

1.3. Derechos Reales

El pacto comisorio, hoy: análisis crítico de la figura, a la luz de la más reciente jurisprudencia, y de la doctrina de la Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

Agreement of forfeiture, today: critical analysis of the figure, in the light of the most recent jurisprudence and doctrine of the Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública

por

ÁNGEL JUÁREZ TORREJÓN
Universidad Carlos III de Madrid

RESUMEN: La Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, en algunas de sus últimas resoluciones, ha abordado el análisis de la prohibición del *pacto comisorio* en las garantías reales, perfilando los contornos de esta prohibición, es decir, definiendo el margen de juego de la autonomía privada. Esto aconseja un análisis crítico de las últimas resoluciones y sentencias en las que se aborda el problema de la consecuencia comisoria en las relaciones jurídicas de garantía, y la actualidad de los llamados *pacto marciano* y del *pacto ex intervallo* como modalidades de consecuencia comisoria. El objeto de este trabajo es no solo presentar una exposición ordenada de las cuestiones principales en esta materia, sino también un análisis crítico del actual estado doctrinal y jurisprudencial sobre ella.

ABSTRACT: *The Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública, in some of its latest resolutions, has faced the analysis of the prohibition of the «agreement of forfeiture» in security guarantees, outlining the limits of this prohibition, that is, defining the limits of the private autonomy. This situation recommends a critical analysis of the latest resolutions and judgments in which the problem of the commissary consequence in the legal relations of guarantee is faced, and the actuality of the so-called pacto marciano (marcian agreement) and the ex intervallo agreement as modalities of commissary consequence. The aim of this work is not only to present an orderly exposition of the main issues in this matter, but also a critical analysis of the current doctrinal and jurisprudential conclusions.*

PALABRAS CLAVE: *Pacto comisorio. Pacto marciano. Pacto ex intervallo. Dación en pago, fiducia cum creditore.*

KEY WORDS: *Agreement of forfeiture. Marcian agreement. Ex intervallo agreement. Accord and satisfaction. Fiducia cum creditore.*

SUMARIO: I. EL PACTO COMISORIO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS DE GARANTÍA. CONCEPTO Y MODALIDADES. 1. LA IMPORTANCIA DEL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO. LA PRETENDIDA ADMISIÓN DEL PACTO COMISORIO EN SU MODALIDAD DE *PACTO MARCIANO* Y *PACTO EX INTERVALLO*. 2. EL *PACTO MARCIANO*, Y SU ADMISIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA. 3. EL PACTO COMISORIO *EX INTERVALLO* Y SU *CUESTIONABLE* ADMISIBILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA.—II. ANÁLISIS GENERAL DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO - CONSECUENCIA COMISORIA, DESDE LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL. IDEAS GENERALES.—III. PACTO COMISORIO Y DACIÓN EN PAGO. 1. DACIÓN EN PAGO PACTADA AL TIEMPO DEL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. A) *Dación en pago futura, instrumentalizada a través de un derecho de opción en favor del acreedor.* B) *Dación en pago presente, instrumentalizada a través de una transmisión actual al acreedor, pero resoluble a través de un derecho de retracto en favor del deudor.* C) *Conclusiones de este apartado.* 2. DACIÓN EN PAGO PACTADA DESPUÉS DEL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN. A) *Dación en pago pactada antes del vencimiento de la deuda de cuya satisfacción se trata.* B) *Dación en pago pactada después del vencimiento de la deuda de cuya satisfacción se trata.*—IV. PACTO COMISORIO / CONSECUENCIA COMISORIA Y NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM CREDITORE*. 1. EL NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM CREDITORE* (TRANSMISIÓN FIDUCIARIA *CUM CREDITORE*) COMO MECANISMO DE GARANTÍA. 2. ANÁLISIS CRÍTICO. CONVENIENCIA DE ABANDONAR EL NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM CREDITORE* - TITULARIDAD FIDUCIARIA EN GARANTÍA.—V. EL *PACTO MARCIANO* EN 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. 1. IDEAS PREVIAS. 2. LA REGULACIÓN DEL REAL DECRETO LEY 5/2005, COMO ARGUMENTO EN FAVOR DEL *PACTO MARCIANO*. ANÁLISIS CRÍTICO.—VI. RELACIÓN JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES CITADAS.—VII. BIBLIOGRAFÍA

I. EL PACTO COMISORIO EN LAS RELACIONES JURÍDICAS DE GARANTÍA. CONCEPTO Y MODALIDADES

En una primera aproximación, podría definirse el pacto comisorio como aquel acuerdo en virtud del cual, en el marco de una relación jurídica de garantía real, se permite al acreedor garantizado *apropiarse* del bien objeto de dicha garantía real como forma de ejecución de esta, esto es, para el caso de que se incumpla la obligación garantizada¹.

Este tipo de «pactos» *no está* permitido en el Derecho español. Basta leer los artículos 1858, 1859 y 1884 del Código Civil para llegar a esta conclusión. Puede así hablarse de una general *prohibición del pacto comisorio* en sede de garantías reales: el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca; el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido; en caso de que venza la obligación garantizada, los bienes objeto de la garantía han de ser enajenados para pagar al acreedor².

Sin embargo, y como se ha adelantado, la cuestión es mucho más compleja, y ello en un doble orden de ideas:

1) En primer lugar, porque el fundamento teleológico o finalista de la prohibición del pacto comisorio ha ocupado un lugar preeminente en la explicación de dicha prohibición, hasta el punto de condicionar los límites de esta. En este sentido, se ha afirmado que cuando en un caso concreto no pueda decirse que

están presentes los peligros que la general prohibición del pacto comisorio pretende conjurar, no hay razón para impedir la consecuencia comisoria-apropiatoria pretendida. Esta es la base en la que se asienta una común permisión del pacto comisorio en su modalidad de *pacto marciano* y en su modalidad de *pacto ex intervallo*, modalidades ambas a que más adelante nos referiremos.

2) En segundo lugar, porque para llegar a resultados apropiados, debemos manejar un concepto «amplio» de «garantía real» o de «derechos reales de garantía» en cuyo marco entender vigente la prohibición el pacto comisorio. La razón de ello es que, por lo general y precisamente por la franca prohibición de dicho pacto positivizada en sede de prenda, hipoteca y anticresis, la consecuencia comisoria no se presenta en la práctica como un *pacto* que derechamente permita la apropiación del bien por el acreedor, sino que dicha consecuencia comisoria es el resultado indirecto o disimulado de una relación jurídica más compleja que exige una labor interpretativa sobre la verdadera intención de los operadores del tráfico.

El análisis de la jurisprudencia y de la doctrina de la Dirección General de los Registros y del Notariado (ahora Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) (DGRN / DGSJyFP) pone de manifiesto que la consecuencia comisoria prohibida, puede esconderte detrás de ventas simuladas, daciones en pago, derechos de opción, o transmisiones fiduciarias: todas estas construcciones negociales más o menos complejas, que indirectamente pueden perseguir una consecuencia comisoria oponible *erga omnes* en favor de un acreedor y proscrita por el Derecho, deben ser consideradas como (análogas a las) «garantías reales» a estos efectos. Lo contrario dejaría abierta una puerta al fraude de ley que dejaría inoperativa la repetida prohibición (cfr. art. 6.4 CC)³. En este sentido, en la jurisprudencia son claras entre otras las SSTS de 1 de marzo de 2013 (núm. 141/2013) y de 4 de febrero de 2020 (núm. 77/2020)⁴.

Evidentemente, no se conculca la prohibición del pacto comisorio cuando no hay presente una función de garantía de cumplimiento de una obligación, marcadamente cuando la adquisición del bien sea directamente querida, y no como una consecuencia secundaria o de garantía para el caso de incumplimiento de otra obligación distinta y principalmente querida⁵.

1. LA IMPORTANCIA DEL FUNDAMENTO DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO. LA PRETENDIDA ADMISIÓN DEL PACTO COMISORIO EN SU MODALIDAD DE *PACTO MARCIANO* Y *PACTO EX INTERVALLO*

No hay estudio que se haya hecho sobre la prohibición del pacto comisorio, que no dedique una de sus partes al fundamento teleológico de dicha prohibición. Esto ha llevado con seguridad a que tal fundamento, tanto en la doctrina como en la jurisprudencia, ocupe un lugar esencial en la explicación de esta materia, y especialmente en la delimitación de su radio de acción. La razón de la importancia del argumento teleológico en esta materia, radica en que el pacto comisorio es un límite a la autonomía privada, y en este sentido una tal limitación solo debe mantenerse en tanto y en cuanto se actualice la razón por la que el Legislador prevé tal límite, y no más allá. Esta forma de razonar es lo que ha llevado, tanto a la doctrina como a la jurisprudencia, a admitir la validez de dos modalidades de pacto comisorio, no obstante la prohibición de los artículos 1859 y 1884: nos referimos al *pacto marciano* y al *pacto ex intervallo*,

que han obtenido reconocimiento entre los autores⁶, en la jurisprudencia⁷, y en la doctrina de la DGRN / DGSJyFP⁸.

2. EL PACTO MARCIANO, Y SU ADMISIÓN EN EL DERECHO ESPAÑOL A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

La prohibición del pacto comisorio no es moderna, y procede del Derecho Romano, concretamente de la época del emperador Constantino⁹. Pero ya en el Corpus justiniane se pone de manifiesto, de forma más o menos implícita, la importancia de la lectura de la prohibición del pacto comisorio en clave finalista. Resulta fundamental en este sentido el conocido pasaje de Marciano recogido en D.20.1.16, 9: «*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 (...)*»¹⁰. Este pasaje resulta clave en el estudio del pacto comisorio, pues describe una consecuencia comisoria en sede de derechos reales de garantía, que sí puede pactarse, y en este sentido delimita la general prohibición del pacto comisorio. Esta modalidad de pacto comisorio permitido, como es fácil intuir, es el conocido como *pacto marciano*, y ha sido admitida en su formulación romana, últimamente, por las RRDGSJyFP de 15 de marzo de 2021 y (1.^a) de 10 de marzo de 2022, que califican el *pacto marciano* en los derechos de garantía como una suerte de *compraventa sometida a condición suspensiva*.

Decimos que aquí se pone de manifiesto la importancia del argumento teleológico de la prohibición del pacto comisorio en los derechos reales de garantía, porque a pesar de su prohibición general, sí se permite si al constituirse la garantía, se acuerda que el acreedor pueda apropiarse del bien grabado mediante pago de su justo precio (descontando, lógicamente, lo ya pagado por el deudor). De aquí se deduce que la razón de la prohibición general del pacto comisorio, es evitar que la apropiación del bien gravado en favor del acreedor pueda implicar un grave perjuicio tanto al deudor mismo, como a los demás acreedores que este pudiera tener, toda vez que, como es de suponer, el valor del bien gravado superará el valor de la deuda garantizada ya en el momento inicial (cuanto más, si la apropiación del bien como forma de ejecución se produce en favor del acreedor cuando la obligación garantizada ha sido cumplida parcialmente). El pacto comisorio en su modalidad de *pacto marciano* conjura este peligro, y por tanto, en principio no debiera haber problemas para su admisión¹¹.

Resultan especialmente claras en este sentido las STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2019 (núm. 12/2019), a la que sigue la posterior SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 2020¹².

A esto hay que añadir que, en los últimos años, el *pacto marciano* ha sufrido un especial impulso, al amparo de una norma pensada para el sector financiero. Nos estamos refiriendo al *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*. Por cuestiones sistemáticas, nos remitimos a lo que más abajo se explica sobre esta cuestión. Pero valga adelantar ya que la consideración a esta norma con rango legal, ha servido de argumento para que un sector muy relevante de la doctrina, haya afirmado que «tanto la prohibición de constitución de la garantía por medio del dominio como la prohibición de la ejecución de la garantía mediante

apropiación comisoria han dejado de ser principios generales de nuestro Derecho de garantías»¹³. Más abajo nos detendremos en este punto.

3. EL PACTO COMISORIO *EX INTERVALLO*, Y SU CUESTIONABLE ADMISIBILIDAD EN EL DERECHO ESPAÑOL A LA LUZ DE LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA

Directamente relacionado con lo anterior, es común la idea de que el pacto comisorio pone de manifiesto una situación de superioridad del acreedor garantizado, o lo que es igual, una situación de inferioridad, necesidad o angustia del deudor, pues no parece razonable que, en un contexto de equilibrio negocial, alguien pudiera aceptar un acuerdo (el pacto comisorio) tan gravemente perjudicial para sus intereses.

La conexión entre el perjuicio que supone el pacto comisorio, y la verosímil situación de necesidad del deudor que acaba aceptándolo, se pone de manifiesto en la legislación de Partidas, concretamente en la Ley XLI, Título V, Partida V¹⁴, y es francamente aceptado por GARCÍA GOYENA en sus *Concordancias al Proyecto de 1851*¹⁵.

De forma similar a como se llega a la validez del *pacto marciano*, se llega a la siguiente deducción: si el contexto negocial del que surge el pacto comisorio, no pone de manifiesto que ha habido una situación de necesidad o angustia por parte del deudor para aceptar ese acuerdo de comiso, tampoco la prohibición del pacto comisorio ha de alcanzar a la validez y eficacia de dicho acuerdo. Y en este sentido, se añade: si el pacto de comiso se acuerda *después* de haberse constituido la relación obligatoria de la que surge la deuda, ya no existe el peligro que la prohibición del pacto comisorio pretende conjurar. Obviamente, esta forma de razonar tiene en mente una relación de préstamo o mutuo de dinero, en la que el deudor de la obligación es el prestatario (obligado a devolver el dinero recibido), y el pacto de comiso se produce cuando el prestatario ya ha recibido el capital que más adelante habrá de devolver: en este contexto, se ha afirmado que no puede decirse que el prestatario se haya visto abocado a aceptar el pacto de comiso por su situación de necesidad de dinero¹⁶. Esto último ha permitido dar carta de naturaleza a una modalidad de pacto comisorio: el pacto comisorio *ex intervallo*, que ya los juristas castellanos admitieron como una modalidad válida de pacto comisorio¹⁷.

Hoy, la validez del pacto comisorio *ex intervallo* parece admitirse, si bien con cautelas, y con mayores dificultades que el llamado *pacto marciano*, tanto por los autores, como por el Tribunal Supremo¹⁸ y por la DGRN /DGSJyFP¹⁹.

Estas dificultades y «cautelas» con que se nos indica que puede admitirse el pacto «*ex intervallo*», obligan a cuestionarse la admisibilidad de este tipo de pacto.

Un análisis de los trabajos doctrinales que se han dedicado al estudio del pacto comisorio, y la lectura de las resoluciones de la DGRN-DGSJyFP de los últimos años, muestra cómo los perfiles del llamado pacto comisorio *ex intervallo* se han diluido progresivamente, de manera que parece razonable cuestionarse su utilidad. Ello por dos razones:

- 1) En líneas generales, el *pacto marciano* no plantea hoy día en el panorama jurídico español mayores problemas para su admisibilidad, no ya solo porque la valoración objetiva y la restitución del *superfluum* al deudor conjuran los peligros que el pacto comisorio puro conlleva, sino también por una razón práctica, que radica en lo costoso, lento, y en ocasiones insatisfactorio, que son tanto

para deudor como para acreedor los procedimientos de ejecución hipotecaria o pignorática (ya sean judiciales o extrajudiciales)²⁰. Sin embargo, el llamado pacto comisorio *ex intervallo*, si bien su admisibilidad cuenta con precedentes en nuestro Derecho, esta admisión siempre se ha hecho «con las debidas cautelas». Cuando nos preguntamos cuáles son esas «cautelas» que han de rodear la admisibilidad del pacto comisorio *ex intervallo*, se difuminan las fronteras entre este y el *pacto marciano*. Más allá de las cautelas *probatorias* de la posterioridad del pacto respecto al surgimiento de la deuda²¹, cuando la doctrina más reciente ahonda en las cautelas *materiales* para su admisibilidad, estas acaban refiriéndose a la necesidad de una valoración objetiva del bien, y a que el deudor sea el destinatario del *superfluum* (diferencia positiva entre el valor del bien y el *quantum* de la deuda)²². Esto supone, de hecho, la dilución del *pacto ex intervallo* en el *pacto marciano*: si se admite el *pacto marciano* acordado *ex ante*, no hay ninguna razón para admitirlo *ex post*.

2) En otro orden de ideas, pero muy relacionado con lo anterior, se ha señalado que la prohibición del pacto comisorio en el Derecho español comparte fundamentos con la regulación contra la usura²³, lo que abre una línea de razonamiento muy interesante en esta sede²⁴, ya que la apropiación por parte del acreedor del bien objeto de la «garantía» por el solo hecho del incumplimiento de la obligación garantizada, no pudiendo encontrar justificación causal (título) en un negocio con finalidad de garantía, debe encontrarse en la causa onerosa (cfr. art. 1274 CC) de un préstamo remunerado (ya que, de no ser remunerado, solo obligaría a la *devolución del tantundem*), pues parece verosímil descartar en estos casos la causa remuneratoria y la causa lucrativa a que también se refiere el artículo 1274 del Código Civil. La consecuencia comisoria (apropiatoria) supondría, así, el resultado que la regulación proscriptora de la usura pretende impedir: la remuneración excesiva en favor del prestamista, representada aquí por la diferencia (presumiblemente muy a su favor) entre el valor del bien apropiado, y la deuda pendiente incumplida²⁵.

En este punto, conviene recordar que el artículo 1 de la Ley de Represión de la Usura (LRU) dispone que «será nulo todo contrato de préstamo en que se estipule un interés notablemente superior al normal del dinero y manifiestamente desproporcionado con las circunstancias del caso o en condiciones tales que resulte aquel leonino, habiendo motivos para estimar que ha sido aceptado por el prestatario a causa de su situación angustiosa, de su inexperiencia o de lo limitado de sus facultades mentales». De la lectura de este precepto, parece derivarse que la hipótesis de usura tiene dos aspectos o prismas que han de concurrir: uno *objetivo* (remuneración excesiva para el prestamista) y otro *subjetivo* (situación angustiosa, inexperiencia o limitaciones mentales del prestatario)²⁶. Pero en realidad, y hoy día, lo que hemos llamado aspecto *subjetivo* no es parte del supuesto de hecho de la usura como la define la LRU, ni elemento constitutivo de la pretensión de declaración de nulidad cuya prueba habría de corresponder al demandante (de ordinario, el prestatario)²⁷.

Si trasladamos este esquema de razonamiento al estudio del pacto comisorio en su modalidad de *pacto ex intervallo*, comprobamos cómo el hecho objetivo y en sí mismo considerado de que la consecuencia comisoria-apropiatoria se pacte después de contraída la deuda, no puede ser demostrativo, ni siquiera indicario, de que no concurre la situación que la prohibición del pacto comisorio quiere evitar, pues de la misma forma que sucede con la normativa de represión de la usura, la situación más o menos angustiosa del deudor es irrelevante ante la proscripción del pacto comisorio, si la consecuencia comisoria se da realmente.

Las «cautelas» con que parte de la doctrina acepta el pacto comisorio *ex intervallo*, no pueden ser cautelas relativas a la *libertad del consentimiento* y a la falta de *presiones o angustia* del deudor, de la misma forma que un préstamo no deja de ser usurario por el solo hecho de que el desproporcionadamente alto interés remuneratorio acordado no haya sido consecuencia de la inexperiencia del prestatario, de su angustia económica o de lo limitado de sus facultades mentales²⁸.

Esto ha hecho que las «cautelas» con las que se ha de admitir el *pacto ex intervallo* se hayan desplazado, desde las cautelas «subjetivas» del prestatario, hacia las cautelas «objetivas» típicas del *pacto marciano*, provocando la mencionada dilución de aquél en este. Ejemplo de ello es la tesis mantenida en la RDGSJyFP de 28 de enero de 2020, que consideramos acertada²⁹.

Coincidimos, en definitiva, con FELIU REY cuando expuso que el pacto comisorio *ex intervallo* será posible gracias a la mitigación introducida con la figura del *pacto marciano* con las cautelas y en los términos expuestos al estudiar dicho pacto. Esto, de hecho, supone la negación del *pacto ex intervallo* como una modalidad distinta del *pacto marciano*, y conlleva una aproximación a lo previsto en el artículo 2744 del Codice Civile: «È nullo il patto col quale si conviene che, in mancanza del pagamento del credito nel termine fissato, la proprietà della cosa ipotecata o data in pegno passi al creditore. Il patto è nullo anche se posteriore alla costituzione dell'ipoteca o del pegno» (la cursiva es añadida)³⁰.

II. ANÁLISIS GENERAL DE LA PROHIBICIÓN DEL PACTO COMISORIO - CONSECUENCIA COMISORIA, DESDE LA CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL. IDEAS GENERALES

En el epígrafe anterior hemos intentado presentar el pacto comisorio prohibido, y sus dos modalidades *pacto marciano* y *pacto ex intervallo*, en su «pureza», esto es, en sí mismos, como consecuencia jurídica de apropiación en una relación jurídica de garantía.

En cierto sentido, el pacto comisorio seguramente solo puede estudiarse como *consecuencia jurídica* (consecuencia comisoria o de apropiación), y no como un *supuesto de hecho específico*, en el entendido que no hay un supuesto de hecho típico de pacto comisorio como realidad negocial. La realidad demuestra que no hay un *pacto comisorio*, sino *consecuencias comisorias*, que son las que están realmente proscritas. En este sentido, quizás fuese mejor dejar de hablar de *pacto comisorio*, y comenzar a hablar de *consecuencias comisorias en las relaciones jurídicas de garantía*.

En cualquier caso, lo anterior dificulta el análisis del pacto comisorio, pues a este análisis se superpone también el análisis de los mecanismos más o menos complejos que los actores del tráfico emplean para procurar la consecuencia comisoria prohibida, a veces bajo la apariencia del uso de instituciones perfectamente admitidas (como sucede con la dación en pago, transmisiones sometidas a condición), y otras veces (las que plantean una dificultad aún mayor) bajo la apariencia de instituciones cuya admisibilidad es, en sí misma, bastante dudosa (como sucede con las transmisiones fiduciarias *cum creditore*).

III. PACTO COMISORIO Y DACIÓN EN PAGO

Los autores se han cuestionado la admisibilidad de la dación en pago como medio solutorio de la deuda garantizada con garantía real; concretamente, en

la hipótesis en que el objeto de la dación es el bien gravado con dicha garantía. El cuestionamiento de su admisibilidad se hace desde la prohibición el pacto comisorio, toda vez que en los casos referidos de dación en pago, *externamente* se produce una consecuencia similar a la que la prohibición del pacto comisorio pretende impedir: que el acreedor se apropie directamente del bien objeto de la garantía.

No es este el lugar para analizar la naturaleza jurídica de la dación en pago como medio solutorio/subrogado del cumplimiento, que mayoritariamente se ha aproximado a una compraventa (en la que la cuantía debida, por efecto de la dación en pago, se recalifica como *precio*); nos basta con tener presente que, en primer lugar, en cuanto a sus consecuencias implica que el acreedor y titular de la garantía real se hace dueño directamente del bien gravado con dicha garantía; y en segundo lugar, que la dación en pago es fruto de la autonomía privada y, en este sentido, puede acordarse a lo que ahora interesa en dos momentos distintos: en el momento mismo de constituir la garantía, o en un momento posterior. En este sentido, no es de extrañar que la admisibilidad de la dación en pago se haya analizado, en el primer caso, desde la prohibición del pacto comisorio *puro*, y en el segundo caso, desde la prohibición o admisibilidad del pacto comisorio en su modalidad *ex intervallo*.

1. DACIÓN EN PAGO PACTADA AL TIEMPO DEL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

Los autores, la DGRN/DGSJyFP, y la jurisprudencia, equiparan la *dación en pago pactada al tiempo del nacimiento de la obligación* con el pacto comisorio prohibido, y en este sentido, se ha defendido la nulidad de ese pacto³¹.

Creemos que esta es la conclusión correcta, aunque no hay unanimidad³².

Para mejor comprender las razones de esta conclusión, resultará interesante aproximarse a la práctica y comprobar qué mecanismos se emplean para pretender eludir la prohibición del pacto comisorio, empleando la institución (a priori válida) de la dación en pago: en ocasiones, la dación en pago se acuerda como una dación en pago *futura*, instrumentalizada a través de un derecho de opción (que se ha venido a denominar «opción de dación en pago») en favor del acreedor; en otras ocasiones, la dación en pago se acuerda como una dación en pago *de presente*, pero resoluble, lo que se instrumentaliza a través de un derecho de retracto en favor del deudor.

En cualquiera de los dos casos, se pretende una función de garantía, con eficacia jurídico real, pero con consecuencia apropiatoria del bien (*rectius*, de su domino) objeto de uno y otro derecho (opción o retracto): tanto el derecho de opción en el primer caso, como el retracto en el segundo, permiten a su respectivo beneficiario una prioridad jurídico-real sobre el bien objeto de cada una de ellas, que a efectos prácticos se traduce en una purga/inoponibilidad de los actos dispositivos y de los embargos y demás derechos personales que hayan podido realizarse o surgir en el interin entre la constitución del derecho de opción o del retracto, hasta su, en su caso, ejercicio efectivo. La única diferencia (irrelevante para que ambos grupos de casos merezcan el mismo juicio negativo) es que la consecuencia apropiatoria del bien en favor del acreedor se produce, en uno y otro caso, en orden inverso: en el primero (derecho de opción) el incumplimiento faculta al acreedor a la adquisición del bien, con fundamento en el derecho de opción; mientras que en el segundo (retracto) el incumplimiento es lo que impide al deudor el ejercicio del retracto por caducidad del mismo, consolidándose así el dominio en favor del acreedor.

A) Dación en pago futura, instrumentalizada a través de un derecho de opción en favor del acreedor

Muy ilustrativa es al respecto la *RDGRN de 20 de julio de 2012*, en la que se califica la pretendida dación en pago acordada *ex ante* con fines solutorios, como una transmisión — propiedad sometida a doble condición: suspensiva para el acreedor, y resolutoria para el deudor, siendo el hecho condicional en ambos casos el impago de la deuda que, en el caso tratado por el Centro Directivo, tenía por causa un préstamo de dinero. En esta resolución, la Dirección General confirma que estamos ante un supuesto de negocio indirecto, en el que a través de una forma perfectamente admitida (la dación en pago), se persigue una finalidad prohibida (comiso). Y ello porque la dación en pago, acordada como medio satisfactorio para el acreedor *ab initio obligationis*, y por tanto antes de que existiera una deuda líquida, vencida y exigible que pudiera satisfacerse con esa dación (solo eventual al tiempo del nacimiento de la relación obligatoria), cumple típicamente una función de garantía, aunque externamente se la llame «dación en pago». Consecuentemente, la situación no puede escapar al régimen imperativo de las garantías reales, entre el que está la prohibición del pacto comisorio³³.

La misma conclusión —prohibitiva— merece la hipótesis en que la dación en pago se hubiese pactado después, y con ocasión, de un incumplimiento de una deuda, pero ese pacto de dación en pago supuesto, directa o indirectamente, un nuevo plazo de vencimiento de la obligación para la que la dación se previó (haciendo coincidir la posibilidad de adjudicación en pago por el acreedor, con el nuevo vencimiento de la deuda). En tal caso, aunque ya se produjo el incumplimiento, y el pacto de dación en pago es posterior, dicho pacto ha supuesto un nuevo plazo de vencimiento, y la deuda ha devenido, inexigible. La hipótesis, por tanto, no merece un tratamiento distinto al ya mencionado en que la dación en pago se pacta como una posibilidad solutoria *ab initio obligationis*, y así lo puso de manifiesto la Dirección General en sus *resoluciones de 21 y 22 de febrero de 2013*³⁴, que en lo que ahora interesa son idénticas. No se entendió así, en cambio, en la *SAP de La Rioja de 18 de octubre de 2010* (núm. 397/2010).

Y la misma conclusión —prohibitiva también—, y por las razones apuntadas, merece el supuesto en que la dación en pago no se pacta en favor del acreedor, sino en favor de un fiador, de manera que esa dación pactada de futuro se prevea anticipadamente como forma de satisfacción del fiador en la hipótesis del artículo 1838 del Código Civil, esto es, para el caso de que el fiador fuese quien finalmente pague al acreedor. No lo entendió así la *Audiencia Provincial de Madrid* (sección 11.^a) en su sentencia de 1 de septiembre de 2014³⁵.

B) Dación en pago presente, instrumentalizada a través de una transmisión actual al acreedor, pero resoluble a través de un derecho de retracto en favor del deudor

Para comprender este grupo de casos, resulta muy ilustrativo el caso analizado en la *STS de 1 de marzo de 2013* (sentencia núm. 141/2013). En ella se trató de un caso en que una entidad y una persona física celebraron un negocio en virtud del cual la primera consignó, en concepto de «pago por tercero», una cantidad de dinero en el Juzgado que estaba llevando un procedimiento ejecutivo contra aquella persona física, con el fin de evitar la subasta y levantar el embargo trabado sobre un inmueble de esta. En este negocio, la persona física transmitió dicho inmueble a la entidad que había evitado la ejecución del mismo

«en concepto de dación en pago de la deuda» que había surgido por el pago por parte de la entidad de una deuda ajena (cfr. art. 1158 CC). Esa transmisión en concepto de dación en pago se había hecho incluyendo un pacto de retro por el que el transmitente podría recobrar el inmueble si, en un plazo de tres meses, reembolsaba a la entidad adquirente tanto cuanto esta había desembolsado para evitar la ejecución del inmueble, más 14.000 euros. También se acordó que, entretanto el derecho de retracto estuviese en vigor, el transmitente se mantendría en la posesión del inmueble.

El retracto finalmente no se hizo eficaz, caducando, y consolidando así el dominio de la entidad; pero el poseedor se mantuvo en la posesión del inmueble. Esto hizo que la entidad interpusiera demanda exigiendo la entrega del inmueble; el demandado (poseedor) reconvino alegando, entre otras razones, simulación negocial que disimulaba un pacto comisorio. En primera instancia se estimó la demanda y se desestimó la reconvención; el demandado apeló y la Audiencia estimó la apelación, revocando la sentencia de primera instancia, considerando que en efecto había existido un mecanismo simulatorio que encubría una finalidad de garantía y pretendida elusión de la prohibición del pacto comisorio. Finalmente, el demandante recurrió en casación. El Tribunal Supremo desestimó el recurso, confirmando la sentencia de la Audiencia Provincial, «no solo porque la calificación del negocio jurídico es función propia de la instancia (...) sino también porque se advierte que no se trata de una deuda que se paga con una dación en pago (...) sino que el que figura como acreedor es en realidad un prestamista que le levanta un embargo y el importe es el objeto del préstamo con un interés del 20 % anual y con un plazo verdaderamente exiguo (tres meses), haciendo suya una finca, si no le devuelve el dinero prestado, que figura como dación en pago y se formula como pacto de retro» (fundamento de derecho tercero), pero que en realidad es un pacto comisorio — consecuencia comisoria con función de garantía de la devolución del préstamo.

C) Conclusiones de este apartado

La dación en pago pactada *ex ante*, ya articulada como derecho de opción (dación en pago futura), ya articulada a través de un retracto convencional (dación en pago presente, pero resoluble a través del retracto), en la medida en que implican una consecuencia comisoria en el marco de una relación de garantía, caen en la prohibición prevista en el artículo 1859 del Código Civil.

A lo anterior no obsta que la dación en pago, como subrogado del cumplimiento, tenga carácter negocial y que se haya aproximado conceptualmente al contrato de compraventa, compraventa que, en todos los casos que hemos visto, podría calificarse como compraventa condicional (especialmente en los casos en que la dación en pago se articula como derecho de opción, hipótesis que parece aproximarse a la compraventa sometida a condición suspensiva para el acreedor-comprador). En tales casos, cabría preguntarse si ello no es, al fin y al cabo, similar a la hipótesis de compraventa condicional a que se refiere el conocido pasaje de Marciano de D.20.1.16, 9. El problema es que, en todos los casos analizados *supra*, no existía ningún mecanismo que hubiera permitido garantizar una valoración objetiva del inmueble apropiado por el acreedor, ni un adecuado destino del *superfluum* para el caso de que dicho valor superase el montante de la deuda pendiente³⁶: en todos los casos, el valor de la deuda pendiente era el precio de la adjudicación, mediante un sencillo mecanismo compensatorio.

2. DACIÓN EN PAGO PACTADA DESPUÉS DEL NACIMIENTO DE LA OBLIGACIÓN

En este grupo de casos, hay que diferenciar a su vez dos subgrupos: en primer lugar, los casos en que la dación en pago se pacta *antes del vencimiento* de la deuda de cuya satisfacción se trata; y en segundo lugar, los casos en que la dación en pago se pacta *después* del vencimiento de la deuda, que ya ha devenido líquida, vencida y exigible. Esta distinción resulta fundamental, ya que se corre el peligro de intentar trasladar soluciones a problemas que solo son semejantes en apariencia, pero no en el fondo.

A) *Dación en pago pactada antes del vencimiento de la deuda de cuya satisfacción se trata*

La similitud de este caso, con la hipótesis en que doctrinal y jurisprudencialmente se plantea la admisibilidad del pacto comisorio en su modalidad *ex intervallo*, parece evidente. Lógicamente la efectividad de la dación en pago pactada está condicionada a que se verifique el incumplimiento de la prestación principal de la obligación, para que pueda entrar este *subrogado del cumplimiento* (cumplimiento sustitutivo o mediante un *aliud*). En realidad, es indiferente que la dación en pago que se prevea en estos casos coexista con una relación jurídica de garantía real, y de que tanto dación como garantía tuvieran el mismo objeto: la dación en pago con efectividad condicionada al incumplimiento futuro, cumple *de por sí* función de garantía, esto es, abstracción hecha de que coexista con una relación jurídica de garantía previamente constituida. Ello se pone de manifiesto, no solo en el fin práctico que se pretende, sino también en que, a través del pacto de dación en pago futura se persigue la misma consecuencia reipersecutoria de las garantías reales, y que se traduce en el efecto de purga de todos los actos dispositivos que el dueño del bien pudiera haber realizado después del pacto de dación³⁷. Tales fueron los casos estudiados en las ya mencionadas RRDGRN de 21 y 22 de febrero de 2013³⁸.

Esa clara función de garantía independiente y autónoma que tiene la previsión de la dación en pago en caso de incumplimiento, justifica con facilidad que a ella la resulten de aplicación la proscripción del pacto comisorio. Se comprenderá así la semejanza entre el pacto de dación en pago eventual, y el pacto comisorio en su modalidad *ex intervallo*; y solo en este sentido se debe entender, con DURÁN RIVACOBA, que estamos ante un «trasunto semejante al pacto comisorio *ex intervallo*», razón por la cual «en idéntica medida de las condiciones sobre su admisibilidad debe ser tratada»³⁹.

B) *Dación en pago pactada después del vencimiento de la deuda de cuya satisfacción se trata*

A diferencia del grupo de casos anterior, ahora la dación en pago no se prevé como *eventual* forma de satisfacción del crédito, ni desarrolla una función de garantía. En el grupo de casos que ahora vamos a estudiar, la dación pactada pretende tener una función solutoria *de presente*; no hay una función de garantía sino función de pago.

Esto aleja conceptualmente a la dación en pago del pacto comisorio en su modalidad *ex intervallo*, y de forma más concreta, no conduce a considerar la (in)

validez de un tal pacto de dación en pago a la luz de la respectiva validez o no del pacto comisorio, ni en su modalidad de *pacto marciano*, ni en su modalidad de pacto comisorio *ex intervallo*; lo que no quiere decir que la dación en pago también en este grupo de casos pueda conducir a situaciones que socialmente pueden considerarse injustas, y en este sentido debamos preguntarnos por la respuesta que el ordenamiento ofrece. *Pero estas situaciones injustas son las generales de los negocios jurídicos*⁴⁰ (*desequilibrio de la carga commutativa del negocio; vicios del consentimiento*), y no las específicas de los derechos reales de garantía⁴¹ y⁴².

En efecto, en línea de principio, la dación en pago, incluida la dación en pago de un bien previamente gravado con garantía real con fin solutorio de la obligación garantizada, debe admitirse cuando se acuerda para saldar de presente una deuda que es líquida, vencida y exigible⁴³.

IV. PACTO COMISORIO / CONSECUENCIA COMISORIA Y NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM CREDITORE*

1. EL NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM CREDITORE* (TRANSMISIÓN FIDUCIARIA *CUM CREDITORE*) COMO MECANISMO DE GARANTÍA

Aunque durante décadas la jurisprudencia ha admitido la figura del negocio fiduciario *cum creditore*, esto es, la transmisión del dominio fiduciario con función de garantía, en realidad nunca ha terminado de perfilar de manera convincente su existencia en el Derecho español. Incluso parece que su admisión por la jurisprudencia deriva de una necesidad forzada de tal admisión, lo que se demuestra en algunas afirmaciones difíciles de comprender, y en ocasiones, abiertamente contradictorias.

La admisión *lógica* del negocio fiduciario *cum creditore* (transmisión fiduciaria-propiedad fiduciaria con función de garantía) presupone que a través de él, los actores del tráfico obtienen una utilidad que de otra forma no podrían obtener, y ello dentro del campo de juego de la autonomía privada (cfr. art. 1255 CC), marcadamente y a lo que ahora interesa, respetando la prohibición del pacto comisorio. En este punto *lógico*, la virtualidad de la transmisión fiduciaria en garantía se pone de relieve fundamentalmente en el tráfico inmobiliario, porque lo que se pretende con él no es (solo) gravar el inmueble, sino generar una situación que deslegitime en el tráfico al propietario deudor para llevar a cabo cualquier acto de dominio; en otras palabras: se pretende conseguir en el tráfico un efecto similar, al que tiene en sede de prenda la entrega del bien al acreedor pignoraticio⁴⁴, pero yendo incluso un poco más allá: la garantía del propietario fiduciario no consiste solo en deslegitimar al fiduciante (aspecto negativo), sino más: aparecer frente a terceros como *verus dominus* (aspecto positivo)⁴⁵.

Admitir el negocio fiduciario-transmisión fiduciaria en garantía, significa que tiene finalidades prácticas que superan la afición dominical que implica la hipoteca (gravamen inmobiliario sin transmisión posesoria) o la anticresis (gravamen inmobiliario *con* transmisión posesoria); concretamente, significa que pretende la eficacia de la garantía pretendida con, y precisamente con, la transmisión del deudor al acreedor. Y es en este punto en el que la figura del negocio fiduciario *cum creditore* encuentra en la prohibición del pacto comisorio su principal escollo: debe tratarse de una *transmisión*, pero *no plena*, o dicho de otra forma, una transmisión *solo con función de garantía*. Esto explica que en la práctica, y *ad*

extra, para conseguir el pretendido efecto *transmisivo* se emplee la *compraventa*, dando apariencia de una transmisión definitiva, querida y a priori inamovible —se consigue así el efecto deslegitimador en el tráfico del *verus dominus*, dando además apariencia legitimadora al acreedor—; pero en las relaciones internas entre (pseudo)transmitente y (pseudo)adquirente, se degrada ese efecto transmisor, que no se quiere pleno, sino solo a efectos de garantía —se consigue así también un efecto deslegitimador del *acreedor pseudo-adquirente*, y se pretende así igualmente impedir la consecuencia comisoria que, de otro modo, llevaría a la nulidad—. Se comprende así también con facilidad que, en la práctica, el negocio fiduciario-transmisión fiduciaria *cum creditore*, se nos presente en el contexto de una simulación negocial.

Como consecuencia de todo lo anterior, la jurisprudencia ha admitido que en la transmisión fiduciaria *cum creditore*, se produce un *desdoblamiento* de la propiedad, y en este sentido se identifica una propiedad *formal* (la del fiduciario-acreedor) y una propiedad *material* (la del deudor) —cfr. *STS de 26 de julio de 2004* (núm. 814/2004), especialmente su fundamento de derecho cuarto—, lo que en palabras del mismo Tribunal Supremo, se trata de una situación *anómala* (por todas, *STS de 8 de marzo de 1988*, fundamento de derecho segundo), calificativo que resulta, cuanto menos, sorprendente en un contexto jurisprudencial que pretende la validez y eficacia de este tipo de negocio fiduciario. Esta titularidad formal en favor del acreedor (titular fiduciario) no supone que el bien entre en su patrimonio, pero sí supone a su favor una cierta eficacia, tanto en las relaciones internas entre fiduciante y fiduciario, como frente a terceros:

1) En las relaciones internas, se reconoce en favor acreedor (titular fiduciario) un «ius retinendi», que impide que se imponga la restitución hasta que la obligación garantizada quede satisfecha.

2) *Ad extra*, la titularidad fiduciaria tiene una limitada eficacia real que, si bien no puede oponerse al fiduciante por no haberse producido una verdadera transmisión del dominio, «se revela frente a los acreedores del fiduciario a la manera de un crédito privilegiado que gozará de preferencia para hacerse efectiva sobre la finca litigiosa» (*STS de 25 de febrero de 1988*, fundamento de derecho tercero), que convierte al crédito así garantizado en un crédito «reforzado» (*STS de 1 de febrero de 2002* —fundamento de derecho tercero—). O como más recientemente se ha concluido, si bien el incumplimiento de la obligación garantizada no puede convertir al acreedor en dueño del bien objeto de la transmisión fiduciaria (debiendo proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor), sí tiene «la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse sobre el que le corresponde una especie de derecho de retención, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo (cfr. *STS de 26 de julio de 2004* —núm. 814/2004—, fundamento de derecho quinto; *STS de 30 de mayo de 2008* —núm. 465/2008—, fundamento de derecho primero).

2. ANÁLISIS CRÍTICO. CONVENIENCIA DE ABANDONAR EL NEGOCIO FIDUCIARIO *CUM CREDITORE* — TITULARIDAD FIDUCIARIA EN GARANTÍA

Los intentos de encajar el negocio fiduciario *cum creditore*—propiedad fiduciaria en garantía en el Derecho español son, en buena medida, un difícil intento de equilibrio entre su pretendida admisión, el causalismo del sistema transmisor y la prohibición del pacto comisorio. Esto ha llevado a construcciones en parte

forzadas, que han conducido, como hemos adelantado, a algunas incoherencias y contradicciones. En este sentido, podemos apuntar brevemente:

1) Que el negocio fiduciario *cum creditore* implique en favor del acreedor fiduciario un crédito privilegiado respecto a los demás acreedores del deudor, es una conclusión que choca abiertamente contra la regla contraria del artículo 1925 del Código Civil⁴⁶.

2) Que el negocio fiduciario *cum creditore*, precisamente por la proscripción del pacto comisorio, no implique en favor del acreedor fiduciario una verdadera titularidad, y por tanto el fiduciario no ingrese el bien realmente en su patrimonio, no ha impedido sin embargo al Tribunal Supremo desestimar una tercería de dominio interpuesto por los dueños materiales (deudores) contra el dueño formal (fiduciario) y los acreedores de este, solicitando el levantamiento del embargo trabado por uno de tales acreedores, aun cuando se había dado por probado que estábamos ante una transmisión fiduciaria *cum creditore*. Tal fue el caso de la *STS de 17 de septiembre de 2003* (núm. 840/2003; ver especialmente su fundamento de derecho cuarto).

3) Finalmente, y muy conectado con lo anterior, si realmente el negocio fiduciario-transmisión fiduciaria *cum creditore* fuese un negocio válido y eficaz en nuestro Derecho, la conclusión lógica a la que habría que llegar en todos los casos en que la transmisión fiduciaria se ha articulado sobre una compraventa simulada, es entender que la simulación no es *absoluta*, sino *relativa*, determinante de la nulidad (inexistencia) de la compraventa, pero sin prejuzgar la validez del negocio fiduciario con función de garantía, y por tanto la eficacia y validez de tal garantía en sí misma, realmente querida. Esto es lo que hubiese sido coherente con la pretendida admisibilidad del negocio fiduciario en nuestro ordenamiento, y en especial, del negocio fiduciario *cum creditore*; y en efecto, en algunas sentencias del Tribunal Supremo se acoge este enfoque, siendo claros exponentes de ello la doctrina sostenida en las *sentencias de 17 de julio de 2001* (núm. 757/2001)⁴⁷ y de *1 de febrero de 2002* (núm. 62/2002)⁴⁸.

Esta forma de enfocar la cuestión, muy cuestionable siquiera sea porque se aproxima mucho a un sistema de garantías abstracto, sin embargo parece haber sido abandonada por el mismo Tribunal Supremo.

En efecto, en una sentencia del mismo Tribunal Supremo de *16 de mayo de 2000* (casi dos años anterior a la última mencionada) ya se sostuvo que «la apreciación de la nulidad del pacto comisorio (o de su efecto jurídico) no implica normalmente la ineeficacia de la garantía, la cual sigue desenvolviendo su función en los términos convenientes y con arreglo a su naturaleza, y, por consiguiente, el negocio atípico de garantía, en principio, solo deviene inválido en la medida que acarrea la apropiación definitiva, por el acreedor, del bien cuando se produce el incumplimiento de la obligación»; pero se añade a continuación una idea fundamental para nuestro propósito: «esta solución, de evidente aplicación en la hipótesis de utilización de la fórmula clásica (hacer suya dominicalmente hablando la cosa en el caso de incumplimiento del pago del crédito), no se aviene con la modalidad de operación de garantía que se examina en este litigio, porque la nulidad afecta a todo el negocio complejo, sin que sea posible aplicar la doctrina de la nulidad parcial, con arreglo a la cual quedaría subsistente la parte de la operación (préstamo) ajena a la propia función de garantía (...). [T]al solución es la que aconseja la dogmática jurídica cuando el crédito concedido al deudor está causalizado, en el sentido del artículo 1274 del Código Civil, a la puesta

en garantía, y es la venta la que determina que se conceda el préstamo (deuda) constituyendo una contraprestación de esta concesión, por lo que el efecto de la invalidez incide, impregna, en todo el sinalagma». Esto supone de hecho, anular la función de garantía del negocio fiduciario *cum creditore*, cuando se disimula bajo la apariencia de una compraventa (disimulada e inexistente), que es lo que sucede en la práctica totalidad de los supuestos.

Posteriormente, el Tribunal Supremo en sentencias como la de *20 de diciembre de 2007* (núm. 1364/2007), o de *27 de enero de 2012* (núm. 34/2012) resultan aún más claras, y sostienen lo que a nuestro parecer es la doctrina correcta: cuando se simula una venta para disimular una transmisión con finalidad de garantía, no hay verdaderamente simulación relativa, sino *absoluta*. Así, en la última de las sentencias citadas (27 de enero de 2012), se estimó el recurso por *infracción procesal* interpuesto contra la resolución de segunda instancia, por considerarla contradictoria e incongruente: «el fallo de la sentencia declara nulo el contrato de compraventa y el pacto de retroventa y declara válida la transmisión de la propiedad, por más que precise que es una transmisión formal en garantía (...). Con lo cual, queda declarado nulo el título de transmisión y válida esta: es un contrasentido, que integra incongruencia interna. No cabe anular el título y mantener la transmisión (...). No tiene sentido. Es una contradicción que evidencia una incongruencia interna» (fundamento de derecho segundo).

V. EL *PACTO MARCIANO* EN 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

1. IDEAS PREVIAS

En los últimos años es constante la cita como argumento en favor del pacto comisorio en su modalidad de *pacto marciano*, lo dispuesto en 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 el cual se prevé una suerte de pacto comisorio - marciano en los términos que vamos a ver a continuación. Ello es un argumento que ha sido empleado para afirmar, que no existe una verdadera razón de fondo para impedir el pacto comisorio-marciano cuando, por el juego de la autonomía privada, se conjuran los peligros que están tras la prohibición del pacto comisorio. En definitiva, se propone la admisibilidad general del *pacto marciano* en las garantías reales, con el argumento en una pretendida *analogía iuris* aplicable más allá del ámbito de aplicación de esta regulación.

Lo dispuesto en los apartados 1 y 2 del artículo sexto, y en su artículo undécimo de este Real Decreto Ley 5/2005 responde al esquema básico del *pacto marciano*. El RD Ley 5/2005, además, aunque de forma mejorable, pretende evitar uno de los principales escollos a la admisión del pacto comisorio: el de la valoración objetiva del bien dado en garantía y eventualmente apropiable por el titular de dicha garantía, evitando así un injusto enriquecimiento del acreedor garantizado⁴⁹.

Esto ha generado un estado doctrinal y jurisprudencial favorable a la admisión general del *pacto marciano* en las garantías reales⁵⁰, lo que es especialmente claro en la doctrina sentada en los últimos años por la DGSJyFP⁵¹. Ahora bien: la Dirección General, en las resoluciones referidas, es consciente del limitado ámbito subjetivo al que le resulta de aplicación el repetido RD Ley 5/2005, y

en este sentido *evita* pronunciarse admitiendo el *pacto marciano* en un sentido *general*. Concretamente, la admisión del *pacto marciano* en el derecho general de garantías lo circunscribe al tráfico *empresarial*⁵².

2. LA REGULACIÓN DEL REAL DECRETO LEY 5/2005, COMO ARGUMENTO EN FAVOR DEL *PACTO MARCIANO*. ANÁLISIS CRÍTICO.

Como hemos señalado, no se puede negar que la posibilidad de pactar la apropiación directa por el acreedor del bien ofrecido en garantía, tal y como lo prevé el Real Decreto Ley 5/2005, parece responder al esquema del pacto comisorio en su modalidad de *pacto marciano*. En este sentido, no debe extrañar que esta disposición se emplee como argumento para defender la admisibilidad del *pacto marciano* en el Derecho español.

Sin embargo, y con objeto de presentar una visión crítica de esta forma de enfocar la cuestión, esta forma de proceder no nos parece del todo convincente, y ello porque la posibilidad de pactar la apropiación de los bienes dados en garantía en este RD Ley 5/2005, se regula en unas coordenadas *subjetivas* y *objetivas* muy concretas, que no aconsejan precisamente la *analogia iuris*, sino más bien todo lo contrario. En efecto:

a) El pacto de apropiación de los bienes dados en garantía, se prevé en este RD Ley 5/2005 para un ámbito de operadores concretos (ver su artículo cuarto), en el que salvo excepciones muy específicas, *están expresamente excluidas las personas físicas*. Esta circunstancia debe tenerse muy presente, y como hemos visto, así lo hace la DGSJyFP en sus últimas resoluciones.

b) El pacto de apropiación por el acreedor de los bienes objeto de la garantía, solo es posible cuando esos bienes tienen una naturaleza que tampoco debemos pasar por alto. Se trata de: 1) *efectivo*, entendiendo por tal el dinero abonado en cuenta en cualquier divisa; 2) *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; y 3) *derechos de crédito*, entendiéndose por tales los derechos pecuniarios derivados de un acuerdo en virtud del cual una entidad de crédito otorga un crédito en forma de contrato de préstamo o de crédito (cfr. art. séptimo RD Ley 5/2005). En relación con esta cuestión relativa a la naturaleza de los bienes objeto de la garantía, ténganse presente dos ideas:

— En primer lugar, la LEC, al regular el procedimiento de apremio en el marco de la ejecución dineraria (y no se olvide que los procedimientos judiciales de ejecución hipotecaria y pignoraticia no son hoy otra cosa que especialidades de estos procedimientos ejecutivos de dinero), prevé en los artículos 634 y 635 unos supuestos especiales de ejecución: en el primero de ellos (art. 634) se prevén unas hipótesis en que la ejecución consistirá sencillamente en la *entrega* de los bienes embargados al acreedor ejecutante; en el segundo (art. 635), la ejecución consistirá en la venta de los bienes conforme a las reglas de su tráfico. Lo característico de estos supuestos contemplados en los artículos 634 y 635 LEC, es que se trata de bienes que no precisan de avalúo previo para su «ejecución» (cfr. art. 637)⁵³, y concretamente en los supuestos del artículo 634, se trata de bienes que en sí mismos «tienen un valor determinado y ese valor se obtiene por su mera posesión, sin transformación»^{54 y 55}.

El paralelismo entre las hipótesis contempladas *por razón de la naturaleza de los bienes*, por un lado en los artículos 634 y 635 LEC, y por otro en el artículo sexto del RD Ley 5/2005, resulta evidente. Se trata de bienes que, por su particular naturaleza, su ejecución mediante venta en subasta pública previo avalúo resulta un paso innecesario. El fundamento que hay tras los artículos 634 y 635 LEC, es el que hay tras una regulación como la del RD Ley 5/2005 en la parte que ahora estamos analizando.

— Y en segundo lugar, el esquema básico de las garantías en que se asienta el RD Ley 5/2005, es muy distinto del esquema básico tradicional en que se asientan las garantías reales en nuestro Código Civil y en la Ley Hipotecaria: en aquel, los bienes gravados con la garantía son *fungibles*, y dicha fungibilidad puede hacerse valer incluso durante la vida de la garantía si así se pacta: basta leer lo dispuesto en el artículo noveno del repetido RD Ley. Este no es, sin duda, el punto de partida de la prenda y la hipoteca en nuestro Código Civil y en nuestra Ley Hipotecaria. Esta es una diferencia *de fondo* que tampoco debe pasarse por alto cuando pretende extrapolarse lo dispuesto en el RD Ley 5/2005 a supuestos no incluidos en su ámbito de aplicación, con el fin de argumentar la admisibilidad general del *pacto marciano* en los derechos reales de garantía.

En definitiva, y como ha explicado REGLERO CAMPOS, las específicas medidas previstas en el RD Ley 5/2005 responden «a las necesidades de los mercados financieros que exigen un comportamiento ágil y rápido del sistema de garantías y de su ejecución en caso de incumplimiento del deudor. La exigencia de pacto expreso de apropiación y de inclusión en él de los criterios de valoración de los valores dados en garantía se consideran mecanismos suficientes para evitar prácticas abusivas del acreedor»⁵⁶. Se trata, por tanto, de un sector del tráfico muy específico, que con seguridad desaconseja extrapolar conclusiones y esquemas fuera de él a la generalidad del sistema de garantías reales, ya que está prevista para un sector muy concreto, sometido a normas específicas, y por ello, como ha concluido DURÁN RIVACOBA, «sus pretensiones ambiciosas quedan en entredicho, cuando no devienen aventureadas e inseguras»⁵⁷.

VI. RELACIÓN JURISPRUDENCIAL Y DE RESOLUCIONES CITADAS

TRIBUNAL SUPREMO (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- STS de 25 de febrero de 1988
- STS de 8 de marzo de 1988
- STS de 17 de julio de 2001 (núm. 757/2001)
- STS de 5 de diciembre de 2001, núm. 1144/2001
- STS de 1 de febrero de 2002 (núm. 62/2002)
- STS de 17 de septiembre de 2003 (núm. 840/2003)
- STS de 26 de julio de 2004 (núm. 814/2004)
- STS de 16 de febrero de 2006 (núm. 128/2006)
- STS de 20 de diciembre de 2007 (núm. 1364/2007)
- STS de 30 de mayo de 2008 (núm. 465/2008)
- STS de 25 de septiembre de 2008 (núm. 829/2008)
- STS de 27 de enero de 2012 (núm. 34/2012)
- STS de 1 de marzo de 2013 (núm. 141/2013)
- STS de 13 de enero de 2015 (núm. 261/2015)
- STS de 21 de febrero de 2017 (núm. 581/2017)

- STS de 4 de febrero de 2020 (núm. 77/2020)
- STS de 4 de marzo de 2020 (núm. 149/2020)
- STS de 4 de mayo de 2022 (núm. 1763/2022)

TRIBUNALES SUPERIORES DE JUSTICIA

- STSJ de Cataluña de 18 de febrero de 2019 (núm. 12/2019)

AUDIENCIAS PROVINCIALES (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- SAP de Barcelona de 30 de junio de 2005
- SAP de Guipúzcoa de 12 de abril de 2010
- SAP de La Rioja de 18 de octubre de 2010
- SAP de Madrid de 1 de septiembre de 2014
- SAP de Barcelona de 15 de septiembre de 2020

RESOLUCIONES DE LA DGRN/DGSJyFP (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

- Res. 20 de julio de 2012
- Res. 21 de febrero de 2013
- Res. 22 de febrero de 2013
- Res. (8.^a y 9.^a) de 28 de enero de 2020
- Res. 15 de marzo de 2021
- Res. (6.^a) de 21 de julio de 2021
- Res. (1.^a) de 10 de marzo de 2022

VII. BIBLIOGRAFÍA

- ARIAS RAMOS, J. (1974). *Derecho Romano*. Tomo I, Parte general. Derechos reales. Madrid, Revista de Derecho Privado.
- BASOZÁBAL ARRUE, X. (2004). *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Lección 25. Ejecución dineraria: procedimiento de apremio, en Gimeno Sendra, Vicente; Díaz Martínez, M.; Calaza López, S., *Derecho Procesal Civil. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRASCO GARCÍA, F.Á. (2015). Comentario al artículo 634 LEC, en Marín Castán, F. (dir.). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tm. III. Valencia: Tirant lo Blanch.
- CARRASCO PERERA, A.; CORDERO LOBATO, E.; MARÍN LÓPEZ, J.M. (2015). *Tratado de los derechos de garantía*. Tomo I. Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca. Cizur Menor, Aranzadi.
- DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2020). *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en Derecho español*. Cizur Menor: Aranzadi.
- DURÁN RIVACOBA, R. (1995). *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona: Aranzadi.
- (2019). *La garantía comisoria*. Madrid: Wolters Kluwer.

- ENNECERUS, L. (1935). *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Parte General (vol. 2.º). Barcelona, Bosch. Traducción y estudios de Blas Pérez González y José Alguer.
- ESCRICHE, J. (1847). *Diccionario razonado de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid: Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Tm. II.
- FELIU REY, M.I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*. Madrid: Civitas.
- GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial. Tm. III.
- GARCÍA ORMAECHEA, R. (1928) *Jurisprudencia del Código Civil recopilada y articulada conforme al mismo (1889-1926)*. Madrid: Ruiz Hermanos.
- GUILARTE ZAPATERO, V. (1993) Comentario al artículo 1859, en VV. AA, *Comentario del Código Civil*. Madrid, Ministerio de Justicia. Tm. II.
- JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2011). Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724.
- PANTOJA, J.M. (1889). *Repertorio de la Jurisprudencia Civil española (apéndice 1883-1887)*. Madrid: Imprenta de los hijos de J. A. García.
- PLANIOL / RIPERT. (1927) *Traité pratique de Droit Civil Français*, Tomo XII (1.ª parte), *Suretés réelles*. Paris.
- REDONDO TRIGO, F. (2007). El pacto marciano. El pacto *ex intervallo* y la fiducia *cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 699.
- REGLERO CAMPOS, F. (2007). El pacto comisorio, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, 4/2007.
- SALA, J. (1820). *Ilustración del Derecho Real de España*. Madrid, Tm. I.
- STOLFI, N. Notas a BAUDRY-LACANTINERIE, G; BARDE, L. (1915). *Tratatto teorico-pratico di Diritto Civile*. Tomo XII, vol. 2.º, *Delle obbligazioni*. Milán: Casa editrice Dottor Francesco Vallardi.
- WOLFF, M. (1937) Derecho de cosas, Tm. III, vol. 2.º, *Gravámenes*, en ENNECERUS / KIPP / WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona, Bosch. Traducción y estudios de Blas Pérez González y José Alguer.

NOTAS

¹ Existen varios y muy valiosos estudios acerca del pacto comisorio, su concepto y sus modalidades. Sin ánimo exhaustivo, conviene tener muy presentes los siguientes trabajos: FELIU REY, M. I. (1995). *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*. Madrid: Civitas; DURÁN RIVACOBA, R. (1995). *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*. Pamplona: Aranzadi; también del mismo autor últimamente citado, *La garantía comisoria*. Madrid: Wolters Kluwer, 2019; DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (2020). *La prohibición del pacto comisorio de las garantías: sus fundamentos y excepciones en Derecho español*. Cizur Menor: Aranzadi.

² Lo que se pretende prohibiendo el pacto comisorio es impedir que el acreedor se apropié del bien objeto de la garantía por el incumplimiento de la obligación garantizada (cfr. art. 1859 CC en sede de prenda e hipoteca), o lo que es igual, que el acreedor pueda adquirir el bien por la sola causa de la *falta de pago* (cfr. art. 1884 CC, en sede de anticresis). Pero la finalidad de esta prohibición *no es inhabilitar al acreedor* para adquirir el bien objeto de la garantía, como si se tratara, por ejemplo, de un caso similar a los contemplados en el artículo 1459 del Código Civil. Como ya se expuso en la antigua *STS de 31 de diciembre de 1913*, «hay que aceptar la posibilidad legal de hacer y ejecutar el acreedor lo que a otro se permite» [Véase GARCÍA ORMAECHEA, R. (1928) *Jurisprudencia del Código Civil recopilada y articulada conforme al mismo (1889-1926)*. Madrid: Ruiz Hermanos, 834].

Esto explica con total naturalidad que, por ejemplo, el acreedor hipotecario pueda adquirir el bien objeto de la hipoteca concurriendo como uno más a la subasta del bien llegado el momento de su ejecución, o como consecuencia de que las subastas fueran infructuosas como forma de ejecución [Con esa misma naturalidad lo admitía la Legislación de Partidas, en la ley XLIV, título XIII, Partida V. Véase también GARCÍA GOYENA, F. (1852). *Concordancias, motivos y comentarios del Código Civil español*. Madrid, Imprenta de la Sociedad Tipográfico Editorial. Tm. III, 176. Cabe señalar también la doctrina más antigua de la DGRN en este sentido; así, puede verse la *resolución de 21 de octubre de 1901*, en la que se cuestionaba la validez del pacto de venta mediante subasta extrajudicial-notarial, acordándose que en caso de que la subasta fuese infructuosa por dos veces, el acreedor pudiera quedarse con la finca hipotecada. La Dirección General admitió la validez de este pacto, puesto que es un pacto análogo al que, en sede de prenda, ya prevé el artículo 1872 del Código Civil. En el mismo sentido, años después, la *resolución de 19 de septiembre de 1906*. La dificultad de estos casos radicaba en que en esas épocas aún no se había reconocido la ejecución hipotecaria extrajudicial, que adquiría carta de naturaleza en nuestro Derecho positivo con la reforma del Reglamento Hipotecario de 1915]. Y también explica con naturalidad que el bien objeto de la garantía pueda ser, posteriormente, objeto de una dación en pago como subrogado del cumplimiento de la obligación garantizada: en ninguno de estos casos el acreedor se *apropia* del bien, sino que *lo adquiere* por un mecanismo jurídico perfectamente válido, y *ad hoc*. Naturalmente, tras estos casos puede haber una maniobra fraudulenta, pero conviene dejar claro que la prohibición del pacto comisorio no puede implicar una automática inhabilitación al acreedor para adquirir el bien sobre el que recae una previa garantía real a su favor.

³ Como señaló, por todos, REGLERO CAMPOS, «el pacto comisorio casi nunca se manifiesta en estado puro», sino que por lo general «lo encontramos asociado u oculto detrás de otros negocios, comúnmente de naturaleza transmisiva, pero que en realidad constituyen negocios de garantía» (REGLERO CAMPOS, F. (2007). El pacto comisorio, en *Revista Doctrinal Aranzadi Civil - Mercantil*, 4/2007)

⁴ Concretamente, en la sentencia citada de 2020, puede leerse en su fundamento de derecho segundo lo siguiente: «la prohibición del pacto comisorio no se circunscribe a los contratos de garantía típicos, sino que resulta también aplicable a los negocios indirectos que persigan fines de garantía, incluyendo (...) cualquier (...) construcción jurídica o estructura negocial que persiga el mismo efecto elusivo de la prohibición del pacto comisorio».

⁵ Esto es algo claro, pero que sin embargo en alguna ocasión ha planteado discusión, como sucedió en el caso analizado en la *SAP de Barcelona de 30 de junio de 2005* (núm. 374/2005). Se trató de un caso en que una arrendataria obtiene de un familiar (su nuera) la suma de dinero necesaria para hacer efectivo su derecho de retracto arrendaticio. Se acuerda entre nuera y suegra, que la finca retraída por esta quedaría para la nuera que proporcionó el dinero, reconociéndose en favor de la suegra el derecho vitalicio a permanecer en la vivienda. Después de ciertas desavenencias familiares que la sentencia no explica, la nuera exige la entrega de la vivienda, a lo que la demandada (suegra) se niega alegando que se ha incurrido en la prohibición del pacto comisorio, interesando la calificación de la entrega de dinero de la nuera a la suegra como «préstamo». La Audiencia rechazó el argumento de la suegra demandada: en el caso «no se prevé la devolución (del dinero), lo que se debe al hecho de que lo que se estaba contemplando era una realidad distinta, de adquisición de la finca por parte de la actora, diferida pues no podía serlo actual (...). La entrega de la cantidad obedecía, pues, no tanto a un préstamo como al precio de (una) compraventa (...). En suma, (...) no se da el supuesto de aplicación del pacto comisorio» (fundamento de derecho segundo).

⁶ En la doctrina más actual, resultan muy claros en cuanto a la importancia del argumento teleológico para comprender el alcance de la prohibición del pacto comisorio, los trabajos de GUILARTE ZAPATERO (1993) Comentario al artículo 1859, en VV. AA, *Comentario del Código Civil*. Madrid, Ministerio de Justicia. Tm. II, 1865-1866; FELIU REY (*op. cit.*; especialmente páginas 95 y 105), DURÁN RIVACOBA (1998, *Op. cit.*, especialmente páginas 75-76; después, véase su monografía de 2019, *cit.*, especialmente páginas 42 y sigs.), y últimamente, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M.S. (*Op. cit.*, especialmente páginas 34 y siguientes).

⁷ Valga como muestra la doctrina sostenida en la STS de 21 de febrero de 2017 (núm. 581/2017), que permite abiertamente el pacto comisorio *ex intervallo*, al señalar que son dos los presupuestos que definen el pacto comisorio prohibido: «En primer lugar, que el pacto de apropiación o disposición, *previo o coetáneo a la garantía*, se halle causalmente vinculado al nacimiento del crédito cuyo cumplimiento se garantiza. En segundo lugar, que la apropiación o disposición del bien no esté sujeta a un procedimiento objetivitable de valoración de la adquisición, esto es, que se realice haciendo abstracción de su valor» (fundamento de derecho segundo; la cursiva es añadida).

⁸ Son especialmente claras en este sentido, por citar la más recientes, las RRDGSJyFP (8.^a y 9.^a) de 28 de enero de 2020, 15 de marzo de 2021, (6.^a) de 21 de julio de 2021 y (1.^a) de 10 de marzo de 2022.

⁹ Como ha explicado ARIAS RAMOS, «Durante mucho tiempo, la constitución del *pignus* como tal no confería al acreedor pignoraticio otra facultad que la de retener la cosa mientras no fuese satisfecha la deuda. La fuerza asegurativa de la prenda radicaba exclusivamente en la coacción que supusiese tal retención. Con el *pignus* en sí no se obtenía otra finalidad, pero se adosaba a su constitución un pacto (*lex commissoria*) por el cual se convenía que, una vez incumplida la obligación, el acreedor se convertiría en propietario de la cosa dada en prenda, o bien se acordaba que el acreedor pudiese vender el objeto y cobrarse con el precio (*pactum de distrahendo pignore*). El primer tipo de pacto llegó a ser prohibido por Constantino; el segundo, acabó haciéndose consustancial con la prenda». Y lo mismo puede decirse para la hipoteca, que era una variedad de prenda con la única diferencia de que la posesión de la cosa no pasaba al acreedor en el momento de constituirse el derecho real, sino cuando la deuda se incumplía: tenía muy poca importancia, a efectos conceptuales, que en la prenda el traspaso posesorio estuviera presente en el momento constitutivo, mientras que en la hipoteca el traspaso posesorio fuese preparativo del *ius distrahendi* (ARIAS RAMOS, J. (1974). *Derecho Romano*. Tomo I, Parte general. Derechos reales. Madrid, Revista de Derecho Privado, 312-314).

¹⁰ Traducción extraída de *El Digesto de Justiniano*. Tm. II, libros 20-36, versión castellana por D'ORS, A.; FERNÁNDEZ-TEJERO, F.; FUENTESECA, P.; GARCÍA-GARRIDO, M. y BURILLO, J., con la ayuda del C.S.I.C. Pamplona, Aranzadi, 1972, 16.

¹¹ La admisión del *pacto marciano* era doctrina común en la época en que se estaba redactando el Código Civil. «Empeñando un hombre á otro alguna cosa con pacto, que si no la redimiese en cierto día fuese del mismo acreedor comprada, pagando sobre aquello que había dado cuando la tomó á peños, quanto podía valer la cosa pasado dicho día, según el justiprecio de hombres buenos, debe valer el pacto» (Sala, J. (1820). *Ilustración del Derecho Real de España*. Madrid, Tm. I. 257). «Es válido el pacto de que no desempeñando el deudor hasta cierto día la cosa dada en prenda, quede vendida al acreedor pagando este sobre lo que ya hubiere dado lo que valiere de mas según justiprecio de hombres buenos» (ESCRICHE, J. (1847). *Diccionario razonado de Jurisprudencia y Legislación*. Madrid: Librería de la señora viuda e hijos de D. Antonio Calleja, Tm. II, 670). Finalmente, la validez del *pacto marciano* se admitía por GARCÍA GOYENA en el comentario al artículo 1775 del Proyecto de Código Civil de 1851 (*Op. cit.*, 176).

El Tribunal Supremo tampoco era ajeno a este estado doctrinal. Así, el caso tratado en la sentencia del Tribunal Supremo de 29 de enero de 1886, de la que da noticia José María PANTOJA en su *Repetorio de la Jurisprudencia Civil española (apéndice 1883-1887)*. Madrid, 1889, 227: «La venta con pacto de retro, y además con el especial de poner la casa en almoneda en beneficio del vendedor primitivo en cuanto pueda valer más del precio estipulado, no reúne los caracteres esenciales del pacto comisorio prohibido por la ley 41, tít. 5.^º, Partida 5.^a.

¹² En ambas se da especial importancia al argumento finalista apuntado: No se incurre en la prohibición del pacto comisorio «cuando prevalece la comunitatividad de la transmisión, con la consiguiente desaparición del riesgo de lesión patrimonial del deudor o del pignorante/hipotectante y el correlativo enriquecimiento injustificado del acreedor que la prohibición del pacto comisorio está llamado a conjurar». Y se añade: «Este estado de cosas refleja el carácter instrumental de la prohibición del pacto comisorio, que pierde su razón de ser cuando la realización de la cosa dada en garantía —cualquiera que haya sido la vía

seguida— se ha hecho en condiciones determinantes de la fijación objetiva del valor del bien y no haya comportado un desequilibrio patrimonial injusto para el deudor.

¹³ Es el caso de CARRASCO PERERA; CORDERO LOBATO; MARÍN LÓPEZ (2015). Tratado de los derechos de garantía. Tomo I. *Garantías personales. Introducción a las garantías reales. Hipoteca*. Cizur Menor, Aranzadi, 651.

¹⁴ «Empeñando un ome a otro alguan cosa, a tal pleyto, que si la non quitasse a día cierto, que fuese suya comprada, de aquél que la recebio a peños; dando, o pagando, sobre aquello que auia dado quando la tomo a peños, tanto quanto podría valer la cosa, segund aluedrio de omes buenos; tal pleyto como este dueu valer. Mas si la comprasse de otra guisa, diciendo assi: que fazia tal pleyto con el, que si non la quitasse a día señalado, que fuese suya, por quello que dava sobre ella a peños; entonce non valdría el pleyto, nin la vendida. E por esta razón non tenemos por bien que vala tal pleyto, porque los que emprestan díneros a otros sobre peños, no lo querrian fazer de otra guisa. E los omes quando estouiesen muy cuitados con muy grand mengua que ouiessem, farian tal pleyto como este, maguer entendiesen que seria á su daño»

¹⁵ *Op. cit.*, 178.

¹⁶ Cabría preguntarse qué sucede en la hipótesis de hipoteca legal; y asimismo, cuando la prenda o la hipoteca se constituye en garantía de cumplimiento de una obligación de fuente no negocial (por ejemplo, por responsabilidad extracontractual).

¹⁷ Especialmente clara es la glosa gregoriana al último inciso de la transcrita Ley XLI, Título V, Partida V: «Ex hoc innuitur, quod valet istud pactum appossum ex intervallo».

¹⁸ Como vimos, en la STS de 21 de febrero de 2017 (núm. 581/2017), al afirmarse que el pacto comisorio proscrito es el «*previo o coetáneo a la garantía*», indudablemente se está admitiendo que es posible el pactado *después*.

¹⁹ De nuevo, véanse las RRDGSJyFP (8.^a y 9.^a) de 28 de enero de 2020, 15 de marzo de 2021, (6.^a) de 21 de julio de 2021 y (1.^a) de 10 de marzo de 2022. En las primeras de las citadas, y en una línea similar a la citada STS de 2017, se lee que «el comiso prohibido es el que se conviene «ex ante»» (fundamento de derecho 2.^o).

²⁰ Son especialmente claras en este sentido las RRDGSJyFP de 15 de marzo de 2021 y de 10 de marzo de 2022.

²¹ En esta cuestión es en la que parece centrarse REGLERO CAMPOS, *Op. cit.*, 2007. En realidad, estas no son «cautelas» para admitir el *pacto ex intervallo*, sino para comprobar que este pacto es posterior a la deuda.

²² Así, FELIU REY, *Op. cit.*, 105. También REDONDO TRIGO (2007), *El pacto marcial no. El pacto ex intervallo y la fiducia cum creditore* en las garantías financieras del Real Decreto-Ley 5/2005, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 699, 364-365; y más recientemente, DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *Op. cit.*, 42.

²³ Interesantes las reflexiones de DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, *Op. cit.*, especialmente páginas 38-39.

²⁴ Que, por bien que interesante, no es novedosa. En la doctrina francesa, Planiol / Ripert ya señalaron que «Cette nullité [la relativa al pacto comisorio] est édictée dans l'intérêt du débiteur; parce que la clause cache presque toujours un prêt usuraire, la valeur de l'objet donné en gage étant supérieure à la dette garantie» ([1927] *Traité pratique de Droit Civil Français*, Tomo XII [1.^a parte], *Suretés réelles*. Paris, 1927, 119).

²⁵ En este sentido, en la jurisprudencia es fácil ver cómo la argumentación sociológica y moral para justificar la prohibición el pacto comisorio, sería también perfectamente trasladable para explicar la prohibición de la usura. Cfr. STS de 4 de febrero de 2020 (núm. 77/2020); y conectando prohibición del pacto comisorio y la regulación de la usura, véase la STS de 1 de marzo de 2013 (núm. 141/2013), especialmente fundamento de derecho tercero

²⁶ A los aspectos objetivo y subjetivo en la usura, en el sentido apuntado, también se refirió Ennecerus (1935), *Tratado de Derecho Civil*. Tomo I, Parte General (vol. 2.^o). Barcelona, Bosch, 307.

²⁷ Así, seguramente, si del artículo 1 LRU se eliminara la segunda parte de su primer párrafo (desde «*habiendo motivos...*» hasta el final del párrafo), nada cambiaría realmente. La jurisprudencia más reciente, para calificar como usurario un préstamo, atiende exclusivamente al interés remuneratorio acordado, según las circunstancias del caso y el

segmento del mercado en que se opera. Así, pueden verse las SSTS de 4 de marzo de 2020 (núm. 149/2020) y de 4 de mayo de 2022 (núm. 1763/2022).

En nuestra doctrina, merece destacarse la obra de BASOZÁBAL ARRUE, X. (2004). *Estructura básica del préstamo de dinero (sinalagma, interés, usura)*. Valencia: Tirant lo Blanch).

²⁸ Esta forma de entender la cuestión, crítica a la admisión del *pacto ex intervallo* por el solo hecho de haberse acordado en un momento posterior al surgimiento de la deuda, no es nuevo. Así, para el Derecho francés, son ilustrativas las palabras de PLANIOL Y RIPERT: «La protection légale est peutêtre ici insuffisante, et il serait préférable de n'autoriser la convention qu'à partir du moment où le créancier peut réaliser le gage» (Traité pratique de Droit Civil Français, *ob. cit.*, 121).

²⁹ En esta resolución, después de afirmar que el pacto comisorio prohibido es el que se conviene *ex ante*, sin embargo a continuación añade que el objeto de la prohibición del pacto comisorio es «asegurar (...) la comutatividad del contrato, protegiendo al deudor ante los posibles abusos del acreedor, que se prevale de la necesidad de crédito que tiene el deudor, y el perjuicio que para el deudor se derivaría de la eventual diferencia entre el importe de la deuda y el valor actualizado del bien objeto de la garantía al tiempo en que es susceptible de ejecución. De ahí que la necesidad de desactivar el pacto cuando más se pone de relieve es cuando nace coetáneamente con la obligación a cuya suerte se liga su efectividad. Por eso tradicionalmente se admitió, si bien con cautelas, la introducción de esta facultad comisoria si se efectuaba con posterioridad al nacimiento de la obligación que se garantizaba, mediante el denominado pacto «ex intervallo»» (fundamento de derecho segundo; la cursiva es añadida).

³⁰ En favor del pacto comisorio *ex intervallo*, al menos en sede de prenda e hipoteca, también se ha esgrimido que, a diferencia de lo que sucede con la regulación de la anticresis, en aquellas no existe una positiva y frontal prohibición como la que sí existe para la última en el artículo 1884 del Código Civil, que dispone, después de afirmar que «el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble por falta de pago», que «todo pacto en contrario será nulo». Este argumento, que en parte es un argumento *a contrario* (si en sede de anticresis se afirma que «todo pacto en contrario será nulo», la falta de esta categórica afirmación en sede de hipoteca y prenda haría legítimo entender que *no* todo pacto en contrario sería nulo, lo que daría espacio al pacto comisorio en su modalidad *ex intervallo*), resulta difícil de sostener, pues considera insuficientes los claros términos en que se pronuncia el artículo 1859 («el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»), que hacen innecesario añadir que el pacto en contrario es nulo.

³¹ Entre los autores, por todos DURÁN RIVACOBIA ha señalado que «resulta decisivo para resolver la licitud de la dación en pago en correspondencia con el veto a la garantía comisoria conocer si se ajustan sus términos a la regularidad del fenómeno. Para ello [continúa] es necesario que se aplique a deudas vencidas y líquidas; y no *ex ante*, de manera que se vincule *in initio* con el crédito». Y más adelante concluye: «solo mientras la *dato* solutoria se conciba como un mecanismo *a priori* para garantizar una deuda, si llegado el instante de su vencimiento no se satisface, supone un evidente recurso al pacto comisorio prohibido». Véase su *Op. cit.*, (2019), 108 y 110 respectivamente.

³² En este sentido, conviene tener presente que CARRASCO, CORDERO y MARÍN han señalado que «el artículo 1859 Código Civil (...) se trata de un precepto limitado a tres modalidades específicas de garantía real y (...) aun dentro de estas, constituye una norma imperativa relativa a la forma de ejecución de la garantía. Pero la transmisión de la propiedad en garantía antes del vencimiento y ejecutabilidad de la deuda subyacente no es una técnica ejecutiva, y el artículo 1859 Código Civil no está prohibiendo en pureza (...) sino que, habiéndose acordado una garantía típica cuya ejecución cursa imperativamente mediante una venta pública, puedan acordar las partes que aquella se sustituirá por la adjudicación directa al acreedor» (CARRASCO PERERA; CORDERO LOBATO; MARÍN LÓPEZ. Tratado de los derechos de garantía, *Op. cit.*, 651).

³³ En este sentido, el fundamento de derecho quinto de esta resolución de 2012, es muy ilustrativo de lo anterior: «[E]l efecto consustancial a toda dación en pago de deuda que es la extinción de un crédito preexistente a cambio de la entrega de un bien, no se produce más que de modo indirecto y solo para el supuesto de incumplimiento de la obligación

garantizada». Y añade: «Aquí se ve claro el uso instrumental e indirecto de la figura de la dación en pago, pues (...) la dación en pago es un negocio de pago, siendo su finalidad extintiva de las obligaciones. Se trata de un modo o medio de pago o «acto por virtud del cual el deudor transmite bienes de su propiedad al acreedor, a fin de que este aplique el bien recibido a la extinción del crédito de que era titular» (*vid. sentencia de 28 de junio de 1993*). En definitiva, la dación en pago se produce cuando el acreedor accede a recibir a título de pago una prestación distinta a la que constitúa el contenido de la obligación debida *«aliud pro alio»* con acuerdo para tener por extinguida la obligación (cfr. sentencia de 15 de diciembre de 1989), *siendo así que en este caso ni hay tal transmisión, ni puede haber pago de una obligación que en el momento en que se otorga la escritura no es una deuda vencida, líquida y exigible* (fundamento de derecho quinto) —la cursiva es añadida—.

³⁴ «Centrándonos en las circunstancias concurrentes en este caso, estas ponen de manifiesto que, aunque se expresa en la escritura que el convenio se establece «para articular el pago de la referida deuda» y que «para su satisfacción concede un derecho de opción de dación en pago», e incluso que la deuda está vencida y líquida, todo lo cual propendería a considerar que la citada opción de dación en pago tiene una función de liquidación, lo cierto es que existe la función de garantía que da lugar al pacto de comiso prohibido, pues no se trata, evidentemente, de una dación en pago respecto a una deuda anterior, que lógicamente sería admisible, sino de una opción de dación en pago, de la que resultan una serie de circunstancias que inclinan claramente a esa función de garantía: a) aunque la deuda está vencida y líquida, al pactarse una opción de dación en pago diferida en cuanto al momento de su ejercicio, da lugar a un aplazamiento del pago de la deuda, determinando que se modifica su vencimiento, pues no es exigible mientras no llegue el momento inicial en que se puede ejercitar la opción de dación en pago; b) durante ese tiempo la función de garantía de la opción es evidente, pues se mantiene la deuda como no exigible, sin que el concedente esté obligado a pagarla, lo que implica la modificación de su vencimiento y exigibilidad, y durante ese tiempo la entidad acreedora cuenta con la garantía de la opción que todavía no puede ejercitarse o consumar, pero sí hacerla valer como derecho preferente frente a cualquier otro derecho que pueda constituir en ese tiempo el dueño de las fincas [...]. Se da, por tanto, el supuesto del artículo 1859 del Código Civil, que prohíbe el pacto por el cual el acreedor pueda apoderarse de la cosa dada en garantía o disponer de la misma. La deuda, aunque estaba vencida, deja de estarlo en virtud de la concesión de la opción de dación en pago diferida a un momento posterior antes del cual la entidad deudora puede pagar o no, mientras no llegue ese término, funcionando la opción como garantía del pago ya desde el principio, aunque su ejercicio se difiera a un momento posterior. En consecuencia, procede confirmar la nota calificadora sobre el pacto de comiso» (fundamento de derecho 5).

³⁵ Se trataba de una compraventa de vivienda, y de constitución de hipoteca en favor de una entidad bancaria que había financiado la adquisición mediante un préstamo, y para garantizar la devolución de ese préstamo, además de la garantía hipotecaria la entidad bancaria contaba también a su favor con un fiador. Según relata la sentencia de la Audiencia, el mismo día en que se otorgaron las escrituras de préstamo, hipoteca y fianza, en «documento público» aparte, los prestatarios «hacían constar ante notario que “si a consecuencia del impago total o parcial del crédito, tuviesen que hacerse cargo de este los referidos fiadores, se comprometen a transmitir a los mismos la finca hipotecada, siendo de su cuenta los gastos que con ello se originen”». La Audiencia Provincial, en esta situación entendió que no estamos ante un pacto comisorio prohibido. Para llegar a esta conclusión, la Audiencia toma como hecho fundamental el que los beneficiarios del pacto de transmisión son los fiadores, y no el acreedor (entidad bancaria), y añade que este supuesto «no es ajeno al contenido del artículo 1838 del CC en virtud del cual el fiador que paga por el deudor debe ser indemnizado por este en la cantidad total de la deuda».

En este caso, creemos que la Audiencia acertó al entender que no estamos ante un pacto comisorio, pero no por las razones apuntadas en la resolución. En nuestra opinión, como hemos adelantado, el solo hecho de que el pacto atributivo no se haya hecho con el acreedor-prestamista sino con el fiador, es *completamente irrelevante*, pues además, parece olvidarse que la acción de repetición del fiador frente al deudor fiado *ex artículo 1838 del Código Civil*, es una obligación en la que el fiado es deudor, y el fiador es acreedor principal,

y surge solo cuando el fiador paga la deuda del fiado (cfr. *STS de 5 de diciembre de 2001, núm. 1144/2001*, fundamento de derecho tercero)

Con todo, creemos que la Audiencia acierta al negar que estemos ante un pacto comisorio, porque en verdad la afirmación hecha por el deudor fiado en favor del fiador, no tenía verdadero valor *negocial*, ni constitúa (pre)contrato de opción, ni mucho menos habría surgido un derecho de opción con eficacia jurídico real. Lo pone de manifiesto el que la afirmación de los deudores fiados no se formalizó en *escritura pública*, sino en un *acta de manifestaciones*.

³⁶ Quizá, de hecho ni siquiera hubiera podido existir ese mecanismo típico del *pacto marciano*, pues debe constar registralmente, *ab initio*, respectivamente, ya el precio del ejercicio de la opción, ya el precio por el que se ejerce el retracto, sin posibilidad de remitirse a un cálculo posterior.

³⁷ Ello se consigue a través de un *derecho de opción* (cfr. art. 14 RH), que es el vehículo sobre el que se construye la dación en pago futura y a través del que se consigue ese efecto *erga omnes* frente a terceros.

³⁸ En estas resoluciones se habla expresamente de «*opción de dación en pago*»

³⁹ *Ob. cit.*, 109. En efecto, la admisibilidad general del pacto comisorio *ex intervallo* y de la previsión de dación en pago eventual para el caso de incumplimiento, es un binomio lógicamente inseparable. En aquellos casos en que doctrinalmente se niega la validez del pacto comisorio *ex intervallo*, pero se acepta la dación en pago del bien previamente gravado con garantía real, en realidad se está hablando de la dación en pago pactada *una vez producido el incumplimiento*, no como un pacto previo en que la dación en pago pasa a preverse como un medio solutorio eventual y de futuro. Tal es el caso del interesante trabajo de JIMÉNEZ PARÍS, T.A. (2011). Dación en pago de la vivienda hipotecada y pacto comisorio, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, núm. 724, especialmente páginas 1174 y sigs.

⁴⁰ Por razones de espacio no podemos profundizar en esta cuestión. Me remito al análisis que sobre el particular ha hecho DE LA FUENTE NÚÑEZ DE CASTRO, M. S., *Op. cit.*, 42 y sigs.

⁴¹ En este sentido, como ya concluyeron PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, «nada obsta el contrato de comiso que se concluya después del vencimiento de la prenda, como nada se opone a la dación en pago» [Véanse sus anotaciones a WOLFF, M. (1937) *Derecho de cosas*, Tm. III, vol. 2.º, *Gravámenes*, en ENNECCERUS / KIPP / WOLFF, *Tratado de Derecho Civil*. Barcelona: Bosch, 430]. De forma más reciente, GUILARTE ZAPATERO, preguntándose si será válido o no el acuerdo celebrado una vez vencida la obligación y en cuya virtud el acreedor se da por pagado, «debe resolverse en sentido afirmativo» [GUILARTE ZAPATERO, *Op. cit.*, 1866].

⁴² Es más: en la doctrina italiana anterior al Código actual de 1942, se defendió que, aunque la dación en pago tiene naturaleza negocial similar a la compraventa, a aquella no le resultan de aplicación las reglas relativas a la rescisión por lesión en el precio típicas de esta. Como ha señalado STOLFI, el deudor que se libera pagando con un inmueble en lugar de con la suma dineraria debida, está en una situación distinta de la del vendedor que vende con lesión para él en el precio: puede engañarse en lo que se refiere al valor del inmueble dado en pago, pero la ley no tiene en cuenta el error en estos casos: en todo caso, para que el deudor (dador en pago) escape de la presión del acreedor y estar seguro de obtener el verdadero valor de cambio del inmueble, no tiene más que abstenerse de realizar la dación en pago, dejando que el acreedor se dirija frente a él en vía ejecutiva (véase el apéndice II, obra de STOLFI, en BAUDRY-LACANTINERIE, G; BARDE, L. (1915). *Trattato teorico-pratico di Diritto Civile*. Tomo XII, vol. 2.º, *Delle obbligazioni*. Milán: Casa editrice Dottor Francesco Vallardi, 813).

⁴³ Así es perfectamente razonable una previsión como la del § 1229 BGB, en el que se dispone bajo el rótulo «prohibición del pacto comisorio», que «es nulo un pacto realizado *antes de la existencia del derecho a vender*, según el cual la propiedad sobre la cosa corresponde o debe ser transmitida al acreedor pignoraticio en caso de no ser satisfecho o no ser satisfecho tempestivamente» (traducción de Sergio Nasarre Aznar, en Lamarca Marqués (dir.), *Código Civil alemán. Birgerliches Gesetzbuch*. Madrid, Marcial Pons, 2008). La cursiva es nuestra.

⁴⁴ La transmisión posesoria en favor del acreedor pignoraticio o prendario, no es sin duda una entrega traditiva en el sentido del artículo 609 del Código Civil, sino deslegitimadora de cualquier acto dominical del deudor *y verus dominus*, en el entendido que el artículo 464 del Código Civil, interpretado en clave germanista, daría fácilmente al traste con la garantía del acreedor si el deudor poseyera el bien objeto de la garantía.

⁴⁵ La conexión entre la transmisión que se pretende con el negocio fiduciario *cum creditore*, y el traspaso posesorio en la prenda, se explica con claridad en el caso tratado en la *SAP de Guipúzcoa, de 12 de abril de 2010* (núm. 101/2010), en un caso de pretendida transmisión fiduciaria de acciones de una sociedad.

⁴⁶ Sin embargo, esto no ha impedido que parte de la doctrina sostuviera que el acreedor fiduciario tiene a su disposición, frente a los demás acreedores del deudor, tercería de mejor derecho para satisfacer su crédito sobre el bien objeto de la transmisión fiduciaria. Así, REGLERO CAMPOS, *ob. cit.*, 29.

⁴⁷ «[L]a aparente transmisión de la propiedad respondió únicamente a una finalidad de garantía, es decir, a garantizar la devolución de la deuda derivada del préstamo que fue el verdadero contrato celebrado por las partes. Por consiguiente operó prácticamente con una función fiduciaria —«fiducia cum creditore»—. Al acuerdo simulatorio, en el que se aparente una operación jurídica —inválida por no querida— que oculta otra figura jurídica con función económico-social o práctica distinta —existente por ser la verdaderamente querida, y eficaz, si es válida y lícita por adecuación al ordenamiento jurídico— (simulación relativa), se le injerta la operación indirecta del efecto fiduciario, función esta, con finalidad de garantía (...») (fundamento de derecho tercero).

⁴⁸ En esta sentencia, aplicando la doctrina de la simulación relativa, se llega a la conclusión de que la transmisión operada en favor del acreedor — fiduciario es nula por falta de causa (negocio simulado), pero que sí es eficaz la titularidad formal, que asiste «al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento, un «ius o título retinendi», por lo que hay que decidir que no procede la pretendida nulidad de la escritura de compraventa como sostiene la recurrente» (fundamento de derecho tercero).

⁴⁹ Con todo, y como ha señalado REDONDO TRIGO (2007, *Op. cit.*), la cautela más problemática quizás resulta de la valoración objetiva de los bienes objeto de la garantía, en concreto cuando el objeto de la garantía no sea un valor negociable cotizado (ver su interesante y recomendable).

⁵⁰ De nuevo, resulta clara la STS de 21 de febrero de 2017 (núm. 581/2017), al señalar como una de las condiciones de validez de la consecuencia comisoria el que «la apropiación o disposición del bien [...] esté sujeta a un procedimiento objetivable de valoración de la adquisición, esto es, que [no] se realice haciendo abstracción de su valor» (fundamento de derecho segundo).

⁵¹ Merecen destacarse, por su claridad y su actualidad, las RR. (8.^a y 9.^a) de 28 de enero de 2020, a las que siguen las de 15 de marzo de 2021, 21 de julio de 2012 (6.^a), y de 10 de marzo de 2022 (1.^a). En dichas resoluciones de 2020, se llega a la conclusión de que el sistema de garantías previsto en el citado RD Ley 5/2005, pone de manifiesto que la prohibición contenida en el artículo 1859 del Código Civil no es absoluta, y admite excepciones. «*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, admite la constitución de garantías sobre dinero, valores negociables o derechos de crédito mediante la transmisión de la propiedad del bien o derecho dado en garantía o mediante una pignoración del mismo en la que se conceda al beneficiario de la garantía un derecho de apropiación o de disposición del objeto de aquella, para compensar su valor o aplicar su importe al cumplimiento de las obligaciones financieras principales. Para poder hacerlo, bastará que tanto las valoraciones de las garantías como el cálculo de las obligaciones financieras principales se efectúen de una manera comercialmente correcta, en particular en cuanto a las primeras mediante el ajuste al valor actual de mercado de esos valores negociables aportados como garantías. Ello indica que la prohibición del pacto comisorio del artículo 1859 del Código Civil no es absoluta en nuestro derecho, sino que admite excepciones si esa valoración objetiva se ha producido*». La última frase resaltada resulta bastante ilustrativa.

⁵² Al respecto, véanse las RRDGSJyFP de 15 de marzo de 2021 y de 10 de marzo de 2022.

⁵³ CALAZA LÓPEZ, S. (2020). Lección 25. Ejecución dineraria: procedimiento de apremio, en GIMENO SENDRA, V.; DÍAZ MARTÍNEZ, M.; CALAZA LÓPEZ, S.. *Derecho Procesal Civil. Parte especial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 492.

⁵⁴ CARRASCO GARCÍA, F. Á. (2015). Comentario al artículo 634 LEC, en Marín Castán, F. (dir). *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*. Tm. III. Valencia: Tirant lo Blanch, 2869.

⁵⁵ Lo que diferencia la hipótesis cuarta del artículo 634 LEC («Cualquier otro bien cuyo valor nominal coincida con su valor de mercado, o que, aunque inferior, el acreedor acepte la entrega del bien por su valor nominal») de la hipótesis del artículo 635 de la misma Ley (acciones, participaciones societarias, obligaciones y valores) es que en este segundo grupo de casos, los bienes pueden estar sujetos a reglas particulares de mercado que desaconsejan la entrega directa al acreedor ejecutante. Las hipótesis del artículo 634 son bienes o títulos que son inmediatamente realizables *sin precisar subrogación ni ejecución forzosa en que cupiera forma alguna de oposición del deudor o de un tercero*; sin embargo, en los casos del artículo 635, las reglas particulares del tráfico de tales valores no permiten, solo por esa razón, la entrega directa al acreedor so pena de inobservar los posibles derechos de tercero, lo que una mera ejecución dineraria no puede justificar.

⁵⁶ *Op. cit.* (2017).

⁵⁷ *Op. cit.* (2019).