

# Teoría general sobre los derechos reales de garantía, con especial atención al pacto comisorio

Por JOSE ENRIQUE BUSTOS PUECHE

Profesor Titular de Derecho Civil. Universidad de Alcalá

**SUMARIO:** A) Significado de los Derechos reales de garantía: Responsabilidad y garantía. Garantía real. Contenido del poder atribuido por el derecho real de garantía.—B) Reseña histórica. Derecho Romano. Derecho Germánico. Conclusión.—C) Evolución de las garantías reales en derecho español.—D) Naturaleza jurídica de las garantías reales. a) Sobre su carácter de derecho real. b) La doble función de las garantías reales. c) Otras notas características. Accesoriedad. Indivisibilidad. Esencialidad del procedimiento legal de ejecución.—E) Constitución de las garantías reales. a) Fuentes. Breve referencia a la cuestión de los privilegios. b) Requisitos de constitución y obligaciones garantizables. c) Promesa de constitución de prenda a hipoteca. d) Extinción.—F) En especial, el pacto comisorio. a) Delimitaciones previas y concepto. b) Referencia histórica en Derecho Español. c) Fundamento de la prohibición. d) Extensión de la prohibición. 1. Supuestos de pacto comisorio en sentido propio. 2. Supuestos de pacto comisorio en sentido impropio. 3. Supuestos de pacto comisorio oculto. Conclusión. e) Efectos.

## A) SIGNIFICADO DE LOS DERECHOS REALES DE GARANTIA

Como es sabido, el artículo 1.911 del Código Civil establece la responsabilidad genérica y universal del deudor frente a sus acreedores, al ordenar que «del cumplimiento de las obligaciones responde el deudor con todos sus bienes presentes y futuros». Por tanto, esta es la primera garantía con la que cuentan los acreedores. Sin embargo, semejante garantía —utilizando la palabra garantía en sentido amplio— no puede satisfacer completamente a los acreedores. En efecto, y como dice Planiol: «Todo lo que sale del patrimonio del deudor sale de la garantía del acreedor» (1). Quiere ello significar que esa responsabilidad universal y gené-

---

(1) Citado por José Ferrandis Vilella. *Introducción al estudio de los derechos reales de garantía*. ADC, 1960. p. 28.

rica se limita a los bienes que existan realmente en el patrimonio del deudor al tiempo de la ejecución forzosa de la obligación. Es cierto que en caso de una salida de bienes ilícita, cabe la posibilidad de reconstruir el patrimonio del deudor mediante las acciones revocatoria o pauliana y subrogatoria, pero aun así, por un lado, la carga procesal que el ejercicio de estas acciones implica para el acreedor y por otro, la misma dificultad de su éxito hace que, ni siquiera por estos medios, la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil se estime suficiente por el acreedor.

Por las razones antedichas, en las que no me extiendo por su evidencia, surge el deseo de reforzar el crédito del acreedor mediante las garantías, entendidas en sentido estricto. No entramos en este momento en la distinción responsabilidad-garantía que tradicionalmente se ha montado sobre la distinción que supone afectar al cumplimiento de la obligación un patrimonio en general o una cosa en particular. Seguramente tiene razón Manuel Amorós cuando cuestiona este criterio de distinción y piensa que hay que fijarse más bien en la distinta eficacia de una u otra, es decir, no tanto en el cuánto afectado sino en el cómo está afectado (2). Sea como fuere, a los efectos que ahora nos interesa, podemos aceptar el cuadro de garantías del crédito siguiente:

- Garantías personales, la más típica, la fianza.
- Garantías reales, los derechos reales de garantía.
- Garantías formales, conectadas al juego del Registro de la Propiedad.
- Privilegios, en tanto que preferencia de cobro.

Yo me voy a limitar solamente al estudio de las garantías reales de conformidad con el título de este trabajo.

Centrado así el objeto del estudio, podemos definir la garantía real como la sujeción o afección de determinados bienes del patrimonio del deudor —o de terceras personas en su caso— al buen fin de una obligación, de suerte que tales bienes, con independencia de quien sea su titular actual, responden del cumplimiento de aquélla, de modo que, en caso de incumplimiento, el acreedor podrá agredir esos bienes concretos para aplicar su valor de realización a la satisfacción de su crédito.

Como se desprende de esta definición, la seguridad del acreedor se obtiene mediante la técnica del derecho real, lo que significa que se dota esa garantía de las dos notas características de aquél: poder directo sobre la cosa y eficacia *erga omnes*. Surgen así, los derechos reales de garantía, como una categoría independiente dentro de los derechos reales limitados o sobre cosa ajena. Es de advertir además, que la articulación de esas garantías suplementarias o específicas no extingue la responsabilidad genérica y universal del artículo 1.911 del Código Civil. Significa ello que el acreedor no sólo cuenta con el patrimonio restante del deu-

---

(2) MANUEL AMORÓS GUARDIOLA: *La garantía patrimonial y sus formas*. RGLJ. Mayo, 1972. pag. 10.

dor, para el caso de que la realización de los bienes especialmente afectados no hubiere resultado suficiente para cobrar el importe de su crédito, sino que, desde el principio, puede optar, si así le conviniera, por actuar genéricamente contra el patrimonio, no obstante la constitución de los derechos reales.

Conceptuada ya la garantía real, importa ahora introducirnos en el contenido del poder que se atribuye al acreedor por mor de su constitución. En efecto, hemos indicado que la garantía se constituye mediante la técnica de un derecho real: el deudor, en virtud de un determinado negocio jurídico, atribuye a su acreedor un derecho real sobre determinados bienes de su patrimonio, de suerte que el acreedor se convierte así en titular de ese derecho real sobre cosa ajena. Ahora bien, todo derecho subjetivo —y el derecho real lo es— es, ante todo y sobre todo, un poder conferido a su titular y jurídicamente tutelado. ¿Cuál es el poder que atribuye el derecho real de garantía? El contenido de este poder se manifiesta en las siguientes facultades y situaciones:

1.º Especial sujeción de la cosa dada en garantía por el deudor, o por terceras personas en su caso. Como decíamos al principio, la cosa queda afectada a la seguridad del crédito y esa afectación significa:

a) Poder de agresión sobre la cosa que no es sino la manifestación de una de las notas características de todo derecho real, es decir, el poder directo e inmediato sobre su objeto.

Lo cierto es, y sobre ello hemos de volver al estudiar la naturaleza jurídica de la garantía real, que ese poder sobre la cosa o poder de agresión, no es tan directo e inmediato como para no exigir la intermediación bien del deudor, bien de la autoridad judicial u otro funcionario. Sin embargo, no parece que esta circunstancia baste para dejar de predicar esta nota característica del derecho real de garantía.

b) Oponibilidad frente a terceros, que es la manifestación de la otra nota característica del derecho real, es decir, su eficacia *erga omnes*.

El acreedor no sólo podrá actuar sobre la cosa mientras se halle en poder del deudor, o del garante, sino también, en el caso de que hubiere salido de su patrimonio y se hallare en el de otra persona perfectamente ajena a la constitución de la garantía real.

2.º Facultad de realización del valor de la cosa. Si el deudor no cumpliera con su obligación al vencimiento de la misma, el acreedor podrá instar la realización de la cosa, lo que significa, en última instancia, su venta en pública subasta para aplicar el precio que se obtuviera a la satisfacción del crédito del acreedor, sin perjuicio de que si el precio obtenido no bastara para cubrir ese crédito, todavía el acreedor podría actuar en su favor la responsabilidad universal del artículo 1.911 del Código Civil. Pero importa significar que esta facultad integrada en el derecho real de garantía no pertenece, sin embargo, a la esencia del mismo. En efecto, aunque sea anticipar conceptos sobre los que hemos de volver, es obvio que la facultad alude a la función satisfactoria de la garantía real pero no a su función fundamental que es la de aseguramiento. Su-

pone que se ha incumplido la obligación garantizada, lo cual es de suyo algo anormal o patológico porque, en principio, las obligaciones se cumplen voluntariamente por el deudor. La función satisfactoria entra en juego sólo en el supuesto de incumplimiento. En el caso ordinario o general de que el deudor cumpla nunca llegará a entraren juego esta función, no habrá realización de la cosa dada en garantía, y sin embargo, el acreedor sí ha estado garantizado o asegurado durante todo el tiempo transcurrido desde la constitución de la obligación principal hasta su vencimiento.

3.º La doctrina suele también incluir, dentro del contenido del poder atribuido al titular de la garantía real, el llamado derecho de preferencia, es decir, el derecho a cobrar el importe de la venta de la cosa antes que otros acreedores del mismo deudor. Así se establece en los artículos 1922, 2.º; 1926, 1.º; 1.923, 3.º y 1.927, 2.º del Código Civil.

Sin embargo, a mi juicio, hay que matizar algo en relación con este pretendido contenido del derecho real y ello nos obliga a concretar qué se entiende por preferencia. En general, al hablar de los derechos reales limitados, se entiende por preferencia el criterio de solución legalmente establecido para resolver el concurso o la colisión de varios derechos reales. Por ejemplo, varios usufructos, o también derechos reales de garantía, por ejemplo, varias hipotecas sobre el mismo bien, se ordenan jerárquicamente según la antigüedad de su constitución. Será preferente el derecho más antiguo. Pero este sentido de preferencia no es el que normalmente se maneja al referirse al contenido de la garantía real porque, como acabamos de decir, abarca no sólo a los derechos reales de garantía, sino a todos los derechos reales limitados.

Al tratar específicamente las garantías reales, se utiliza la preferencia en el sentido de que el crédito garantizado excluye a los demás hasta donde alcance el valor de la cosa dada en garantía, es decir, se está utilizando el concepto preferencia como privilegio del crédito garantizado en virtud del cual ha de ser satisfecho antes que otro crédito a que se hubiera podido obligar el deudor.

Aunque hemos de volver sobre este tema de los privilegios, parece claro que este derecho de cobro preferente no alude a la garantía real sino al mismo crédito garantizado, el cual, por haber sido garantizado mediante la constitución de un derecho real de garantía, adquiere una cualidad especial: la de ser crédito privilegiado, esto es, que en concurso con otros créditos, sea satisfecho prioritariamente. Sabido es que el derecho real de garantía determina una situación jurídica compleja por la especial conexión y coexistencia entre el derecho de crédito que se garantiza y el derecho real que lo asegura. Realidad compleja sobre la que la doctrina ha llamado la atención constantemente.

Ello significa que pueden distinguirse en esta relación jurídica compleja aspectos jurídico-reales y jurídicos-obligacionales. Las dos facultades que hemos enumerado y descrito sumariamente con anterioridad se integran en el contenido jurídico-real de la relación, pero el derecho

de cobro preferente, en tanto que cualidad del crédito, se integra más bien en el contenido jurídico-obligacional.

Un ejemplo puede aclarar lo que estoy tratando de explicar: pensemos en una hipoteca o en una prenda en fase de ejecución por incumplimiento de la obligación asegurada, y pensemos también que el deudor de nuestro ejemplo no tiene más acreedores que el ejecutante de la hipoteca o de la prenda. A través del procedimiento establecido se llegará a la subasta de la cosa y, en definitiva, a la puesta a disposición del acreedor del precio obtenido. No habiendo más acreedores ¿entrará en juego el derecho de preferencia? ¿Necesitará el acreedor hacer uso de la facultad de excluir a otros acreedores de ese precio? Evidentemente no. El acreedor ejecutante aplicará el valor de la cosa a la satisfacción de su crédito, sin plantear siquiera la cuestión de la preferencia porque al no concurrir otros acreedores, por definición, carece de sentido hablar de preferencia y, sin embargo, se ha realizado todo el contenido del poder que la garantía real supone: el acreedor agredió la cosa, realizó su valor, y lo aplicó al pago de su crédito.

De lo expuesto se infiere que ese derecho de preferencia no forma parte del poder que atribuye el derecho real de garantía.

Tampoco ese poder, sin preferencia, ayudaría al acreedor en caso de concurrir con otros acreedores. Lo que sucede es que en este supuesto de concurso, entraría en juego la cualidad de que está adornado el crédito hipotecario o pignoraticio, estableciéndose su preferencia de cobro, pero esa cualidad es del crédito y no del derecho real. Es consecuencia de la constitución del derecho real pero no forma parte de su contenido. El propio Código Civil, por el lugar sistemático en que regula los privilegios, que no es precisamente al tratar de las garantías reales, está poniendo de manifiesto esta realidad. Me parece que por la razón indicada se justifica el llamado negocio de posposición. En virtud de ese negocio se admite la alteración del rango o preferencia de las hipotecas, de suerte que, en términos generales, la que fue constituida con posterioridad se antepone a la que se constituyó anteriormente. No creo que pudiera aceptarse la validez de este negocio jurídico si el objeto del mismo recayera sobre la esencia de los derechos reales, porque las garantías reales permiten muy escasamente el juego de la autonomía privada, por afectar su regulación a terceros y a intereses generales como la seguridad del tráfico inmobiliario. No hay, sin embargo, ningún inconveniente para admitir su validez si se piensa que el objeto de ese negocio afecta al contenido jurídico-obligacional de la relación jurídica compleja, porque esa es materia entregada a la libre disposición de las partes.

En conclusión, debemos entender que el derecho de preferencia no forma parte del poder que atribuye a su titular el derecho real de garantía.

## B) RESEÑA HISTORICA (3)

Si la garantía real supone afectar determinada cosa a la seguridad de un crédito, caben idealmente las siguientes modalidades de afectación:

- Transmisión de la propiedad de la cosa con fines de garantía.
- Transmisión de la posesión de la cosa con fines de garantía.
- Afección de la cosa sin traspaso posesorio.

En efecto, estas tres hipótesis ideales han cuajado históricamente en distintas formas de garantía que han ido apareciendo en las sucesivas fases de su evolución en el Derecho Romano. Como veremos, cada fase, y por ende cada modalidad, implica un avance en el refinamiento de la técnica jurídica.

Veamos brevemente esta evolución en el Derecho Romano.

### a) *Fiducia cum creditore*

Esta es la primera manifestación de la garantía real. Como explica la doctrina, la figura se compone de dos elementos: la transmisión de la propiedad y el convenio de fidelidad.

El deudor transmite a su acreedor la propiedad de la cosa pero con obligación de comportarse respecto de ella de tal modo que no se impida su recuperación cuando el deudor satisfaga el crédito para cuya seguridad se transmitió la propiedad. Son obvios los inconvenientes que la figura presenta para el deudor: éste pierde la cosa y, además, sólo dispone de una acción personal, basada en ese convenio de fidelidad, para su restitución, en el caso de que voluntariamente el acreedor no se la restituyera. Por otro lado, esa acción no resultaría eficaz si la cosa pasó a terceros. En esta fase o en esta modalidad de garantía no cabe hablar todavía de *ius in re aliena*.

### b) *Pignus*

En esta figura el deudor no transmite ya la propiedad de la cosa, sino solamente su posesión (*datio pignoris*). Los inconvenientes antes apuntados desaparecen porque el deudor continúa siendo propietario de la cosa que ofreció en garantía a su acreedor.

### c) *Pignus conventus*

Ahora la garantía no se constituye mediante la técnica del contrato real, sino mediante un contrato consensual. El deudor retiene tanto la propiedad como la posesión de la cosa, si bien ésta queda afectada a la seguridad del crédito.

En rigor, como explica Arias Ramos, se trataba de la misma institución del *pignus*, si bien variaba su forma de constitución. Daría lugar

---

(3) Resumo la exposición de Ferrandis, *op. cit.*

posteriormente a la hipoteca, pero esta expresión no aparecerá hasta el *Derecho Justiniano*.

Incumplida la obligación, el acreedor mediante el ejercicio del *actio Serviana* obtenía la posesión de la cosa y a partir de ese momento todo se desarrolla al igual que en la prenda posesoria o *pignus*.

Para completar ese brevísimo recorrido histórico, hemos de referirnos al *Derecho Germánico*, el cual hacia el siglo XIII realiza una aportación fundamental para la conceptualización de la hipoteca. En efecto, se introducen solemnidades especiales de constitución, con inscripción en el Registro de la ciudad (principio de publicidad) y no cabe constituir la sobre todo el patrimonio del deudor (principio de especialidad). Así queda expedito el camino para la configuración moderna del derecho de hipoteca.

En resumen, como afirma Ferrandis Vilella (4), la evolución histórica de las garantías reales manifiesta dos cosas:

— El esfuerzo por atribuir eficacia absoluta a la garantía, para hacer posible su realización con independencia del titular actual de la cosa, y...

— La economía de medios jurídicos o ley del mínimo esfuerzo, de suerte que se facilitará la constitución de la garantía del modo jurídicamente más simple y menos gravoso para el deudor.

### C) EVOLUCION DE LAS GARANTIAS REALES EN EL DERECHO ESPAÑOL

Al codificarse el Código Civil español, se sigue el criterio general de la época y se configuran las dos garantías reales fundamentales, prenda e hipoteca, sobre la base de dos notas diferenciadoras: la naturaleza de la cosa y el desplazamiento de la posesión.

Serían objeto de prenda las cosas muebles y se exigiría el desplazamiento de su posesión. En cambio, la hipoteca recaería sobre cosas inmuebles sin necesidad de desplazamiento de su posesión.

A la postre, como dice Espín Cánovas (5), el criterio diferenciador descansaba en el principio de publicidad, que se consideraba esencial en la constitución de las garantías reales.

Así es, en efecto. Lo realmente importante en las garantías reales es facilitar al acreedor su facultad de agresión, y la eficacia de esta facultad exige la publicidad de aquéllas, conseguida, respecto de la prenda, mediante su desplazamiento, y respecto de la hipoteca, mediante su inscripción registral.

---

(4) *Op. cit.*, pp. 44-45.

(5) DIEGO ESPÍN CÁNOVAS: *Manual de Derecho Civil Español*. Volumen II, Tomo I, Derechos Reales, Madrid, 1951, p. 231.

Pero con el tiempo, se advierten dos circunstancias (6):

— Por un lado el inconveniente económico que puede suponer el traspaso posesorio, precisamente en contra de los intereses del acreedor. La privación de la cosa, especialmente si ésta es un medio de producción o instrumento de trabajo, impide al deudor obtener el dinero que con su utilización podrá generar, con lo que se hace más difícil la posibilidad de que el acreedor satisfaga su crédito, cosa que le interesa más que la realización de la prenda.

— Por otro lado las mayores facilidades para identificar las cosas. Esta identificación era sencilla en los bienes inmuebles, pero dificultosa en los bienes muebles. Sin embargo, la aparición de determinados bienes muebles de alta tecnología y compleja producción permitía también que éstos fueran identificados, mediante descripción o referencia técnica que, en definitiva, facilitaba también su publicidad mediante la inscripción registral y sin necesidad de traspaso posesorio.

La advertencia de las indicadas circunstancias origina en nuestro Derecho la aparición de la hipoteca mobiliaria y de la prenda sin desplazamiento, olvidando así las notas características que, en el comienzo, habían tenido.

La hipoteca mobiliaria se justifica por la perfecta identificación que pueda hacerse de las cosas que legalmente se enumeran como susceptibles de ella, lo que por otro lado permite su inscripción en el Registro en perfecto paralelismo con lo que acontece respecto de las fincas.

La prenda sin desplazamiento se piensa para cosas en que la identificación es menos exacta, pero cuya deficiencia se suple mediante la publicidad registral del lugar en que se encuentran los bienes (*status loci*) sin necesidad de desplazamiento posesorio.

Hoy, después de la derogación de la Ley de 5 de diciembre de 1941 que insertó en el Código Civil la regulación de la prenda sin desplazamiento, ambas figuras se regulan en Ley especial de 16 de diciembre de 1954 sobre hipotecas mobiliarias y prendas sin desplazamiento.

Aunque no exento de justificación, el sistema vigente quizá resulte algo complejo sin que se acierte a comprender bien la necesidad de introducir la llamada hipoteca mobiliaria porque seguramente bajo la prenda sin desplazamiento podrían cobijarse los supuestos de una y otra.

## D) NATURALEZA JURIDICA DE LAS GARANTIAS REALES

### a) *Sobre su carácter de derecho real*

Aunque es tradicional la clasificación de los derechos reales limitados en dos grandes grupos, derechos de goce y derechos reales de

---

(6) Díez-PICAZO Y GULLÓN BALLESTEROS: *Sistema de Derecho Civil*. Volumen III, Madrid, 1985, p. 480.



garantía —incluso aún se prevé un tercer grupo, los derechos de adquisición preferente— es verdad que ciertos sectores doctrinales han discutido o han puesto en duda la naturaleza de derecho real de las garantías que nos están ocupando.

Por lo que hace a la primera nota característica del derecho real, el poder directo e inmediato sobre la cosa, se traduce en este grupo de derechos en esa especie de embargo preventivo, como gráficamente le llaman Díez-Picazo y Gullón (7). Tampoco puede negarse que esa inmediatividad se halla un tanto limitada porque el poder del acreedor sobre la cosa no puede actualizarse sin la colaboración del deudor o, en su defecto, del órgano judicial o funcionario competente. No parece, sin embargo, que esta matización perfectamente aceptada impida la concurrencia de esa primera nota característica de todo derecho real. Lo que sucede es que las notas típicas se dan en toda su pureza e intensidad solamente en el derecho de propiedad, por ser éste el derecho real paradigmático. En todos los demás, una u otra nota se difumina un tanto. En todo caso, y por lo que hace al derecho real de anticresis, el poder de su titular se realiza sin mediación alguna pues percibe los frutos del inmueble afectado directamente, de conformidad con el artículo 1.881 del Código Civil.

En relación con la segunda nota característica del derecho real, esto es, la eficacia frente a terceros, no puede negarse que se da con toda la intensidad y sin limitación alguna en las garantías reales, hasta el punto de que toda la evolución histórica de la misma, según dijimos, se encaminó a perfeccionar esta oponibilidad frente a terceros. Siendo indiscutible la presencia de tan enérgicos efectos frente a terceros, tienen mucha razón los autores antes citados cuando afirman que un exceso de pureza dogmática no debe empañar una situación jurídica como la que implica el derecho real de garantía.

En conclusión, con la doctrina dominante, aceptamos decididamente la naturaleza real de los derechos de garantía.

Frente a esta tesis, la opinión que ve en aquéllos un simple derecho de crédito, desconoce, como antes decíamos, el sentido de la evolución histórica de la institución y, manifiesta en el fondo, como señala Ferrandis, el prejuicio de que el goce es el único contenido verdadero de derecho real, y así se explica su resistencia a aceptar unos derechos cuyo contenido es, obviamente, de otra naturaleza (8).

Tampoco la tesis procesalista, popularizada por Carnelutti (9), parece aceptable, al menos como explicación total del fenómeno.

Para los partidarios de esta opinión, la garantía real no es en el fondo sino una forma concreta de ejecución forzosa, perfectamente

---

(7) *Op. cit.*, p. 482.

(8) *Op. cit.*, p. 54, a pie de página.

(9) FRANCESCO CARNELUTTI: *Natura giuridica dell'ipoteca*. «Rivista di Diritto Processuale Civile», 1939, I, p. 3.

encajable en los procedimientos de esta índole previstos en Derecho Procesal. Olvida esta doctrina la primera de las funciones o fases que desempeñan las garantías reales, es decir, la fase de seguridad y se fija exclusivamente en la segunda función o fase, la satisfactoria que es cabalmente la anómala, la extraordinaria, porque lo normal es que el deudor cumpla su obligación. pero es que, además según pone de manifiesto Ferrandis (10), ¿en virtud de qué principio procesal puede dirigirse la ejecución contra bienes que no pertenecen al deudor? En efecto, desde el punto de vista procesal no se justificaría la agresión contra el bien ofrecido en garantía cuando éste ha pasado a manos de terceros, quien para nada intervino en la relación obligatoria principal. Sin embargo, este efecto, sustancial en la garantía real, es evidentemente un efecto de Derecho Sustantivo, es el efecto típico de la institución, pero nunca del proceso que ésta pueda originar.

#### b) *Doble función de la garantía real*

Aunque ya hemos anticipado este juego doble de toda garantía real, parece que por respeto sistemático debemos insistir ahora en este punto.

En efecto, el derecho real de garantía despliega un doble efecto o cumple una doble función. En primer lugar, y desde el momento en que se constituye la garantía real y hasta el vencimiento de la obligación garantizada, la garantía real «sujeta directa e inmediatamente los bienes sobre que se impone, cualquiera que sea su poseedor, al cumplimiento de la obligación para cuya seguridad fue constituida» según se explica sin ambages en los artículos 1.876 del Código Civil y 104 de la Ley Hipotecaria, con relación a la hipoteca. Esta es la llamada función o fase de seguridad de la garantía real, función principal y predominante porque, como dice el profesor Ferrandis (11) el derecho real de garantía se dirige a asegurar el cumplimiento de la obligación, antes que a remediar su incumplimiento.

Ahora bien, y aunque deba aceptarse su carácter secundario, no deja de ser de suma importancia la segunda fase o función de la garantía: la función satisfactoria. «El acreedor a quien oportunamente no hubiese sido satisfecho su crédito podrá proceder por ante notario a la enajenación de la prenda», establece el primer inciso del artículo 1.872 del Código Civil, en relación con la prenda. Vencida y no satisfecha la obligación garantizada, entra en funcionamiento la segunda fase de la garantía real y se pone en marcha el mecanismo encaminado a realizar el valor de la cosa ofrecida en garantía para aplicar su importe a la extinción parcial o total del crédito garantizado.

---

(10) *Op. cit.*, p. 55.

(11) *Op. cit.*, p. 49.

### c) Otras notas características

#### *Accesoriedad*

Establece el artículo 1.857, 1.º, del Código Civil que las garantías reales se constituyen precisamente para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Significa ello que el derecho real de garantía presupone o implica, lógicamente —si no cronológicamente— la existencia de un crédito. No puede concebirse una garantía desprovista de su objeto o fin institucional. Lo anterior no significa que la garantía real deje de tener vida propia en punto a su constitución y existencia, las cuales se regirán por su normativa específica en atención a la naturaleza misma de la institución. Lo que significa es que su existencia no es independiente de la existencia de una obligación a la que asegura. En palabras de Rubino (12), «en relación con la obligación garantizada, la hipoteca presenta autonomía estructural y dependencia funcional». El término hipoteca es perfectamente sustituible por el de garantía real.

No deja de haber algún autor, sin embargo, que niegue esta nota de accesoriedad en los derechos reales de garantía. En concreto, Lacal (13) estima que la obligación personal se transforma en derecho real al constituir la hipoteca a modo de elemento integrante de la misma. Desde luego, se trata de una opinión minoritaria.

Lo que sí es cierto es que el juego del Registro de la Propiedad, por lo que hace a la hipoteca, matiza y limita la nota de accesoriedad, como ponen de relieve Díez-Picazo y Gullón (14).

En efecto, la inscripción registral, explican estos autores, hace surgir la entidad compleja del crédito hipotecario, en la cual, aunque sustantivamente pueda seguirse predicando la dependencia de la garantía real respecto del crédito, no es menos cierto que la extinción de éste, que no haya trascendido al Registro, deja incólume el crédito hipotecario que, respecto de terceros de buena fe, continuará desplegando sus efectos como si siguiera existiendo según el Derecho Sustantivo.

#### *Indivisibilidad*

Afirma el artículo 1.860 del Código Civil que «la prenda y la hipoteca son indivisibles, aunque la deuda se divida entre los causahabientes del deudor o del acreedor». Subsiste, por tanto, la garantía en toda su intensidad mientras el crédito no se haya satisfecho enteramente. El pago parcial de éste no determina necesariamente la reducción proporcional de la garantía real.

---

(12) DOMENICO RUBINO: *L'ipoteca immobiliare e mobiliare*. Milán, 1956, p. 23.

(13) PASCUAL LACAL: *El mito de la accesoriedad de la hipoteca*. RDP, 1949. p. 925.

(14) *Op. cit.*, p. 496.

Tampoco la división física de la cosa dada en garantía afectará a acreedor puesto que todas las partes en que se haya podido dividir aquélla seguirán respondiendo, como si tal división no hubiese acontecido, del cumplimiento de la obligación.

Hay que advertir, sin embargo, que esta nota no es esencial a la garantía real, de suerte que es renunciable por el acreedor o titular de ésta. Además, la misma ley establece una excepción a la indivisibilidad, en relación con la hipoteca. El artículo 119 de la Ley Hipotecaria ordena que cuando se hipotequen varias fincas a la vez por un sólo crédito, se determinará la cantidad o parte de gravamen de que cada una deba responder. El principio de indivisibilidad cede ante el principio hipotecario de especialidad.

### *Necesidad del procedimiento legal de realización*

Cuando aludíamos a la tesis procesalista de la garantía real decíamos que no puede aceptarse como explicación total de aquélla y, con este adjetivo, quería anunciar que la ayuda del Derecho Procesal me parece muy importante para acabar de entender cabalmente los derechos reales de garantía. Quizá la doctrina civilista ha descuidado la consideración de este aspecto que, aun cuando no sea sustantivo, tiene, a mi juicio, superlativa importancia.

Se entiende que esta tercera nota sólo se advierte en relación con la función satisfactoria o de realización del valor de la garantía real. pero en esta segunda fase entiendo realiza un papel indiscutible, por lo que debe considerarse como nota característica o perteneciente a la esencia de la segunda función del derecho real de garantía. No es posible realizar el valor de la cosa ofrecida en garantía sino mediante el procedimiento legalmente establecido para ello. No es posible que las partes estipulen o convengan un procedimiento privado de realización de la garantía. No cabe la autotutela o autosatisfacción del acreedor, en palabras de D'Amelio (15). El Estado no permite ejecuciones privadas, por ser función irrenunciable la de ordenar la ejecución forzosa de la obligación. La sentencia del Tribunal Supremo de 25 de septiembre de 1986, a propósito de la validez de la consignación en especie, hecha por el deudor a favor del acreedor entregando la cosa pignorada, manifiesta que «el acreedor no puede apropiarse de las cosas dadas en prenda o hipoteca ni disponer de ellas... ya que no puede prescindirse para la enajenación de la prenda de los términos prescritos en el artículo 1.872 del Código Civil», esencialidad, pues del procedimiento que no ha de ser necesariamente judicial pero sí, en todo caso, hallarse previamente establecido por la ley, aunque sea de naturaleza extrajudicial.

---

(15) MARIANO D'AMELIO: *Codice Civile. libro della tutela dei diritti*. Firenze, 1943. página 454.

La necesidad de este procedimiento responde a la importancia de los intereses que pretenden tutelarse con la observancia de aquél. Por un lado, el amparo del deudor quien, en situación menesterosa, podría haberse visto obligado a aceptar un procedimiento de ejecución de la garantía ofrecida que no permitiera valorar debidamente la cosa ofrecida, con riesgo de perderla íntegramente aun cuando su valor pudiera ser muy superior al del crédito para cuya seguridad la dio en garantía.

Por otro lado, el amparo de los intereses de otros posibles acreedores que seguramente querrán aplicar el posible sobrante del valor de la cosa dada en garantía a la satisfacción, al menos parcial, de sus créditos. Entiendo que la tutela de ambos grupos de intereses exige que no pueda ejecutarse una garantía real sino mediante los trámites que, con carácter de *ius cogens*, vengan establecidos en la ley.

Volveremos sobre este tema al estudiar el pacto comisorio, anticipando ya que la valoración de esta característica puede resultar de la mayor utilidad para resolver los problemas relativos a la extensión de la prohibición del pacto comisorio.

## E) CONSTITUCION DE LAS GARANTIAS REALES

### a) Fuentes

La fuente principal de la garantía real es sin duda el contrato celebrado, precisamente, entre el acreedor o titular del derecho de crédito y el dueño de la cosa ofrecida en garantía, que normalmente es el deudor de aquel crédito, pero que puede ser una tercera persona interesada en asegurar una deuda ajena.

Se explica así el carácter bifronte de las garantías reales: derecho real y contrato. Desde el punto de vista doctrinal el aspecto fundamental es, sin duda, el derecho real, a pesar de lo cual el Código Civil regula las garantías reales en el Título XV del Libro IV del Código Civil bajo la rúbrica «del contrato de prenda, hipoteca y anticresis». Por lo que hace a la hipoteca, junto al negocio *inter vivos*, el negocio *mortis causa* también puede ser origen de hipoteca, en la modalidad de hipoteca unilateral.

También la ley puede ser fuente de algunas garantías reales, en concreto de la hipoteca. Así, existen las llamadas hipotecas legales tácitas como son las que no exigen para su validez y eficacia ni la constitución voluntaria o por mandato judicial, ni la publicidad registral. Díez-Picazo y Gullón relacionan entre ellas, la establecida en favor del Estado, Provincia o Municipio para asegurar el cobro de determinadas contribuciones o impuestos que recaen sobre inmuebles, las que favorecen a los aseguradores para asegurar el cobro de determinadas primas del seguro, y la establecida en favor de una comuni-

dad de propietarios por el importe de determinados gastos comunes que afectan al piso o local (16).

También son de origen legal las aludidas en el párrafo 2.º del artículo 1.875 del Código Civil, aunque, en rigor, son legales en el sentido no de su imposición automática por la ley, sino en el sentido de que facultan a sus beneficiarios para exigir su constitución, incluso judicialmente, si el obligado no se aviniera a constituir las voluntariamente.

En cambio, para la prenda, la doctrina dominante no suele hablar de otras fuentes constitutivas distintas del contrato. No pueden considerarse prendas legales los supuestos de retención contemplados en distintos preceptos del Código Civil —arts.

1.600, 1.730, 1.780, 1.866, II—. El derecho de retención no es una garantía real pues sólo autoriza para insistir en la posesión de la cosa hasta el cumplimiento de cierta obligación, pero nunca para proceder a la realización de la misma. Sin embargo, Guilarte Zapatero admite también como modos de constitución de la prenda, la usucapión, la adquisición a *non domino* y el acto de última voluntad (17). En el lugar indicado, este autor también cita a Albaladejo y a Peña y Bernaldo de Quirós, en favor de su tesis.

La anticresis sólo puede nacer por voluntad de las partes, con la única excepción que señala Ferrandis del artículo 1.868 del Código Civil, según el cual «si la prenda produce intereses, compensará el acreedor los que perciba con los que se le deben; y, si no se le deben, o en cuanto excedan de los legítimamente debidos, los imputará al capital.» Hay que estimar, con el mencionado profesor, que se establece aquí *ex lege* un derecho de anticresis implícito en la prenda (18).

Podríamos tocar aquí, siquiera sea tangencialmente, el problema de la naturaleza jurídica de los privilegios. Es sabido que los privilegios son siempre de origen legal por lo que si se aceptara su naturaleza jurídico-real, como sostiene, por ejemplo, López Alarcón (19), sería éste el lugar para mencionarlos pues estamos tratando de las fuentes de las garantías reales.

El Proyecto de Código Civil 1.851 definía el privilegio como el derecho que concede la ley a un acreedor para ser pagado con preferencia a otros acreedores. Los privilegios son generales cuando se refieren a todos los bienes del deudor, y son especiales cuando sólo aluden a bienes concretos del deudor, expresamente determinados por la ley. Siguiendo al profesor Gullón Ballesteros, que es el autor que

(16) *Op. cit.*, p. 498.

(17) VICENTE GUILARTE ZAPATERO: *Comentarios al Código Civil*, dirigidos por M. Albaladejo. Tomo XXIII. Madrid, 1979, p. 356.

(18) *Op. cit.*, 58.

(19) MARIANO LÓPEZ ALARCÓN: *El derecho de preferencia*. Murcia, 1960, p. 86 y ss.

mayor atención ha prestado a este tema en la doctrina española, son caracteres del privilegio los siguientes (20):

- Ser de origen legal.
- Garantizar créditos por razón de su causa o excepcionalmente por el título en que constan.
- Constituir una excepción al principio *par conditio creditorum*.
- Ser accesorios del crédito.

Pero, ¿pueden considerarse garantías reales? La cuestión plantea sus mayores dudas en relación con los privilegios especiales de carácter mobiliario. Como, sin duda, refuerzan la garantía genérica del artículo 1.911 del Código Civil y afectan a concretos bienes muebles del deudor, se ha entendido por algún autor que, en definitiva, el privilegio especial mobiliario no es más que una prenda legal. Sin embargo, el profesor Gullón rechaza esta equiparación con apoyo en los siguientes argumentos:

- En los privilegios no existe la desposesión de la cosa que es esencial en la prenda.
- Tampoco en aquéllos existe reipersecutoriedad. La lectura del artículo 1.922 del Código Civil manifiesta que la eficacia del privilegio se subordina a que el acreedor tenga en su poder la cosa del deudor.

Finalmente, en caso de concurrencia, la preferencia entre las prendas se establece por el criterio de antigüedad (art. 1.826, 2.º del Código Civil), mientras que el criterio de solución para la concurrencia de los privilegios especiales mobiliarios es el de la distribución del precio de la cosa a prorrata entre los créditos (art. 1.926, 4.º, del Código Civil).

A los anteriores argumentos podría añadirse el de que la garantía real siempre desempeña su papel de asegurar el crédito principal, aun cuando no se llegara a la fase de realización del valor de la cosa. En cambio, el privilegio sólo desempeñará su papel si se produce la colisión con otros créditos, pero si el crédito del acreedor, por muy privilegiado que sea, no concurre con otros créditos, para nada necesita hacer uso de dicho privilegio. Otro dato más para poder afirmar que estamos ante instituciones diferentes.

En conclusión, como escribe el autor citado, los privilegios mobiliarios especiales son cualidades de ciertos créditos que determinan un derecho preferente de cobro sobre el precio de un bien concreto, si entraran en colisión con otros créditos. No puede aceptarse pues la naturaleza jurídico-real de los privilegios de que venimos tratando.

Las dudas sobre su naturaleza son mucho menores respecto de

---

(20) ANTONIO GULLÓN BALLESTEROS: *Comentarios al Código Civil*, de Albaladejo ya citados. Tomo XXIV, p. 682. El mismo: *La prelación de créditos en el Código Civil*. Barcelona, 1962.

los privilegios especiales inmobiliarios o de los privilegios generales. Respecto de los primeros porque la lectura del artículo 1.923 del Código Civil pone de manifiesto que esos privilegios son consecuencia de las garantías reales inmobiliarias o de naturaleza registral —muy afín a aquéllas— constituidas a favor del acreedor. Respecto de los segundos, porque al recaer sobre el patrimonio del deudor, en general, ahí se ve que no puede equipararse a una garantía real que necesariamente ha de recaer sólo sobre bienes concretos y determinados.

### b) *Requisitos y obligaciones garantizables*

Según lo prescrito en los art. 1.857 y 1.858 del Código Civil, son requisitos esenciales para la constitución de las garantías reales los siguientes:

1.º Que se constituyan para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Nos remitimos a lo dicho cuando hablamos de la accesoriadad.

2.º Que las cosas ofrecidas en garantía pertenezcan en propiedad al que la constituye. Aunque la ley hable de cosa, también los derechos pueden ser objeto de garantía. En cuanto a la cualidad de propietario del que ofrece la cosa, Guilarte Zapatero entiende que también el usufructuario podría gravar la cosa (21). Con mayor razón todavía, el condueño. En todo caso habrá que tener en cuenta el juego de los art. 464 del Código Civil en relación con los bienes muebles y 34 de la Ley Hipotecaria, en relación con los muebles. Por efecto de ambos artículos habría que aceptar una garantía real constituida por quien no fuera propietario de la cosa, según el Derecho Sustantivo.

3.º Que las personas que constituyen la garantía real tengan la libre disposición de sus bienes o, en caso de no tenerla, se hallen legalmente autorizados al efecto. Quizá convenga concretar qué se entiende por libre disposición. La sentencia del Tribunal Supremo de 27 de Marzo de 1.926 estimó que no es posible para un deudor pignorar por segunda vez una cosa porque al haberse desposeído de la misma como consecuencia de la primera prenda carece ya de la libre disposición de aquélla. Es decir, esta resolución interpretó libre disposición en un sentido vulgar, no jurídico, de no hallarse materialmente en poder de la cosa. A mi juicio este criterio no es convincente. Pienso que por libre disposición hay que entender disposición en sentido jurídico, no vulgar, y en este sentido, es evidente que el deudor que pignoró su cosa no ha perdido la libre disposición de la misma. Si

---

(21) *Op. cit.*, 356.



a ello se une que la desposesión, como requisito de la prenda, no exige necesariamente que la cosa pase a manos del acreedor, sino que basta con que se constituya en poder de un tercero (art. 1.863), no veo inconveniente en admitir ulteriores prendas, como se admiten ulteriores hipotecas. Guilarte zapatero admite también esta posibilidad (22).

4.º Que vencida la obligación principal, pueda ser enajenada la cosa que se ofreció en garantía. La doctrina, en general, estima que esta enajenabilidad de la cosa hay que apreciarla al tiempo del vencimiento de la obligación, pero opino que es más acertado el criterio propuesto por Díez-Picazo y Gullón de que tal circunstancia se considere al momento de la ejecución de la garantía que, obviamente, implica el vencimiento de la obligación, pero que puede ser anterior al inicialmente previsto, pues caben los supuestos de vencimientos anticipados (23).

Por lo que hace a las obligaciones garantizables, el art. 1.861 del Código Civil declara que las garantías reales pueden asegurar toda clase de obligaciones, ya sean puras, ya sean sujetas a condición suspensiva o resolutoria. Este artículo ha de entenderse pues como complementario del artículo 1.857 al que antes aludíamos. Pueden asegurarse, por la tanto, obligaciones no pecuniarias aunque, en este caso, como advierte Albadalejo, lo que en rigor se garantiza es la responsabilidad por el incumplimiento de aquéllas (24). En este tipo de obligaciones no pecuniarias entiende la doctrina que no es necesario fijar, al tiempo de la constitución de la garantía, la suma que puede alcanzar la responsabilidad por incumplimiento, aun cuando si la garantía fuera hipotecaria, y por exigencia del principio de especialidad, sí sería necesario determinar la cantidad máxima de que responde la finca.

También las obligaciones futuras son garantizables, aunque no estén expresamente aludidas en el art. 1.861. Piénsese en las llamadas «fianzas» de ciertos funcionarios o profesionales al entrar en el ejercicio de sus cargos, que realmente constituyen supuestos de prenda irregular.

Para terminar este apartado, recordemos que «las terceras personas extrañas a la obligación principal, pueden asegurar ésta, pignorando o hipotecando sus propios bienes» (art. 1557, *in fine*). Es el caso del fiador real, que garantiza una obligación ajena originando así un supuesto de responsabilidad sin deuda.

---

(22) *Op. cit.*, 405.

(23) *Op. cit.*, 484.

(24) MANUEL ALBALADEJO: *Curso de Derecho Civil Español*; III Derecho de Bienes. Barcelona, 1982, p. 415.

c) *Promesa de constitución de prenda o hipoteca*

Establece el art. 1.862 del Código Civil que «la promesa de constituir prenda o hipoteca sólo produce acción personal entre los contratantes, sin perjuicio de las responsabilidades criminal en que incurriere el que defraudase a otro ofreciendo en prenda o hipoteca como libres las cosas que sabía estaban gravadas o fingiéndose dueño de las que no le pertenecen». Como dicen Díez-Picazo y Gullón (25) este precepto es consecuencia del carácter constitutivo que tienen las formalidades previstas en la ley para el nacimiento de las garantías reales. A la promesa debe equipararse la hipoteca constituida en documento privado o la prenda constituida de igual modo y sin desplazamiento de la posesión.

Como en todas las obligaciones de hacer, se plantea el problema de su ejecución forzosa en caso de incumplimiento. Como quiera que ya se ha aceptado, tanto en nuestra Doctrina como en nuestro Ordenamiento positivo (Ley de Arbitraje Privado), la posibilidad de ejecutar forzosamente y en forma específica una obligación de hacer, sustituyendo la actividad del juez la actividad renuente del obligado, podemos afirmar que también en el caso que nos ocupa cabría la posibilidad de imponer judicialmente la constitución de la garantía real ofrecida, mediante las formalidades de rigor, siempre y cuando en la promesa o documento privado se determinaran las circunstancias indispensables para la existencia de aquélla, esto es, fijación de la cantidad garantizada, vencimiento de la obligación principal, intereses en su caso, etc... Si no se hubieren previsto estas circunstancias, el incumplimiento sólo podría originar la correspondiente indemnización por daños y perjuicios.

Entiende la doctrina dominante que el incumplimiento de la promesa, sin perjuicio de la acción personal que acabamos de aludir, también daría derecho a resolver la obligación principal, aunque la eficacia práctica de esta resolución estaría supeditada a que el acreedor todavía no hubiese entregado la cosa objeto de la obligación principal.

Finalmente hemos de llamar la atención sobre la escasa fortuna de la referencia a la responsabilidad criminal contenida en el citado art. 1.862. En efecto, el art. 531 del Código Penal castiga al que fingiéndose dueño de una cosa inmueble la enajenare, arrendare o gravare. Se ve, por tanto, primero que sólo alude a bienes inmuebles, lo que excluye la prenda, y segundo que no tipifica la promesa de constituir garantía, sino la constitución misma sobre cosa de la que no se es dueño.

---

(25) *Op. cit.*, 485.

## d) Extinción.

Expone el profesor Ferrandis (26) que en punto a la extinción del derecho real de garantía es posible distinguir los siguientes grupos de modos extintivos, a saber:

- Modos de extinción comunes a todos los derechos reales, por ejemplo la pérdida de la cosa.
- Modos de extinción especiales de los *iura in re aliena*, como por ejemplo la consolidación.
- Modos de extinción peculiares de los derechos reales de garantía, como por ejemplo la extinción de la obligación principal.

Es de advertir que cabe la posibilidad de que se extinga la garantía real y subsista sin embargo la obligación principal: Así, en el caso de consolidación, si el acreedor adquiriera la cosa gravada, se extinguiría la garantía real pero no la obligación. Lo mismo ocurre en el supuesto del art. 1.191 del Código Civil, conforme al cual, «se presumirá remitida la obligación accesoria de prenda cuando la cosa pignorada, después de entregada al acreedor, se hallase en poder del deudor».

Por último, y en relación con la extinción de la hipoteca, hay que tener en cuenta, según ya hemos advertido anteriormente, el especial juego del Registro de la Propiedad, que impide la extinción de aquélla, aun cuando se hubiere pagado la obligación principal, si esa extinción de la obligación principal no se hace constar en los libros registrales, todo ello según lo dispuesto en el art. 144 de la Ley Hipotecaria.

## E) EN ESPECIAL, EL PACTO COMISORIO

a) *Delimitaciones previas y concepto*

La doctrina suele aludir con la expresión *lex commissoria* a dos instituciones que, a nuestro juicio, son distintas aun cuando algún autor [Monedero, por ejemplo (27)], ha intentado el tratamiento unitario de ambas. Nos referimos al pacto comisorio y a la cláusula resolutoria, especialmente la convenida en los contratos de compraventa de inmuebles. Como digo, estimo que son instituciones diferentes.

En sentido estricto, por pacto comisorio se entiende la cláusula incorporada a un contrato de garantía en virtud de la cual el acreedor queda facultado para hacer suya la cosa ofrecida en garantía, directa

---

(26) *Op. cit.*, 59.

(27) Conferencia pronunciada por el autor y citada por CELESTINO MAS ALCARAZ: *El pacto comisorio*. En Estudios de Derecho Privado, Vol. II, Madrid, 1965, p. 57.

y automáticamente o a través de un procedimiento de ejecución privada, en caso de incumplimiento de la obligación principal asegurada.

En cambio, la cláusula resolutoria incorpora al contrato una condición de este tipo cuyo efecto es establecer la resolución del mismo en caso de incumplimiento por la otra parte. Lo que sucede y quizá ese sea el origen de la confusión terminológica es que semejante cláusula va acompañada habitualmente de otro pacto en virtud del cual la resolución del contrato implica, por vía de indemnización a favor de la parte cumplidora, que ésta hará suyas, total o parcialmente, las cosas que, como consecuencia del contrato haya recibido ya, generalmente, la parte de precio que, hasta el momento de la resolución, hubiere satisfecho ya el comprador. Hay, por tanto, al igual que en el pacto comisorio estricto, adquisición de una cosa a consecuencia de un incumplimiento. Sin embargo, esta coincidencia no justifica, a mi modo de ver, la equiparación de ambas figuras. En primer lugar, esa pretendida adquisición de la parte de precio satisfecha, aunque se convenga en el contrato por las partes a modo de liquidación de daños y perjuicios, rara vez se ratifica por los tribunales, quienes, casi sin excepción, al amparo de la dispuesto en el art. 1.154 del Código Civil, modifican aquel pacto, disponiendo que esas sumas recibidas por el vendedor se devuelvan, en todo o en parte —casi siempre en todo— al comprador, por efecto de la resolución del contrato y por aplicación analógica del art. 1.303 del Código, que ordena a los contratantes la devolución recíproca de las cosas que hubiesen sido objeto de la relación jurídica. En la práctica, pues, la cláusula resolutoria no implica adquisición alguna.

En segundo lugar, enseguida vamos a ver las diferencias esenciales entre ambas figuras, que impiden su equiparación, pero antes conviene señalar que, junto a la razón antes apuntada, también puede hallarse otra de tipo histórico que explica la mencionada confusión terminológica. En efecto, en Derecho Romano se aplicaba la misma expresión, *lex commissoria*, para referirse tanto al pacto comisorio como a la cláusula resolutoria. Quizá, porque *committere*, entre otros significados que se usan en las fuentes romanas, vale reforzar un contrato mediante un pacto accesorio, como expone Domingo Irurzun (28) y, ciertamente, ambos pactos, cuyo deslinde pretendemos, sirven para asegurar el cumplimiento de una obligación principal. Pero, aparte esta coincidencia, que por lo demás es común a otras figuras, he aquí las diferencias que, a nuestro juicio, separan ambos pactos:

- El pacto comisorio implica la existencia de dos contratos celebrados por las partes. El contrato obligacional o personal y el real para asegurar el primero. Y es en este segundo contrato

---

(28) DOMINGO IRURZUN GOICOA: *La cláusula resolutoria y el pacto comisorio*. En la obra colectiva citada en la nota anterior.

en el que establece el pacto comisorio. En cambio, la cláusula resolutoria técnicamente no exige más que un sólo contrato entre las partes. La cláusula forma parte de ese único contrato personal, amenazado de resolución.

- El objeto del pacto comisorio es la cosa ofrecida en garantía. El de la cláusula resolutoria, el mismo contrato que queda privado de eficacia, sin perjuicio de que, como antes hemos explicado, exista la pretensión de adquirir la parte de precio ya entregada, pretensión que, en todo caso, sería accesoria y además, resulta de muy dudosa licitud, razón por la cual puede afirmarse que se rechaza habitualmente por los tribunales.
- El pacto comisorio, en rigor y como veremos con más detenimiento, es un modo de ejecutar o consumir el contrato de garantía. Es un modo de que éste despliegue sus naturales efectos. La cláusula resolutoria implica cabalmente lo contrario, es decir, busca no la ejecución sino la ineficacia del contrato.
- Pacto comisorio, habitualmente, debe calificarse de inmoral. La cláusula resolutoria, en sentido riguroso, esto es cuando no va acompañada de cláusula penal o ésta es moderada, es perfectamente moral.

En resumen, no me parece que la equiparación de ambas figuras sea posible teóricamente, ni tampoco que aquélla pueda suponer ventajas prácticas para su mejor exposición y comprensión.

Limitaré, por tanto, mi estudio al pacto comisorio, *sensu strictu*, aceptando el concepto que ofrecí al comenzar este epígrafe.

Para terminar de perfilar aquel concepto, entiendo que conviene destacar, en este momento, la esencia o naturaleza de dicho pacto: ¿En qué consiste realmente el pacto comisorio?.

Cuando hablábamos de las notas características de las garantías reales, decíamos que una de ellas, si bien sólo referida a la garantía real en su fase de ejecución o de realización del valor, era la esencialidad del procedimiento legalmente establecido para su realización. Incumplida la obligación, el acreedor puede agredir la cosa dada en garantía, pero ha de hacerlo precisamente con sujeción a los trámites prevenidos con carácter previo en la ley. En nuestro Ordenamiento se prevé el procedimiento judicial y extrajudicial, que exige la intervención de fedatario público, en todo caso. Decíamos, entonces, que no es posible prescindir de ese procedimiento; que no es posible, no ya la realización directa o inmediata de la cosa sin trámite alguno, sino ni siquiera la aceptación de un procedimiento distinto a los establecidos en la ley, que tal vez hubieron podido convenir las partes.

Pues bien, el pacto comisorio supone, precisamente, la ejecución de la garantía prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. El acreedor, ante el incumplimiento del deudor, se adjudica directamente la cosa en satisfacción de su crédito. La incorpora a su patrimonio automáticamente; o también, porque

es la otra manifestación del pacto comisorio, la realiza mediante un procedimiento expresamente convenido por las partes pero que no es el previsto por la ley. En mi opinión, ésta es la nota esencial del pacto comisorio. Otras circunstancias sobre las que luego volveremos, como el mayor importe del valor de la cosa sobre el valor del crédito, el perjuicio para otros acreedores, su inmoralidad, etc., sin dejar de concurrir, cierta aunque no necesariamente, en el pacto comisorio, no sirven para comprender su verdadera naturaleza. La mayor dificultad que, a propósito de este pacto, se ha planteado la doctrina, a saber, la determinación de la extensión de su prohibición, se resuelve, a mi modo de ver satisfactoriamente, como luego trataré de exponer, partiendo de esta nota esencial del pacto, que contradice frontalmente la otra no menos esencial de toda garantía real, en su fase satisfactoria o de ejecución, a saber: la necesidad de un procedimiento legal previo de ejecución.

#### b) *Referencia histórica en Derecho español y regulación positiva*

Se ha dicho, con razón, que la historia del pacto comisorio es la historia de su prohibición.

En efecto, ya la legislación de las Partidas prohibía expresamente la posibilidad de que el acreedor pudiera hacerse dueño de la cosa pignorada o hipotecada y, en esa misma línea, el Proyecto de 1.851 recogía la prohibición y añadía: «aunque así se hubiera estipulado» artículo 1.775 para la prenda y 1.806 para la hipoteca, de forma que, *expressis verbis*, declaraba la nulidad de toda estipulación en contra de la prohibición.

Sin embargo, el Anteproyecto de García Goyena degradó la naturaleza de la prohibición al rango de norma de Derecho dispositivo, pues admitió expresamente el pacto en contrario convenido entre las partes.

Así llegamos al Código Civil. Su art. 1.859 establece: «el acreedor no puede apropiarse las cosas dadas en prenda o hipoteca, ni disponer de ellas»: Obsérvese que con esta fórmula, ni se condena expresamente el pacto en contrario, como hacía el Proyecto del 51, ni se afirma tampoco su admisibilidad, a semejanza del Anteproyecto de García Goyena. Por otro lado, el art. 1.884, al regular la anticresis, determina que «el acreedor no adquiere la propiedad del inmueble, por falta de pago de la deuda dentro del plazo convenido. Todo pacto en contrario será nulo...». Como acontece en casos semejantes, este rechazo expreso del pacto en contrario podía interpretarse, bien como manifestación de un principio general de inadmisibilidad, bien como excepción a un principio general de admisibilidad. De hecho, en los primeros momentos, la doctrina vaciló sobre la naturaleza necesaria o dispositiva de la prohibición, pero hoy puede afirmarse que

tanto la doctrina como la jurisprudencia interpretan la prohibición del art. 1.859 como materia de *ius cogens*, inderogable por voluntad de las partes, de conformidad con la tradición romanista y el Derecho histórico español.

Sólo se discute, como ya advertimos, sobre la extensión de la prohibición, esto es, sobre el mayor o menor número de supuestos que merecerían la calificación de pacto comisorio, la cual, indefectiblemente, acarrearía, como veremos, su nulidad.

### c) *Fundamento de la prohibición*

La doctrina se ha extendido sobre la materia y se han formulado variadas teorías para explicar la razón de la prohibición del pacto comisorio. Veamos las más importantes que, además, compendian todas las otras que no son sino modalidades de las que vamos a exponer.

— Teoría de la tutela jurídica del deudor.

Puede decirse que es la teoría tradicional tanto en la doctrina española como en la italiana (Breglia, Guidi) (29) Se estima que el deudor no manifestaría un consentimiento válido al aceptar el pacto, perjudicial para él, pues que la situación de necesidad o menesterosidad en que se hallaba coartaría su libertad, de suerte que ese consentimiento, por forzado, no sería jurídicamente válido.

Es muy posible que, en efecto haya de estimarse viciada la voluntad del deudor necesitado de obtener un préstamo, necesidad que le lleva a consentir el pacto comisorio. Sin embargo, la explicación no me parece convincente:

- En primer lugar, la presunción se establece en favor de la libertad de los contratantes, no en favor de su falta de libertad. Lo que se presume en todo contrato es la validez del consentimiento, no lo contrario. Si los sujetos gozan de plena capacidad de obrar, la actitud paternalista ni tiene fundamento jurídico porque todo el Derecho de Obligaciones caería por tierra si aceptamos la existencia de grupos de contratantes más o menos débiles, ni tiene fundamento lógico porque, salvo prueba en contrario, la persona se reputa libre y responsable.

- En segundo lugar, es que si admitimos que el deudor actuó coaccionado para aceptar el pacto comisorio, no se acierta a comprender por qué no se extiende el acto de la coacción a toda la relación jurídica compleja, comprensiva tanto del negocio de garantía como del negocio obligacional. O el deudor se encontraba en situación de angustiosa necesidad determinante de falta de libertad negocial, o no. Si lo primero, la invalidez del consentimiento debe predicarse no sólo

---

(29) BREGLIA: *Diz. Patito Diritto Privato. Voz: Patto commissorio*. Milán, 1937, página 333. GUIDI: *Il patto commissorio*. Milán, 1952, p. 42.

de una cláusula, a la postre accesoria, sino de toda la relación jurídica completa. Y, sin embargo, nadie ha sostenido esta conclusión que, a mi juicio, sería la lógica.

- En tercer lugar, si el fundamento de la prohibición fuera la superación de falta de libertad negocial, tiene razón Lojacono (30) cuando señala que entonces el mecanismo jurídico indicado sería el de anulabilidad del negocio, no el de la nulidad absoluta. En efecto, ese es el mecanismo arbitrado por el Código para los supuestos de consentimiento negocial viciado (art 1.300 y siguientes). Habría que dejar al propio deudor la decisión de impugnar o no la cláusula pues nadie como él sabe si actuó libre o necesariamente.

- Finalmente, si se acreditara la libre espontaneidad del consentimiento del aceptante del pacto, no habría más remedio que admitir la validez de aquél.

En conclusión la teoría, a mi juicio, no convence.

— Teoría técnico-jurídica.

Llamo así a la sostenida por Chironi (31) quien entiende que la prohibición se explica por la contradicción técnica que su admisibilidad implicaría. En efecto, dice el autor indicado, la garantía real da derecho al acreedor al valor de la cosa, no a la cosa misma, por ende esa directa apropiación de la cosa arguye desnaturalización de lo que, en buenos principios, es una garantía real. Tiene mucho razón Chironi pero me parece que la prohibición se refiere tanto a la apropiación de la cosa como a la realización de aquélla, de su valor, por un procedimiento distinto al previsto en la ley. Por ello, la explicación de Chironi es parcial porque explica la prohibición de una modalidad o aspecto del pacto comisorio pero no de ambas.

— Teoría de la tutela jurídica de los acreedores.

En realidad esta teoría es compatible y complementaria de la primera. Se dice que los acreedores restantes del deudor tienen derecho sobre el valor residual de la cosa ofrecida en garantía, cuando el valor de ésta es superior al importe de la obligación garantizada, derecho que perderían en caso de adjudicación total al acreedor. En Derecho italiano sostiene este fundamento Carnelutti (32). Sin embargo, es certera la objeción que formula Irurzun (33): el fundamento perdería su sentido en el caso de un deudor rico, con un patrimonio suficiente ampliamente para satisfacer al acreedor garantizado con la cosa y a los demás.

(30) VICENZO LOJACONO: *Il patto commissorio nei contratti di garanzia*. Milán, 1952, página 26.

(31) CHIRONI: *Trattato dei privilegi, della ipoteche e del pegno*. Torino, 1984, número 257.

(32) FRANCESCO CARNELUTTI: Riv. Diritto Commerciale, 1916, II, Note sul patto commissorio, p. 887.

(33) *Op. cit.*, 35.



— Teoría de la inmoralidad del pacto.

Bianca y Brugi sostienen que la prohibición del pacto encuentra su fundamento en que es contrario a las buenas costumbres o a la moral ya que no es justo que el acreedor haga lucro o granjería a costa del deudor, lo que sucedería si percibiera una cosa de valor superior al del crédito garantizado (34).

Sin embargo, este argumento tampoco es convincente. Este tipo de ventaja o beneficio podría descubrirse en otros muchos negocios y no por ello se sigue su nulidad radical. Piénsese en compraventas con precio injusto. En Derecho español no se exige, sin embargo, que el precio sea justo. Sólo en contadas ocasiones, la llamada lesión en el valor de las cosas puede originar la impugnación del negocio. Así ocurre en los supuestos de rescisión de los números 1º y 2º del art. 1.291 del Código, pero, como digo, es un fenómeno excepcional.

En principio, también los deudores pueden hacer donaciones o renunciar a sus derechos, incluso en favor de sus acreedores, aun sin traspasar los límites de la inoficiosidad por imperio del sistema de legítimas, o los que establecen la institución del fraude de acreedores. Pero respetando estos límites, no parece que consideraciones muy atendibles desde el punto de vista moral, hayan de producir también efectos jurídicos.

— Teoría de la ejecución privada.

Sostiene D'Amelio (35) que la prohibición del pacto comisorio no es sino manifestación del principio general que prohíbe la autotutela o autosatisfacción del acreedor.

A mi juicio, ésta es la teoría más verdadera y la que explica enteramente la prohibición del pacto que nos ocupa. Como decíamos más arriba, el pacto comisorio implica la derogación del procedimiento de ejecución forzosa de la garantía establecido en la ley, bien porque se prescinde de todo procedimiento y el acreedor hace suya la cosa directa y automáticamente, bien porque esa ejecución o realización del valor de la cosa dada en garantía se lleva a cabo mediante otro procedimiento especialmente convenido entre acreedor y deudor, pero diferente del legalmente previsto. En todo caso, significa el apartamiento de la tutela estatal y su sustitución por la tutela privada.

Pues bien, a nuestro modo de ver, tal sustitución no es admisible porque la ejecución forzosa es materia excluida de la disponibilidad de los particulares, excluida de la autonomía privada. Nos remitimos a lo expuesto al tratar este punto cuando estudiábamos la naturaleza y notas características de las garantías reales.

---

(34) BIANCA: *Recensión de su artículo Il divietto del patto commissorio*, realizada por Marco Baro en Revista Der. Notarial, 1960, Tomo XXVIII, p. 367. BRUGI: *Instituciones del Derecho Civil*. Traduc. Jaime Sino Bofarull. México, 1946, p. 356.

(35) MARIANO D'AMELIO: *Codice civile, Libro della tutela dei diritti*. Firenze, 1943, p. 454.

En definitiva, el fundamento de la prohibición se encuentra en el Derecho Procesal que rechaza la posibilidad de la ejecución privada de las obligaciones, si bien, como ocurre siempre en todo tipo de formalidades o exigencias procesales que merezcan verdaderamente este nombre, y no sean meras formas vacías de significado y razón de ser, la normativa procesal que disciplina la ejecución forzosa hunde sus raíces en la salvaguardia de derechos o intereses sustantivos. Esta necesidad de observar un procedimiento responde a la de tutelar intereses muy legítimos de deudor y acreedores, como explicábamos en el lugar antes aludido.

Una cosa es el desequilibrio de las prestaciones y otra que ese desequilibrio sea resultado de la falta de libertad de una parte, cuyo consentimiento, por ende, resulta viciado. En general, creo que sólo lo segundo puede preocupar al Derecho y, para tratar de evitar este resultado, se establece un procedimiento legal de ejecución y se rechaza la ejecución privada, precisamente porque en ésta puede no haberse respetado enteramente la libertad del contratante más débil o necesitado.

Por ello, y puestos a discurrir teóricamente, podría aceptarse la ejecución privada cuando se demostrara que ni padecen unos ni otros intereses. Pero, claro, la ley se da para la generalidad de los supuestos. No es hacedero una especie de examen previo y particularizado del caso concreto para comprobar si resulta justificable la prohibición de la ejecución privada. A no dudar, habrá casos en que, por no haber perjuicio ni para deudor ni para los restantes acreedores, sería mucho más beneficiosa para los interesados la ejecución privada que la pública, cuyo costo, complejidad, y, con frecuencia, devaluación de la cosa, son indiscutibles. Pero ¿quién hace esa valoración? ¿Cómo?

Sin duda, podría la ley establecer una especie de cognición previa para determinar si está o no justificado seguir el procedimiento ordinario de ejecución, pero entonces, ya estaríamos imponiendo otro procedimiento legal, con lo que no hacemos sino confirmar la tesis que venimos sosteniendo: no es posible prescindir de la tutela estatal, a la hora de la ejecución forzosa de una obligación.

#### d) *Extensión de la prohibición del pacto comisorio*

La doctrina suele interrogarse sobre la amplitud de la prohibición contenida en los art. 1.859 y 1.884 del Código Civil.

¿Se puede admitir la validez del pacto bajo ciertas condiciones?, ¿Podrá el acreedor, en algún supuesto, hacer suya la cosa ofrecida por el deudor, por razón de su incumplimiento?. La doctrina suele pasar revista a diversos supuestos para, según unos u otros autores, aceptar su validez o rechazarla.

Ante todo hay que descartar supuestos que no constituyen de ningún modo el pacto prohibido, sencillamente por no tratarse de un verdadero pacto comisorio. Tienen mucha razón Díez Picazo y Gullón cuando afirman la inadmisibilidad de la tesis prohibitiva de convenios particulares entre deudor y acreedor (36). Así sucede, por ejemplo, en la adjudicación o dación en pago que, sobre la misma cosa que fuera ofrecida, puedan convenir acreedor y deudor, después de vencida y no satisfecha la obligación principal. En tal hipótesis, es perfectamente lícito dicho negocio jurídico. Las partes no ejecutan la garantía sino que convienen un modo de pago perfectamente admitido en Derecho como es la adjudicación de una cosa en pago o para pago de la obligación. Ambas modalidades, *pro soluto* o *pro solvendo*, resultan indudablemente lícitas. Nada hay que objetar por el hecho de que el objeto de esa dación sea la misma cosa que se ofreciera primeramente en garantía. Estamos ante un negocio esencialmente diferente del contrato de garantía.

Precisamente las partes renuncian a ese contrato previamente convenido y, para liquidar la obligación, acuden a otro contrato diferente. Que la cosa adjudicada pueda ser de mayor valor que el importe del crédito no implica su invalidez o ilicitud. Insistimos en que la razón de ser de la prohibición del pacto comisorio no es la posible ganancia o lucro que pueda hacer una parte, preocupación a la que, en general, es ajena el Derecho, según dijimos al hablar del problema del precio justo en la compraventa, sino el rechazo de la ejecución privada de una obligación, y la adjudicación no es una forma de ejecución forzosa de una obligación. El deudor, persona con plena capacidad de obrar es muy dueño de hacer un mal negocio o de hacer una donación en favor del acreedor. Otra cosa será que, si tal ventaja excede de los límites de toda donación o se realiza en fraude de acreedores, los perjudicados puedan poner en marcha los recursos que la ley contempla y ofrece para remediar tales perjuicios. Aparte de que el deudor adjudicante siempre pudo haber optado por soportar la ejecución legal de la garantía, si entendía que así convenía mejor a sus intereses.

Resuelto este primer supuesto, vayamos con otros que pueden ofrecer mayor duda. Para su exposición podemos clasificarlos en los siguientes grupos:

1.º Supuestos de pacto comisorio en sentido propio. Entiende la doctrina que el pacto comisorio en sentido propio es aquel que se manifiesta como cláusula inserta en un contrato de garantía, esto es, el supuesto normal o típico de pacto comisorio. Su prohibición, con carácter general, es indiscutible a tenor de los preceptos ya citados, pero se ha discutido a propósito de dos modalidades, a saber:

---

(36) *Op. cit.*, p. 484.

— El llamado pacto marciano. Es aquél por el que acreedor y deudor convienen que si al vencimiento no se cumple la obligación garantizada, la cosa ofrecida en garantía pasa a propiedad del primero, previa justa estimación y entrega al deudor, en caso de que el valor de la cosa superara al del crédito, del exceso. Suele aceptarse por la doctrina tanto española como italiana. Así, entre otros, Irurzun, Lojacono, etc. (37).

— El llamado pacto *ex intervallo*, es decir, el pacto comisorio pero convenido no al tiempo de la celebración del contrato de garantía sino con posterioridad a éste o, incluso, con posterioridad al contrato principal, cuando éste no se había asegurado con contrato de garantía, pero siempre antes del vencimiento de la obligación principal, para no confundirlo con la dación en pago.

La doctrina española e italiana suele rechazarlo (38), aunque en la francesa es mayoritaria, quizá, la opinión favorable. Así, Planiol y Ripert, Jossierand, Colin y Capitant (39).

A nuestro juicio, una vez averiguada la verdadera naturaleza del pacto comisorio, no puede dudarse sobre el rechazo de ambas modalidades. Tanto en un caso como en otro lo que se pretende es la ejecución forzosa privada de una obligación, y la ejecución privada no es admisible. La doctrina duda porque sigue preocupada con el fondo moral de la cuestión. Sigue preocupada con la posibilidad de que el acreedor se apropie de una cosa de valor superior al del crédito, prevaliéndose de la situación de necesidad del deudor. Ya he señalado que tales consideraciones no me parecen jurídicamente estimables, primero porque no son privativas del contrato de garantía con pacto comisorio sino que podrían extenderse a otros muchos, con notorio desequilibrio entre las prestaciones, y segundo porque si tal fuera el fundamento de la prohibición, probada la espontaneidad, la libertad de la voluntad del deudor, habría que admitir la validez del pacto comisorio.

Pensemos en el pacto marciano que no parece tener adversarios en la doctrina. No basta con decir «previa justa estimación de la cosa». Vamos al caso concreto y veamos cómo se lleva a la práctica esa justa estimación. Es de suponer que habría que acudir a peritos para determinarla pero, sin agotar la cuestión, he aquí algunos interrogantes: ¿Quién nombra los peritos? ¿Cuándo, en el mismo contrato de garantía o al tiempo de ejecución? ¿Hay posibilidad de re-

(37) *Op. cit.*, p. 44.

(38) Véase, por todos, Díez-PICAZO y GULLÓN, *op. cit.*, p. 484, en la doctrina española, y, en la italiana, LOJACONO, *op. cit.*, pp. 50-51.

(39) PLANIOL y RIPERT: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*. Tomo XII. Traduc. Mario Díaz Cruz. La Habana, 1946, p. 120. LOUIS JOSSEYRAND: *Derecho Civil*. Tomo II, Vol. II, Traduc. Santiago Cunchillos. Buenos Aires, 1951, p. 456. COLIN y CAPITANT: *Curso elemental del Derecho Civil*. Tomo V. Traduc. RGLJ, Madrid, 1925, p. 76.

cusación? ¿Pueden intervenir en el justiprecio los demás acreedores del deudor? ¿Cuál es el destino del exceso habiendo otros acreedores? ¿Cómo se averigua si existen esos otros acreedores? Todos estos interrogantes no hacen sino poner de manifiesto la necesidad de un procedimiento ordenado y justo para poder ejecutar una obligación. Ahora bien, los particulares no pueden proveer a esta necesidad. Por las razones indicadas más arriba, al hablar de las garantías reales, es función del Estado, cabalmente, para mejor servir los intereses de los particulares.

En conclusión, la inobservancia del procedimiento legal establecido para ejecutar las garantías reales tiñe de ilicitud cualquier modalidad de pacto comisorio en sentido propio.

## 2.º Supuestos de pacto comisorio en sentido impropio.

Irurzun y Celestino Mas llaman pacto comisorio impropio al que funciona como garantía autónoma, es decir independiente de un contrato de garantía típico: hipoteca, prenda o anticresis. Por ejemplo, en un préstamo se conviene que incumplida la obligación, el prestamista hará suya determinada cosa del deudor o prestatario. Se trata, por ende, de un contrato de garantía atípico porque no discurre por los cauces de los previstos en el Código Civil o en las leyes complementarias. Irurzun acepta tal posibilidad. Mas la rechaza (40).

A nuestro juicio, tampoco estas modalidades son admisibles. Desde luego, no constituyen pactos comisorios en sentido estricto por lo que podría pensarse que la norma prohibitiva no debería interpretarse en sentido amplio, de conformidad con la naturaleza de toda norma prohibitiva, pero el problema no es el de interpretar la amplitud de la prohibición del pacto comisorio sino el de aceptar garantías reales atípicas. En Derecho español, la doctrina está conforme en que aun aceptando la posibilidad del *numerus apertus* en la configuración de derechos reales, por aplicación de los artículos 2º de la Ley Hipotecaria y 7º de su Reglamento, esa autonomía privada no se extiende a la libre creación de derechos reales de garantía. Precisamente, entiendo que esta limitación que establece la doctrina obedece a esa nota esencial que vengo repitiendo: la necesidad de seguir para su ejecución el procedimiento legalmente establecido con carácter previo. Por definición, si se admitieran garantías atípicas, habría que admitir regulaciones privadas para su ejecución pues no resultarían aplicables las establecidas para las garantías típicas, y esta circunstancia es, cabalmente, la que impide su admisión.

Todavía en este grupo podríamos incluir una figura, que además, ha sido contemplada por la Jurisprudencia. También la promesa de venta podría utilizarse para seguridad del prestamista. Es el supuesto de hecho de la STS de 27 de Marzo de 1.926 en la que podremos

---

(40) *Op. cit.*, p. 45 y 72.

leer que «resulta notorio que la cláusula de cierta escritura en la que se convino que, transcurrido el plazo fijado para la duración del préstamo, si el deudor no hubiera pagado al acreedor, el último haría suyas las acciones a los tipos de cotización que dicha cláusula determina, esta estipulación, por llenar el requisito esencial del señalamiento del precio que para la promesa de venta exige el artículo 1.451 del Código Civil, con las demás sustanciales de causa, objeto y consentimiento, es inherente a otra clase de contrato ajena el pacto comisorio...». Entiende esta sentencia, pues, que semejante promesa de venta hecha por el deudor en favor del acreedor y para el caso de incumplimiento no es un pacto comisorio y, por tanto, declara su plena validez.

Convenimos en que es un pacto comisorio, según el concepto estricto que aquí hemos defendido, pero de ahí a admitir su licitud va un trecho. Resulta indiscutible que esta modalidad garantizadora encaja sin dificultad en este grupo pues, en definitiva, se está utilizando una cosa como garantía, al margen de los contratos reales típicos, y además, se está regulando y conviniendo un procedimiento de ejecución distinto de los previstos en la ley para aquellos contratos típicos, procedimiento que consiste en el cumplimiento de la promesa de venta.

En cambio, me parece muy acertada la RDGRN de fecha 29 septiembre 1.987 que rechaza la inscripción de una escritura en la que, a modo de garantía, el prestatario concedía una opción de compra al prestamista, sobre bienes del primero, y, además, para asegurar la efectividad de la opción, el dicho prestatario otorgaba poder irrevocable a un tercero para que, en su nombre, consumara la opción en favor del prestamista, en caso de incumplimiento.

Me parece que también aquí estamos ante una garantía atípica y, por ende, prohibida.

En conclusión, en ambos casos, garantía real atípica, rechazable por las razones apuntadas.

### 3.º Supuestos de pacto comisorio oculto.

Incluye la doctrina en este apartado otros supuestos de discutible validez cuyo denominador común es la obtención de los efectos propios del pacto comisorio pero de forma disimulada o encubierta, esto es, utilizando la apariencia de otras figuras jurídicas perfectamente lícitas pero que el verdadero propósito de las partes desnaturalizan.

Con esta introducción ya se ve que es otro el problema de fondo, como a continuación expondremos. En rigor, ni este tercer grupo ni el anterior deben tratarse al hablar del pacto comisorio. En la definición que propusimos al comienzo, se delimitaba claramente el alcance de la figura para incluir en ella, exclusivamente, a la cláusula que, sin ambages, permite al acreedor apropiarse de la cosa ofrecida en garantía, bien directamente, bien a través de un procedimiento de ejecución privada, cláusula, por tanto, inserta en un contrato de ga-

rantía real. Los supuestos de pacto comisorio impropio o de pacto oculto no son sino intentos de construir garantías reales atípicas, intentos llamados a fracasar por las razones anteriormente expuestas.

Sin embargo, como, habitualmente, los autores aluden a los casos comprendidos en estos dos últimos grupos, a la hora de concretar el alcance de la prohibición, me ha parecido oportuno no desviarme de la senda tradicional, aparte de que para sentar estas conclusiones importa haber estudiado previamente, como hemos hecho, la naturaleza del pacto comisorio y el fundamento de su prohibición.

Después de la advertencia antecedente, pasemos ya al examen de dos figuras que pueden utilizarse para conseguir el resultado prohibido en el pacto comisorio.

— Compraventa de garantía (*fiducia cum creditore*).

No podemos ocuparnos de este instituto en toda su extensión. Sólo nos compete en la medida que pudiera utilizarse para construir una garantía atípica, esto es, para burlar el requisito de ejecución legal, propio de toda garantía real en su fase satisfactoria.

La *fiducia cum creditore*, según la mejor doctrina, es institución perfectamente lícita pero siempre que no se pretenda obtener unos efectos reales propios de los contratos típicos de garantía en su fase de ejecución. Explica don Federico de Castro que la Jurisprudencia admite la figura —STS de 8 de marzo de 1.957, por ejemplo—, pero en el bien entendido de que el prestamista fiduciario sólo adquiere facultad para retener la cosa, no para apropiársela definitivamente. Si el prestatario hubiera incumplido, el fiduciario habrá de perseguir la garantía por el procedimiento legalmente establecido para ejecutar una hipoteca o una prenda y, mientras tanto, tiene la ventaja de poder insistir en la posesión de la cosa. Así, la STS de marzo de 1944, citada por el ilustre autor (41). Más recientemente, las de 18 de mayo y 2 de junio de 1982.

Ya en nuestros días, la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre el asunto, y en su Resolución de 10 de junio de 1986 afirma que «si la causa de la transmisión es la garantía, el adquirente fiduciario sólo tendrá sobre la cosa facultades de garantía pero no de apropiación».

En otras palabras, lo que no es admisible es entender la figura como una especie de ejecución anticipada de la garantía, conseguida a través de un negocio jurídico de compraventa, previniéndose así contra el riesgo de incumplimiento. Repito que estaríamos ante una garantía atípica, creada al margen de la ley y por tanto, sin respetar la necesidad de que la ejecución de toda garantía discurra por los cauces previstos en el Ordenamiento.

---

(41) FEDERICO DE CASTRO: *El negocio jurídico*. Madrid, 1967, p. 431 y ss.

— Compraventa con pacto de retro.

Al igual que en la compraventa de garantía, en la venta a carta de gracia puede ocultarse el propósito de burlar la exigencia del procedimiento legal de ejecución en una garantía real. Junto a un uso correcto y lícito de la figura, cabe otro en que también hay una ejecución privada y previa de la garantía: la cosa se «vende» por el prestatario al prestamista por un precio equivalente al importe del préstamo, conviniéndose el pacto de retro que permitiría al prestatario recuperar la cosa dentro de un plazo —la duración del préstamo— mediante devolución del precio, incrementado con los intereses, o sin incrementar, cuando no es necesario porque en el contrato se hizo figurar una suma superior a la realmente recibida por el prestatario.

Es verdad que para resolver esta cuestión podríamos acudir al argumento que venimos utilizando reiteradamente: en Derecho español no caben garantías reales atípicas. Sin embargo, la evidente discordancia entre voluntad negocial y manifestación de voluntad nos inclina más bien, siguiendo las enseñanzas del profesor De Castro, a tratar el problema como un supuesto de simulación, en concreto de simulación relativa, pues, en rigor, falta la causa de la compraventa por lo que este contrato —el negocio simulado— no existe, pero, en cambio, sí puede aceptarse el préstamo como verdadero negocio querido por las partes —negocio disimulado—. Así lo entendió la STS de 15 de octubre de 1964 (42).

En resumen, a nuestro juicio, no hay supuestos en que pudiera admitirse la posibilidad de que el acreedor hiciera suya la cosa ofrecida en garantía, al margen del procedimiento legal de realización de las garantías. Si lo que se pretende es un pacto comisorio verdadero, ligado pues a un contrato de garantía, lo veda el tenor literal de los art. 1.859 y 1.884 del Código Civil, y ello tanto si lo que se pretendiera fuere la adquisición directa y automática de la cosa, como si fuere su adquisición final, previa observancia de un procedimiento distinto al previsto en la ley, que hubieran podido convenir las partes, porque, en definitiva, el fundamento de la prohibición se encuentra en el carácter necesario e insustituible del procedimiento de ejecución pública propio de toda garantía real en su fase de realización, que, en ningún caso, puede sustituirse por una especie de ejecución privada.

Si lo que se pretende es alguna de las modalidades de lo que la doctrina llama pacto comisorio impropio, en rigor, tales modalidades constituirán derechos reales de garantía atípicas, y, en Derecho español, la autonomía privada no se extiende a la creación de garantías distintas a las contempladas con carácter de *numerus clausus* en la ley. Por tanto, también es clara la ilicitud e invalidez de semejantes acuerdos garantizadores.

---

(42) *Op. cit.*, p. 436.



Finalmente, los denominados supuestos de pacto comisorio oculto tampoco serían admisibles pero por aplicación de la teoría general de la simulación en los negocios jurídicos porque, en verdad, les conviene mejor esta calificación que la de pacto comisorio.

e) *Efectos del pacto comisorio.*

Es doctrina general que la inclusión del pacto comisorio en el contrato de garantía implicará la nulidad absoluta del pacto pero no del contrato. *Utile per inutile non vitiatur*. Lojacono piensa que si el juez estimara que la cláusula comisorio se consideró esencial o inseparable de la garantía, su nulidad acarrearía la del contrato de garantía entero, opinión que seguramente viene exigida por el art. 1.419 del Código Civil italiano (43).

Quizá pudiera concretarse algo más el tema de los efectos pasando revista a los diferentes grupos que hemos distinguido al estudiar la extensión de la prohibición.

La solución ofrecida por la doctrina es indiscutible para los casos que hemos llamado de pacto comisorio propio o en sentido estricto. Para las modalidades de pacto comisorio impropio o en funciones de garantía autónoma, la ineficacia del pacto implica la ineficacia de la garantía. Sólo subsistirá, entre partes, el contrato personal, habitualmente el préstamo. Para estos casos sí podría tener razón Lojacono: la nulidad de la garantía ¿supondría la nulidad del préstamo, pues el acreedor no hubiera querido el segundo sin la primera?. La cuestión desborda los límites de este estudio pues, en rigor, se plantea un problema de teoría general del negocio jurídico. Sin entrar en la cuestión, hay que recordar la advertencia del profesor De Castro en el sentido de que la nulidad parcial ha resultado remedio imprescindible para evitar el fraude de ley (44). La nulidad de ambos negocios no beneficiaría en absoluto al prestatario quien se vería obligado a devolver el capital prestado. En cambio, al prestamista no le perjudicaría: intentó la introducción de un pacto ilícito y al fracasar en su intento se deshace la operación en su totalidad. Claro es que estamos pensando —como suele acontecer— en el prestamista de mala fe. Quizá hubiera que acudir al propósito comercial concreto en el supuesto de buena fe.

Para el tercer grupo —modalidades de pacto comisorio oculto— también la solución debe darla la teoría general del negocio jurídico. Como no estamos ante supuestos de pacto comisorio, predicar la nulidad de éste no resuelve las cosas. Estamos ante supuestos de negocios anómalos por divergencia entre voluntad y declaración y, por

---

(43) *Op. cit.*, p. 42.

(44) *Op. cit.*, p. 494.

ende, su tratamiento será, en general, el que corresponde a la simulación negocial.

Finalmente, cabe indicar que la acción de nulidad dirigida para privar de efectos, cuando sea menester, a un pacto comisorio es imprescriptible, sin perjuicio —como apunta Lojacono— de que el acreedor puede adquirir por usucapión extraordinaria al faltar justo título, la cosa ofrecida en garantía y de la que se apoderó por aplicación de la cláusula prohibida (45).

---

(45) *Op. cit.*, p. 45.