretanto. La atribución realizada (transmisión de la propiedad del objeto a B) sobrepasa el fin perseguido (constituir una garantía a favor de B), pues ese fin se hubiese obtenido, por ejemplo, con sólo dar a B el objeto en prenda (sin necesidad de transmitirle su propiedad)».

El análisis perfecto que realiza de dicho esquema es el siguiente (24):

«Por alguna doctrina y sentencias que luego veremos, se asegura que la parte exterior del negocio no es simulada sino verdaderamente querida, pues se desea efectivamente transmitir. Pero en mi opción hay que mantener: 1.º Que la parte exterior del negocio fiduciario no es verdaderamente querida (esto es lo que pienso contra quienes dicen que sí lo es, a diferencia del simulado, que añaden que no lo sería), sino que ambas partes exteriores, de negocio fiduciario y de negocio simulado (que no son lo mismo) son queridas, pero no en el sentido de serlo en sí, sino de serlo para que oculten el verdadero negocio (el interno fiduciario o disimulado). 2.º Que decir que en la parte externa del negocio fiduciario se quiere verdaderamente la transmisión real, pero para que sea recibida dentro de los límites puramente obligatorios de la parte interna del negocio, es una contradicción porque esta parte no es que matice la transmisión real o la limite aunque sólo con eficacia obligatoria, sino que pura y simplemente revela que aquélla no es querida. Esto es así hablando en abstracto, pero es que además en la vida real las partes intervinientes, en particular el enajenante, en un negocio fiduciario, no se proponen nunca la transmisión, es decir, nunca tienen verdadera voluntad transmisiva, sino sólo propósito de dar en garantía o en administración, etc. Con lo que resulta que no vale el negocio exterior por falta de consentimiento (art. 1261.1.º). Y si aun esto fuera así, seguiría sin valer por falta de causa (art. 1261.3.º), porque la de garantía, administración, etc., no es causa suficiente para fundamentar la transmisión. Y si aun tampoco fuera así, seguirían sin valer todos los negocios fiduciarios montados como compraventas fiduciarias (carácter este que se oculta al otorgar el contrato), porque no siendo queridas realmente como compraventas ni habiendo de verdad precio, sólo podrán valer (art. 1.276), no como el negocio que aparentan ser ni como transmisión basada en otra causa, sino como el negocio que encubran, que no siendo de transmisión no serviría para mantener ésta».

Esto es, también en nuestra opinión, la venta en garantía como negocio fiduciario no supone más que la existencia de un negocio simulado en el que no es válida la transmisión de propiedad que se ha pretendido operar por inexistencia de consentimiento y de causa onerosa, puesto que el verdadero fin pretendido es la constitución de una garantía, negocio interno que será válido si su causa es lícita.

No obstante dicha afirmación, es cierto que aún la Jurisprudencia sigue siendo reticente a calificar el negocio fiduciario como un negocio simulado (en nuestro juicio, al ser rehén de antiguas posiciones que afirmaban la vali-

(24) Vid. *op. cit.*, págs. 96 y 97.

dez del mismo y de los efectos transmisivos pretendidos, aunque mantenga por otro lado la invalidez de la teoría del doble efecto) (25).

Aunque se notó un cierto cambio de rumbo en la misma, sobre todo, a raíz de la acertada sentencia del Tribunal Supremo, de 15 de junio de 1999 (*RJ* 1999/4474), donde se afirma que lo que realmente se convino por las partes fue un negocio simulado que encubría una garantía de la devolución de las cantidades adeudadas.

Así dicha sentencia se pronunció acertadamente al respecto del siguiente tenor literal: «...En el presente caso, por más que se hable de negocio jurídico fiduciario en la sentencia de instancia, que no le aplica los efectos que según la doctrina le eran propios, no hay sino un negocio jurídico simulado. Las partes celebran sendos contratos de compraventa y en documento privado, reconocido por todas ellas, manifiesta que lo han celebrado sin verdadero ánimo vendendi. La simulación es relativa, en el sentido de que encubre, disimula, el verdadero negocio jurídico, el cual es, como dicen en el mismo documento, garantía de devolución de las cantidades adeudadas. Como consecuencia, dice el documento, tras la compraventa se concede a los pseudo-vendedores el derecho de retracto sobre las fincas pseudo-vendidas. El negocio disimulado es, pues, la garantía del préstamo y ésta no consiste sino en hacer suyas las fincas dadas en garantía: lo cual no es otra cosa que el pacto comisorio prohibido con antiguos precedentes, en nuestro Derecho en los artículos 1.859 y 1.884 del Código Civil».

No obstante lo anterior, desafortunadamente no termina de afianzarse dicha postura, puesto que el Tribunal Supremo en sus recientes sentencias continúa afirmando la validez del negocio fiduciario y su carácter no simulado (26).

El efecto más negativo para el fiduciante, según el esquema expuesto, es que declarada la inexistencia de una compraventa y sí de una garantía real atípica —verdadero negocio querido por las partes—, éste no podrá esgrimir su verdadero derecho de propiedad frente a tercero de buena fe y a título oneroso que haya adquirido del fiduciario que se extralimite en su derecho (27).

Lo anterior nos lleva, al menos, a recordar en el ámbito de la calificación del tercer adquirente a título oneroso como de buena fe (ex art. 34 de la Ley Hipotecaria), que el criterio de la Dirección General de los Registros y del Notariado ha sido denegar la inscripción de los negocios fiduciarios, basándose sobre todo en el carácter imperativo de los preceptos de ejecu-

(25) En este sentido, se puede examinar toda la Jurisprudencia analizada por ALBALADEJO en torno a la calificación o no del negocio fiduciario como negocio simulado. Vid. *op. cit.*, págs. 94 y sigs.

(26) En esta línea cabe citar entre las más recientes, la sentencia del Tribunal Supremo de 15 de julio de 2005 (*RJ* 2003/4462) y la también sentencia del Tribunal Supremo de 30 de marzo de 2004 (*RJ* 2004/2603).

(27) En cuanto al resto de la problemática derivada de las relaciones entre fiduciante, fiduciario, terceros acreedores y terceros adquirentes nos remitimos (al exceder el ámbito de este trabajo) a las recientes reflexiones al respecto expuestas por Antonio PARA MARTÍN, «En torno a la fiducia *cum creditore*», en *Estudios Jurídicos en homenaje al profesor Luis Díez-Picazo*, Tomo I, Derecho Civil, Parte General, Thomson-Civitas, 2003.

PARA MARTÍN también acoge la postura de la simulación al afirmar (pág. 736) lo siguiente: «En mi opinión la venta en garantía es siempre un negocio simulado que encubre otro disimulado, calificable de fiduciario que establece un derecho real atípico de garantía».

ción extrajudicial de la hipoteca, así como en la prohibición del pacto comisorio (28).

Al hilo de lo anterior, la jurisprudencia del Tribunal Supremo a la vez que niega la efectiva transmisión de propiedad, también se pronuncia sobre un requisito de validez de la garantía interna en este tipo de negocios al expresar la sentencia del Tribunal Supremo, de 4 de diciembre de 2002 (RJ 1174/2002) que: «...efectivamente el pacto comisorio si bien el artículo 1.859 se refiere expresamente a la prenda e hipoteca, como negocio prohibido también resulta aplicable a los negocios de transmisión en garantía (sentencias de 21-3-1969 [RJ 1969, 1520], 22-12-1988 [RJ 1988, 9748], 28-6-1994 y 15-6-1999 [RJ 1999, 4474])...» (29).

Es decir, si conforme a la tesis propuesta el negocio interno constituido es una garantía real atípica (no existiendo pues transmisión de propiedad por la nulidad del negocio externo), el acuerdo de garantía financiera consistente en la transmisión de propiedad del bien dado en garantía debería respetar también las cautelas establecidas por el RDL que se aplican a la garantía financiera pignoraticia en la que se haya pactado la apropiación del bien dado en garantía ante el incumplimiento de la obligación garantizada. Esto es, que se haya pactado la apropiación por las partes y que se haya acudido a un sistema de valoración objetiva del bien dado en garantía, todo ello en los términos expuestos en el apartado anterior de este trabajo.

En suma y en nuestra opinión, estas ventas en garantía que positiva el RDL son auténticos negocios simulados en los que no existe transmisión de propiedad y sí una garantía que para evitar la aplicación de la prohibición del pacto comisorio han de cumplir también con los requisitos exigidos en el propio RDL para las apropiaciones del bien dado en garantía, no olvidándose que cuando estemos ante valores negociables no cotizados debería recurrirse a la valoración que ofreciere un tercero independiente ante la ausencia del precio objetivo de cotización que ofreciere el correspondiente mercado.

Al igual que para la apropiación en garantía, habrá que estar también al devenir de la práctica jurídica para ver el desarrollo de la admisibilidad de la venta en garantía que realiza el RDL, así como su influencia en otros sectores

(28) En este sentido, GÓMEZ GALLIGO, «Titularidades fiduciarias», en *Actualidad Civil*, 1992-3.º, XXXIII.

(29) FELIU REY (vid., *op. cit.*, págs. 134 y 135) recoge opinión doctrinal que se ha hecho eco de la aplicación de la prohibición del pacto comisorio en las ventas en garantía, al afirmar lo siguiente: «Una segunda corriente parte de la consideración de la fiducia en garantía como auténtico derecho real de garantía, y así no faltan en nuestra doctrina autores que propugnen la aplicación analógica del artículo 1.859 del Código Civil, como por ejemplo Jordano Barea, Lacruz y Puig Brutau, y más recientemente Carrasco Perera, al señalar que: "la ratio de la norma (art. 1.859 del Código Civil) exige su aplicación analógica a todo supuesto donde se presente una facultad de apropiación del acreedor de un bien del deudor casualizada al impago de un débito simultáneo o anterior al contrato donde se pactó la facultad de apropiación, siempre que el mecanismo así utilizado ponga en peligro el interés que el artículo 1.859 trató de salvaguardar: que la presumible situación de indigencia del deudor (quod plerumque accedit) no permite que el acreedor retenga en propiedad un bien de valor notablemente superior al nominal del débito, en perjuicio tanto del propio deudor como del resto de los acreedores, a los cuales no les quedaría en ningún caso posibilidad de satisfacer sus créditos sobre ese concreto bien". Más radicalmente señala Geste-Alonso: "¿qué más pacto comisorio que el no aceptar, de entrada el acreedor, una garantía típica y querer la propiedad?..."»

de nuestro tráfico jurídico y económico que no son objeto de regulación por dicho RDL.

IV. CONCLUSIONES

Bastantes son las novedades jurídicas que ofrece el RDL como, por ejemplo, la desaparición de la intervención del fedatario público en este tipo de garantías financieras y que son dignas de análisis en otros trabajos. En éste hemos querido simplemente exponer dos de dichas novedades que en nuestra opinión son sumamente importantes, como son la apropiación del bien dado en garantía y la venta en garantía, analizando solamente los aspectos más relevantes en cuanto a la naturaleza jurídica de las mismas.

Así, la regulación de la apropiación del bien dado en garantía por el RDL no nos parece suficiente por no dotar de los mecanismos de tutela adecuados ante dicha figura. Si bien, una primera lectura nos llevaría a aceptar la misma, atendiendo a la validez de aquellos pactos que no suponen una clara vulneración de la clásica prohibición del pacto comisorio, es cierto que debería ponderarse el recurso a la misma en atención a las específicas circunstancias del caso y al concreto estado de necesidad del deudor.

Por ello, si en el campo de los valores negociables cotizados dicha tutela ya viene ofrecida principalmente por la propia existencia de un precio objetivo de cotización, lo mismo no ocurre en relación con los valores negociables no cotizados para los cuales, la existencia de una valoración objetiva de los mismos realizada por un tercero se nos antoja necesaria para evitar lo que siempre se ha querido evitar: que al acreedor le interese más el incumplimiento de la obligación al poderse apropiar de un bien cuyo valor es superior al de su crédito, rompiéndose así el más elemental equilibrio de las prestaciones, debiendo velarse para la admisibilidad de dicho pacto que no se haya producido una desproporción valorativa entre el objeto de la garantía y la obligación garantizada.

Sin embargo, en relación con la validez de la venta en garantía que nos ofrece el RDL, sólo nos resta mostrar una vez más el carácter simulado de la misma, la nulidad de la transmisión pretendida y la validez de la garantía real verdaderamente querida, siempre y cuando ésta se ajuste a los requisitos de apropiación del bien dado en garantía que antes hemos tratado.

En definitiva, ¡cuántas discusiones jurídicas en nuestra jurisprudencia y doctrina sobre ambas figuras, para que su admisión se propugne a través de un Real Decreto-ley!

RESUMEN

EL PACTO MARCIANO

El Real Decreto-ley 5/2005 ha introducido numerosas novedades en el ámbito de nuestro sistema de derechos reales de garantía, entre las que cabe citar y que son objeto del presente análisis, la

ABSTRACT

COLLATERAL LIQUIDATION

Royal Decree Law 5/2005 has introduced a great number of new features in the realm of our system of security interests in real property, among which we may cite, and we discuss in this analysis,

apropiación del bien dado en garantía financiera y la venta en garantía. Dos novedades importantes que han de ser tratadas desde un punto de vista crítico para poder velar por el equilibrio de las prestaciones de las partes del acuerdo de garantía financiera.

the appropriation of property furnished as collateral and the selling of collateral. These two important new features must be dealt with from a critical point of view in order to ensure balance in what is required of the parties to a financial security agreement.