

## LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN GARANTÍA EN ALEMANIA Y LOS PROBLEMAS PARA SU ACEPTACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL\*

*Bruno Rodríguez-Rosado Martínez-Echevarría*

Profesor Titular de Derecho Civil  
Universidad de Málaga

---

TITLE: *The transfer of ownership for security purposes in Germany and the problems for its acceptance in Spain*

RESUMEN: La búsqueda de nuevas formas de garantía, especialmente centradas en el mercado mobiliario, está llevando a plantearse la conveniencia de introducir de modo general una garantía real con transmisión de propiedad. Esta posibilidad ha encontrado desde hace bastante tiempo fuertes reparos en nuestra doctrina, centrados en las dificultades que tendría un sistema causalista como el nuestro para instrumentar una transmisión con esa finalidad. Se suele así decir que esta forma de garantía sólo es posible en sistemas abstractos, como el alemán que la vio nacer. Pero cuando se estudia el funcionamiento de la figura en Alemania, se descubre que su eficacia poco o nada tiene que ver con la abstracción de su sistema adquisitivo. Y que, del mismo modo, otros supuestos obstáculos a la recepción de la figura en España son más aparentes que reales. En cambio, la doctrina alemana se plantea problemas que la doctrina española aún no ha abordado en profundidad. El trabajo, en tal sentido, pretende clarificar algunos puntos del debate en torno a la figura.

ABSTRACT: *The search for new forms of proprietary securities, especially in movable assets, is leading to the consideration of a security with transfer of ownership. This possibility is encountering strong opposition among Spanish academics, because they say that a causal system cannot be applied for that purpose. They think that this type of security is only possible in an abstract system, such as the German one. But when one studies the functioning of this security in Germany, one discovers that its effectiveness has little or nothing to do with its transmissive aspects. And that, similarly, other supposed problems with the transfer of ownership as security are more apparent than real. On the other hand, the German doctrine is aware of problems that the Spanish has not yet taken account of. The article, in this sense, seeks to clarify some points of debate around such a security.*

PALABRAS CLAVE: Transmisión de propiedad en garantía, fiducia, pacto comisorio, fraude de ley.

KEY WORDS: *Transfer of ownership for security purposes, fiduciary transactions, predefault agreement on appropriation, fraud.*

\* Trabajo realizado en el marco del Proyecto de investigación I+D+I del MINECO, DER2016-77053-P (AEI/FEDER, UE), denominado "Reserva de dominio y transmisión de propiedad en garantía: eficacia nacional y transnacional", del que son IP la Dra. Rocío Caro Gándara y el propio autor de este trabajo. Agradezco a la mencionada profesora Caro Gándara las valiosas observaciones e información suministrada.

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN GARANTÍA DEL DERECHO ALEMÁN. 2.1. *Origen de la figura y regulación.* 2.2. *Negocio constitutivo y obligaciones de las partes.* 2.3. *Formas de ejecución de la transmisión de propiedad en garantía.* 2.4. *La posición de las partes en casos de concurso o ejecución forzosa del bien transmitido.* 3. APARENTES PROBLEMAS PARA LA ACEPTACIÓN EN ESPAÑA DE UNA TRANSMISIÓN EN GARANTÍA. 3.1. *La falta de causa de la transmisión de propiedad en garantía.* 3.2. *El carácter simulado de la transmisión de propiedad en garantía.* 3.3. *El posible carácter usurario de la transmisión de propiedad en garantía.* 4. OBSTÁCULOS REALES A LA CONSOLIDACIÓN DE UNA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN GARANTÍA. 4.1. *La interdicción del pacto comisorio y de la venta privada en los contratos de garantía con transmisión de propiedad.* 4.2. *La protección del garante-transmitente frente a terceros adquirentes y acreedores.* 4.3. *El problema del fraude a la exigencia de traspaso posesorio en la prenda y a la inscripción de la hipoteca.* 5. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA.

---

## 1. INTRODUCCIÓN

La historia de la recepción en el Derecho español de los negocios de garantía con transmisión de la propiedad ha sido una de las más convulsas de nuestra ciencia jurídica contemporánea. Surgida como figura propia en el Derecho alemán, la posibilidad de que el deudor garantizase al acreedor el cumplimiento de una obligación transmitiéndole el dominio sobre un bien fue aceptada con todas sus consecuencias por nuestra doctrina y jurisprudencia a partir de los años treinta del pasado siglo. Sin embargo, la decidida y terminante toma de posición de Federico de Castro en contra de esos negocios provocó un espectacular vuelco en la situación, hasta el punto de que puede decirse que no existe otro caso en que la postura de un autor haya marcado tanto una materia y provocado un giro doctrinal de tales proporciones. El último tercio del siglo XX y el comienzo de este siglo XXI se caracterizan, por tanto, en este terreno, por un rechazo doctrinal a la posibilidad de los negocios fiduciarios con transmisión de propiedad, acompañada por un lento movimiento jurisprudencial que busca conciliar la admisibilidad que de ellos predicó la primera jurisprudencia con la exclusión de sus efectos más graves. Desde hace años puede decirse que los autores españoles tienden a considerarlos negocios simulados, que esconden en realidad una forma de garantía no transmisiva, a modo de un derecho de prenda o retención, mientras la jurisprudencia trata de encontrar un camino intermedio que, sin obligarle a desdecirse de su aceptación inicial, no permita la definitiva apropiación del bien por el acreedor.

Sin embargo, como el desarrollo jurídico no se detiene, bien puede decirse que hoy se están acumulando una serie de circunstancias que fuerzan a plantearse de nuevo la eficacia que puede tener en nuestro sistema jurídico la transmisión de la propiedad en garantía de un crédito. Así, en primer lugar, hay que tener en cuenta que el legislador español ya ha admitido esa posibilidad en un concreto ámbito, al preverla en los artículos 6 y siguientes de la Ley de garantías financieras (Real Decreto-ley 5/2005), y es un dato que no ha pasado desapercibido a algunos. Por otra parte, no deja de ser relevante que el sistema jurídico francés, cuyo legislador con tanta frecuencia ha servido de modelo al nuestro, haya aprovechado una de sus últimas reformas legislativas para introducir en su Código civil una completa regulación de la figura, hasta entonces desconocida en su ordenamiento (vid. los artículos 2372-1 a 2372-5,

relativa a la transmisión de propiedad de bienes muebles en garantía). Y tampoco puede pasarse por alto que una de las indudables enseñanzas que nos ha dejado la última crisis financiera –que no en vano, ante todo, ha sido una crisis hipotecaria– es que los bienes inmuebles han dejado ya de constituir un valor-refugio seguro y estable, y que el crédito ha de buscar formas de garantía más adaptadas a los bienes del mercado mobiliario.

Si en este contexto se quiere estudiar la admisibilidad y posible eficacia que puede tener en España la transmisión de propiedad en garantía, tal vez convenga volver los ojos al Derecho alemán. Por dos motivos. Por una parte, obviamente, porque es el sistema jurídico que los introdujo y los popularizó, y es útil saber cuál es la eficacia que dicho ordenamiento les concede. Con todo, ese motivo no requeriría quizá en sí mismo de un nuevo estudio, pues no han faltado en los últimos años algunas traducciones que permiten al lector español un conocimiento directo del funcionamiento de esta institución en Derecho alemán<sup>1</sup>. El segundo motivo me parece por tanto de más importancia. Y es que no puede pasarse por alto que la comparación de la doctrina española y alemana sobre los negocios de garantía con transmisión de propiedad suscita una profunda perplejidad. Los autores españoles llevan años afirmando que la transmisión de propiedad en garantía sólo cabe en un sistema abstracto, de tipo alemán, y centrando los reparos a su admisibilidad en el Derecho español en razones que tienen que ver con la estructura causalista de nuestro sistema transmisivo y, en menor medida, en los problemas a que daría lugar una plena transmisión del dominio en caso de concurso del acreedor-propietario o ejecución del bien por el adquirido a manos de un tercero. La doctrina alemana, sin embargo, ni siquiera se ha planteado que la transmisión de propiedad en garantía sea un negocio vinculado a su sistema abstracto –la mera mención de este argumento provoca extrañeza al jurista alemán–, mientras que ha solucionado desde hace años, primero por medio de una jurisprudencia evolutiva y hoy en parte legalmente, los problemas a que puede dar lugar la insolvencia del acreedor, admitiendo que el dominio que adquiere el acreedor es una propiedad restringida a ciertos efectos, dirigida a un fin, y que, por tanto, permite cierta modulación en caso de insolvencia del acreedor. En cambio, los autores alemanes prestan atención a otras cuestiones, a mi juicio, sinceramente, de mucha mayor trascendencia práctica, como son el modo de ejecución de la garantía dominical transmitida, la admisión o no para ello del pacto comisorio –que en ningún caso consideran inherente a la figura–, los problemas de publicidad de la garantía y su encaje en un sistema de *numerus clausus* de derechos reales. Se diría, por tanto, que la doctrina española, en su rechazo a los negocios de transmisión de propiedad en garantía, está luchando contra unos molinos de viento transformados en gigantes que poco tienen que ver con la institución conocida como tal en el país que los vio nacer.

<sup>1</sup> La más reciente, la del tratado de WESTERMANN, *Derechos reales*, I, Madrid, 2007, realizada por Miquel y otros, que se ocupa de la figura en las pp. 585 ss.; también la de SERICK, *Garantías mobiliarias en el Derecho alemán. Perfiles y principios*, Madrid, 1990, llevada a cabo por Carrasco Perera, si bien la obra es anterior a la reforma del Derecho concursal alemán.

Por tanto, el segundo motivo de estudio de la doctrina alemana sobre la transmisión de propiedad en garantía es analizar los problemas reales que allí suscita, examinando si los obstáculos a la recepción de la figura en España son los que la doctrina española maneja o tienen más que ver con los que plantea la propia doctrina alemana.

## 2. LA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN GARANTÍA DEL DERECHO ALEMÁN

### 2.1. Origen de la figura y regulación

Como ha expuesto Klaus Luig en un documentado trabajo, la transmisión de propiedad en garantía (*Sicherungsübereignung, Sicherungsübertragung*) es una figura surgida en la práctica de los tribunales a finales del siglo XIX, asumida y conformada jurisprudencialmente por el Tribunal del imperio (*Reichsgericht*), y con escaso desarrollo legislativo<sup>2</sup>. Hasta ese momento, bien puede decirse que su necesidad no se había hecho sentir, pues los derechos territoriales alemanes admitían la hipoteca mobiliaria, sin desplazamiento de la posesión, como forma de garantía real. Pero la codificación del siglo XVIII y XIX fue privando de eficacia a estas formas de garantía mobiliaria sin traspaso posesorio<sup>3</sup>. El Derecho territorial de Prusia de 1794 (*Allgemeinen Landrecht für die Preußischen Staaten*) negó eficacia a esas formas de garantía sin publicidad (ALR I 20 §§ 6-10), y la Ley concursal del imperio, de 1879 (*Reichs-Konkursordnung*) le privó de toda eficacia en caso de concurso del deudor (§ 40 en relación con el § 14 de su ley introductoria). Con lo cual el crédito mobiliario buscó encauzar sus necesidades a través de formas de venta con derecho de readquisición que permitiesen al prestatario ofrecer como garantía la propiedad y mantenerse a la vez en posesión de la cosa<sup>4</sup>. El Tribunal del imperio no vio problema en aceptar esta forma de garantía, negando que constituyese un negocio simulado, o un fraude a la prohibición de las garantías mobiliarias sin traspaso posesorio<sup>5</sup>. Y, dando un paso más, consolidó esta doctrina entendiendo que estos negocios eran en realidad negocios de garantía propios, que no necesitaban adaptarse a la forma de una venta con reserva de un derecho readquisitivo, sino que podían celebrarse abiertamente como contratos de garantía con transmisión de la propiedad<sup>6</sup>.

<sup>2</sup> LUIG, Klaus, «Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung», en Falk y Mohnhaupt, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt a.M., 2000, pp. 383-406.

<sup>3</sup> HROMADKA, *Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18 und 19. Jahrhundert*, Colonia, 1971, *passim*; WIELING, Hans-Josef, *Sachenrecht*, I, Berlín-Heidelberg, 2006, p. 826.

<sup>4</sup> LUIG, «Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung», en Falk/Mohnhaupt, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt a.M., 2000, pp. 387 s.

<sup>5</sup> Sentencias del Tribunal imperial de 24 de septiembre de 1880 (en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, tomo 2, pp. 173 ss., en adelante RGZ, tomo, pp.), 9 de octubre de 1880 (RGZ, 2, pp. 168 ss.) 8 de noviembre de 1881 (RGZ 5, pp. 181 ss.) y 10 de enero de 1885 (RGZ 13, pp. 200 ss.). Sobre estas Sentencias, con detallado comentario, vid. el trabajo de LUIG, «Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung», en Falk y Mohnhaupt, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt a.M., 2000, pp. 387 ss.

<sup>6</sup> Sentencias del Tribunal Imperial de 2 de junio de 1890 (RGZ, 26, pp. 180 ss.) y 11 de marzo de 1896 (*Juristen Wochenschrift* 1896, pp. 213 ff.).

En esta situación se llegó a la codificación civil alemana. Los estudios realizados al respecto dejan claro que las dos comisiones redactoras del BGB quisieron dar continuidad a la transmisión de propiedad en garantía<sup>7</sup>. Sin embargo, tal vez por pensar que al tratarse de la transmisión del dominio y no de un derecho real limitado la figura no requería de especial regulación, bien por no querer parecer excesivamente atrevidos en las innovaciones jurídicas, el caso es que el BGB dejó sin regular la institución<sup>8</sup>. Con lo cual se produjo un resultado un tanto sorprendente, como es que el Código alemán regule amplia y detalladamente la prenda, recogiendo además la necesidad de que su constitución vaya acompañada de la transmisión de la posesión (§ 1205), y deje casi en absoluto silencio los negocios de garantía con transmisión de propiedad. Sólo el § 223 II del texto legal original (actualmente § 216 II), en sede de prescripción, recogía una referencia expresa a la transmisión de propiedad en garantía, que servía ciertamente para demostrar la aquiescencia del legislador alemán con la figura, pero que dejaba en casi completa penumbra sus efectos<sup>9</sup>. La institución, por tanto, ha tenido una existencia *praeter legem* a consecuencia de esa criticadísima decisión del legislador alemán de pasar de puntillas sobre ella<sup>10</sup>.

## 2.2. *Negocio constitutivo y obligaciones de las partes*

La fiducia de garantía alemana es un ejemplo casi perfecto de conformación jurisprudencial de una institución jurídica<sup>11</sup>. Desde las primeras decisiones del Tribunal del *Reich* posteriores a la publicación del BGB, hasta los modernos desarrollos realizados por el actual Tribunal Superior Federal, la institución ha sido objeto de un amplio tratamiento jurisprudencial, que ha ido decantando sus efectos y adaptándola a una extendidísima práctica. Hoy día bien puede decirse que su empleo ha convertido de hecho la prenda en una institución residual. No deja en ese sentido de ser un tanto sorprendente que el legislador alemán haya regulado con exquisito detalle la hipoteca

<sup>7</sup> Así, se desprende de los antecedentes y actas de las comisiones del BGB, analizadas por GAUL, («Lex commissoria und Sicherungsübereignung», *Archiv für die Civilistische Praxis*, 168 (1968), pp. 351 ss., 357 s.), HROMADKA, (*Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18 und 19. Jahrhundert*, Köln, 1971, pp. 167 ss.) y Wieling (*Sachenrecht*, I, Berlín-Heidelberg, 2006, p. 826).

<sup>8</sup> Sobre ese silencio legislativo, LUIG, «Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung», en Falk y Mohnhaupt, *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt a.M., 2000, pp. 392.

<sup>9</sup> El texto de la norma, renumerado en la reforma de 2001, declara que «si se ha transmitido un derecho con la finalidad de garantizar una pretensión, no podrá exigirse su retransmisión por el hecho de que haya prescrito la pretensión garantizada».

<sup>10</sup> Una recopilación de tales críticas puede verse en LUIG, «Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung», *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt a.M., 2000, pp. 392.

<sup>11</sup> Así SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I, Heidelberg, 1963, p. 2. Esta obra sobre la reserva de dominio y la transmisión de propiedad en garantía, en seis extensos volúmenes, publicada entre los años 1963 y 1986, es la obra de referencia de la doctrina alemana sobre estas dos figuras, muy emparentadas en sus funciones y sus soluciones —las mismas, precisamente, de las que trata el Proyecto de investigación en el que se enmarca el presente trabajo—.

inmobiliaria y la prenda mobiliaria, para luego encontrarse que la deuda inmobiliaria (*Grundschuld*) y la transmisión de propiedad en garantía –la primera contemplada en el BGB como figura secundaria respecto a la hipoteca, la segunda, ya lo hemos visto, apenas mencionada–, se han convertido en las garantías inmobiliarias y mobiliarias más extendidas en la práctica.

Lo primero que se debe decir al describir la transmisión de propiedad en garantía del Derecho alemán –y es una circunstancia que ya la aleja mucho de la experiencia jurisprudencial de los negocios fiduciarios españoles–, es que se trata de un institución que, aunque en principio también posible para los bienes inmuebles, sólo se da en la práctica sobre los muebles<sup>12</sup>. A través de ella, como su nombre indica, se transmite a un acreedor la propiedad de un bien a fin de garantizar la satisfacción del crédito que esté puede tener tanto contra el transmitente como contra un tercero. El adquirente de la propiedad se coloca en una posición de cierta «sobrepotección», pues es obvio que la transmisión del dominio excede de las necesidades propias de la garantía de un crédito. En ese sentido, su titularidad se haya limitada por un deber, de carácter meramente obligacional, de usar de ella sólo en el marco de la finalidad de garantía que sirve de base a la transmisión. El adquirente está obligado a no usar de la cosa de modo diferente a lo pactado, a no enajenarla fuera del posible procedimiento de ejecución en caso de impago y a restituirla una vez satisfecho su crédito. Pero esos deberes no tienen reflejo en la propiedad adquirida que, más allá de lo que luego se dirá para los casos de insolvencia o concurso, es una titularidad real plena frente a terceros, por más que limitada en el plano interno<sup>13</sup>.

Aunque es perfectamente posible constituir una transmisión de propiedad en garantía con traspaso de la posesión al acreedor, en virtud del § 929 BGB, lo normal es que la transmisión se produzca por medio de constituto posesorio, al amparo del § 930 BGB, es decir, conservando el enajenante la tenencia material de la cosa, y traspasando al adquirente la posesión mediata<sup>14</sup>. Dado que la existencia de la fiducia en garantía se justifica en la necesidad de buscar cauces a las garantías mobiliarias sin desplazamiento de la posesión, esta forma de constitución es particularmente adecuada para la financiación de personas privadas y pequeños empresarios que siguen requiriendo los

<sup>12</sup> Así, muy extensamente, SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, II, Heidelberg, 1965, pp. 18 ss., razonando que tanto desde el punto de vista de civil, donde la hipoteca y la deuda inmobiliaria conceden al acreedor poderes suficientes de garantía sin colocar al deudor en una situación de desprotección, como de los costes notariales, registrales y fiscales, la transmisión de propiedad en garantía resulta un negocio carente de utilidad en el ámbito inmobiliario, y por eso casi residual. Más brevemente, pero admitiendo también que la transmisión de propiedad en garantía pueda en teoría también darse sobre bienes inmuebles, JAUERNIG/BERGER, *BGB Kommentar*, § 930, Munich, 2015, marg. 29.

<sup>13</sup> JAUERNIG/BERGER, *BGB Kommentar*, § 930, marg. 21; VIEWEG/WERNER, *Sachenrecht*, Munich, 2015, § 12, marg. 4; PRÜTTING, Hans, *Sachenrecht*, Munch, 2017, marg. 410.

<sup>14</sup> VIEWEG/WERNER, *Sachenrecht*, § 12, 1.; WILHELM, *Sachenrecht*, Berlín, 2016, marg 2402; PRÜTTING, *Sachenrecht*, marg. 410.

bienes objeto de la garantía para su vida diaria o su actividad productiva<sup>15</sup>. No hay que olvidar, ya lo he dicho antes, que el § 1205 impide en cambio la constitución de prenda mediante constituto posesorio.

La transmisión de propiedad en garantía, y esto puede ser sorprendente para el lector español, no requiere por tanto de ningún elemento de publicidad externa, ni posesoria, ni registral. Además, es importante tener en cuenta que Alemania no conoce ninguna institución parecida a nuestra hipoteca mobiliaria o a la prenda sin desplazamiento, precisamente porque la transmisión de propiedad en garantía cumple su función. La doctrina alemana es bien consciente de que de esa admisión de una forma de garantía mobiliaria sin publicidad pueden derivarse variados problemas, pero ve mejor afrontar ese riesgo que restringir una forma de garantía que ha permitido un amplio desarrollo del crédito<sup>16</sup>.

Lo mismo que en el resto de casos en que la entrega de la posesión –exigida en general en el sistema alemán para la transmisión de la propiedad sobre bienes muebles– se sustituye por un traspaso de la posesión mediata, la jurisprudencia alemana exige que ese acuerdo de constituto sea «efectivo y concreto», es decir, basado en una relación jurídica que justifique la conservación de la posesión inmediata por el enajenante. Con todo, la jurisprudencia y la doctrina han ido flexibilizando este requisito en relación con la transmisión de propiedad en garantía, y hoy no exigen que se pacte en concreto un comodato, depósito o arrendamiento que justifique la tenencia material del enajenante, sino que se admite que la misma relación fiduciaria, si efectivamente se ha pactado que el transmitente permanezca en posesión de la cosa, bastará para cumplir ese requisito<sup>17</sup>. Lógicamente, y aunque ya antes se ha apuntado, la transmisión de propiedad en garantía puede realizarla no sólo el deudor, sino también un tercero que actúa entonces como «fiador real», y que, en su caso, mantendrá la posesión inmediata de la cosa.

La transmisión de la propiedad en garantía se hace con el fin de garantizar un crédito, y tiene como base un contrato de garantía (*Sicherungsvertrag*, *Sicherungsabrede*) que justifica la transmisión. Una vez producido el pago, el transmitente debe recobrar el dominio de la cosa transmitida en garantía. A este respecto surgen dos modalidades negociales, según se haya acordado que la transmisión en garantía se resuelva automáticamente al producirse el pago, o no exista tal acuerdo. En el primer caso, producido el pago de la obligación garantizada, se cumple la condición resolutoria pactada, y el transmitente readquiere automáticamente el bien. En el segundo caso, en

<sup>15</sup> WILHELM, *Sachenrecht*, Berlín, 2016, marg. 863.

<sup>16</sup> BREHM, Wolfgang/BERGER, Christian, *Sachenrecht*, Tubinga, 2014, § 30, marg. 9 y 10. Wieling llega a decir que la existencia de la transmisión de propiedad en garantía demuestra que fue un error del siglo XIX desterrar la hipoteca mobiliaria del Derecho romano, pues las necesidades del mercado exigen la existencia de garantías mobiliarias sin traspaso posesorio (*Sachenrecht*, I, p. 827).

<sup>17</sup> Así, BAUR, Jürgen/STÜRNER, Rolf, *Sachenrecht*, Munich, 2009, § 51, marg. 22; PRÜTTING, *Sachenrecht*, § 380.

cambio, la satisfacción del crédito no da lugar a una retransmisión automática, sino que priva sin más al acreedor garantizado del derecho a seguir poseyendo la cosa y permite por tanto al enajenante exigir su retransmisión, en su caso por vía de ejecución forzosa. La diferencia entre uno y otro sistema tiene trascendencia más allá de la automaticidad de la transmisión, pues en caso de que se haya pactado por medio de una condición la resolución automática de la transmisión, el enajenante estará protegido por su situación de adquirente condicional, y en virtud del § 161 II, frente a la posible enajenación de la cosa que el acreedor realice a favor de un tercero<sup>18</sup>. Lo cual ciertamente no impide, según establece el propio § 161 III, que el tercero al que el adquirente transmitió la cosa resulte a su vez protegido por las normas reguladoras de las adquisiciones mobiliarias de buena fe (§§ 932 y siguientes BGB). Pero hay que tener en cuenta que en la transmisión de propiedad en garantía el adquirente no suele recibir la posesión de la cosa, y por tanto no se dará habitualmente la base posesoria que permitiría la adquisición de la propiedad *a non domino* por el tercero. Aunque en la práctica comercial no es habitual que se incluya la condición resolutoria expresa para el momento de producirse el pago, parte de la doctrina es partidaria de suponerla tácitamente pactada, pues favorece al concedente de la garantía sin perjudicar la posición del acreedor<sup>19</sup>.

Ya se ha mencionado que el acuerdo de garantía determina los derechos de las partes sobre el objeto transmitido. Así, dado que la propiedad se transmite sólo con una finalidad de garantía, lo normal es que allí se establezca que todos los aprovechamientos de la cosa seguirán correspondiendo al transmitente, y que el acreedor-adquirente de la garantía se obliga a no interferir en la normal gestión que sobre ella pueda llevar a cabo el garante<sup>20</sup>. El transmitente y el acreedor garantizado y nuevo propietario se comprometen además a no realizar ningún negocio dispositivo sobre el bien que pueda perjudicar la posición del otro. En cuanto al acreedor, hay que tener en cuenta que éste es pleno propietario de la cosa en las relaciones frente a terceros, y está investido por tanto del poder de disposición suficiente para enajenarla,

<sup>18</sup> BREHM/BERGER, *Sachenrecht*, Tubinga, 2014, § 33, marg. 4. El § 161 puede traducirse del siguiente modo: «I. Si alguien celebra un negocio sobre un bien sometiendo dicho acuerdo a condición suspensiva, cualquier acto de disposición posterior que él disponente celebre sobre ese bien durante el tiempo de pendencia de la mencionada condición se considerará ineficaz, en caso de cumplirse la condición, en la medida que frustre o perjudique el efecto del negocio condicional. A ese acto de disposición posterior se equipara cualquier otro acto dispositivo que se lleve a cabo durante el tiempo de pendencia por vía de ejecución forzosa o en el marco del procedimiento concursal. II. Lo mismo se aplica en casos de condición resolutoria en caso de que el acto dispositivo sea celebrado por aquél cuyo derecho se resuelve en caso de cumplirse la condición. III. Resultan aplicables a estos casos las disposiciones favorables a aquellos que adquieran un derecho de quien no es titular».

<sup>19</sup> Así, SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, III, pp. 391 ss.; BREHM/BERGER, *Sachenrecht*, Tubinga, 2014, § 33, marg. 5; VIEWEG/WERNER, *Sachenrecht*, § 12 marg. 11.

<sup>20</sup> MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936 (Sicherungseigentum-Sicherungsübereignung), tomo 7, Munich, 2017, marg. 42.



frustrando así el derecho del garante a la retransmisión<sup>21</sup>. Solo en el caso recién tratado de que la fiducia de garantía se haya celebrado incluyendo una condición resolutoria para el caso de impago es posible, en virtud del mencionado § 161 BGB, evitar ese efecto. En cuanto al garante-transmitente, no se debe olvidar que, aunque deja de ser propietario, continúa por regla general en posesión de la cosa, y que por tanto el tercero de buena fe que contrata con él y toma posesión del bien objeto de la garantía estará amparado en su adquisición por las normas protectoras de las adquisiciones de buena fe (§§ 932 y siguientes del BGB); en consecuencia, también una transmisión que él realice, aunque en principio ineficaz por carecer de la condición de titular, puede frustrar el derecho del acreedor garantizado<sup>22</sup>. En cambio, el hecho de que la transmisión de propiedad en garantía se celebre de modo normal mediante constituto posesorio hace que un segundo acreedor, garantizado con una nueva transmisión de propiedad en garantía, contradictoria con la primera, no adquiera el dominio pese a ser de buena fe, pues adquiere de no propietario y las normas de protección del adquirente *a non domino* sólo le protegerán una vez que haya tomado posesión efectiva de la cosa (§ 933 BGB); con todo, aun en este caso, dado que la adquisición *a non domino* si produce efecto al tomar el adquirente de buena fe posesión de la cosa, el segundo acreedor garantizado con la propiedad quedará protegido si llega a tomar posesión del bien, ya sea porque no se celebró el contrato mediante constituto posesorio, bien porque su crédito venció y tomó posesión de la cosa para ejecutarla<sup>23</sup>.

En relación con este problema de la concurrencia de derechos sobre el bien, debe tenerse en cuenta que también es posible que la transmisión de propiedad en garantía se pacte sobre un bien que a su vez se haya sometido a una reserva de dominio, y que en este caso el garante no enajenará propiamente el bien, sino la expectativa jurídica que tiene a adquirir el bien una vez pague el precio al comprador. La propiedad, en tal caso, se transmitirá directamente al acreedor garantizado<sup>24</sup>. Y conviene también considerar que no siempre la enajenación del bien por parte del transmitente resulta contraria a derecho, pues cabe también pactar que el garante pueda disponer del bien, sustituyéndose en tal caso el objeto de la transmisión de propiedad en garantía, que pasa a ser el precio obtenido por el garante. Se habla entonces de una transmisión de propiedad en garantía prolongada (*verlängerte Sicherungsübereignung*), pues no se refiere sólo al objeto transmitido, sino también a los objetos que se subrogan en lugar

<sup>21</sup> BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 57 marg. 2; BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*, Heidelberg, 2012, marg. 1182; VIEWEG/WERNER, *Sachenrecht*, § 12 marg. 4; MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 44. Con todo, aún en este caso, la doctrina alemana entiende que la posesión que sigue manteniendo el garante-enajenante (salvo en los casos, claro está, en que ha traspasado la posesión material de la cosa) le faculta a retener el bien frente al nuevo adquirente: sólo una vez que se haya producido el vencimiento e impago del crédito podrá el nuevo propietario reclamarle la entrega de la cosa (vid. MÜLLER/GRUBER, *Sachenrecht*, Munich, 2016, marg. 1705 ss.).

<sup>22</sup> STAUDINGER/WIEGAND (2017), Anh zu §§ 929 ff, marg. 269.

<sup>23</sup> MÜLLER/GRUBER, *Sachenrecht*, Munich, 2016, marg. 1693; MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 18.

<sup>24</sup> BREHM/BERGER, *Sachenrecht*, § 33, marg. 9; MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 19.

de éste<sup>25</sup>. Este acuerdo es muy común en caso de que la transmisión de propiedad en garantía se haya referido a todos los bienes situados en un almacén o en un determinado lugar. E igualmente cabe pactar que la transmisión de propiedad en garantía no sólo se refiera a un crédito ya actual, sino a los posibles créditos futuros que surjan a favor del acreedor garantizado (transmisión de propiedad en garantía ampliada, *erweiterte Sicherungsübereignung*)<sup>26</sup>.

### 2.3. Formas de ejecución de la transmisión de propiedad en garantía

El hecho de que la fiducia de garantía carezca de regulación en el BGB hace que la forma de ejecución del bien en caso de impago venga determinada por lo que hayan acordado las partes en el contrato de garantía que regula su relación<sup>27</sup>. En este contrato habrá de pactarse no sólo la modalidad de ejecución, sino también en qué casos y con qué requisitos se entiende que el acreedor garantizado puede realizar el bien. Así, podrá establecerse que el acreedor pueda ejecutar la garantía desde el momento en que vence la deuda, o que sea necesario una intimación al deudor, la ejecución previa de otras formas de garantía o el transcurso de un último «periodo de gracia» en que el deudor puede satisfacer el crédito<sup>28</sup>.

Si esos posibles requisitos para la ejecución se han cumplido, lo normal es que el acreedor garantizado haya de tomar posesión de la cosa para proceder a su realización: si el deudor-garante se negase a entregarla al acreedor, éste no podrá tomar posesión directa de ella, sino que habrá de demandar judicialmente su entrega<sup>29</sup>.

La modalidad más habitual de ejecución es la venta directa y libre por el adquirente. La doctrina alemana considera, no sin razón, que esta forma de realización resulta la más conforme con los intereses de las partes, pues favorece la disposición del bien por el acreedor liberándole de trámites y solemnidades, mientras que también resulta la más adecuada para el deudor, no sólo porque evita los gastos de un procedimiento ejecutivo que al final habrá de soportar él, sino porque logra habitualmente un precio más elevado que el que se lograría en una subasta pública o semipública<sup>30</sup>. Lógicamente, no existe sin embargo impedimento alguno a que las partes pacten la realización mediante estas últimas formas o por cualquiera de los medios ejecutivos previstos en la Ley de enjuiciamiento civil (ZPO)<sup>31</sup>. Igualmente puede pactarse, aunque no es frecuente, que el acreedor adquiera el bien objeto de la garantía por el precio que determinen unos terceros independientes a las partes o que se haya previamente

<sup>25</sup> BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 57 marg. 14; VIEWEG/WERNER, *Sachenrecht*, marg. 22; MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 22.

<sup>26</sup> WIELING, *Sachenrecht*, I, p. 841; JAUERNIG/BERGER, *BGB Kommentar*, § 930, marg. 26.

<sup>27</sup> BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 57, marg. 41; VIEWEG/WERNER, *Sachenrecht*, § 12, marg. 32.

<sup>28</sup> BREHM/BERGER, *Sachenrecht*, § 33, marg. 14; MÜLLER/GRUBER, *Sachenrecht*, marg. 1698.

<sup>29</sup> BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 57, marg. 43; STAUDINGER/WIEGAND (2017), Anh. zu §§ 929 ff., marg. 230.

<sup>30</sup> VIEWEG/WERNER, *Sachenrecht*, marg. 32; MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 49.

<sup>31</sup> Staudinger/WIEGAND (2017), Anh. zu §§ 929 ss. marg. 233.

pactado<sup>32</sup>. En todos estos casos, si la cantidad obtenida con la realización del bien no alcanza el importe del crédito, el acreedor podrá exigir el resto en virtud del crédito garantizado, lo mismo que habrá de devolver el sobrante de la ejecución a quien le transmitió el bien en garantía<sup>33</sup>.

En cambio, resulta muy discutida la admisibilidad del pacto comisorio, es decir, del acuerdo según el cual, llegado el vencimiento de la deuda, el acreedor puede adquirir irrevocablemente la garantía dándose por satisfecho de su crédito. La jurisprudencia del Tribunal imperial aceptó en su día esta forma de ejecución, y aunque el Tribunal Supremo federal no se ha pronunciado al respecto, esta parece ser también la posición de la jurisprudencia menor<sup>34</sup>. Hasta fechas bien recientes, ésta parecía ser también la posición mayoritaria en la doctrina<sup>35</sup>. Se entendía, siguiendo a Serick, que el pacto resultaba excluido en la hipoteca y en la prenda (§§ 1149 y 1229 BGB) porque el legislador quería evitar a toda costa que las partes pudiesen sustraerse a las formas de ejecución previstas para estas formas de garantía, convirtiendo mediante dicho acuerdo al acreedor en propietario de la cosa. Pero la prohibición, se decía, no debería regir para la fiducia de garantía, no sólo porque aquí resultaba que el acreedor ya era propietario, sino también porque respecto a ella el legislador no había previsto ninguna forma de ejecución determinada, con lo cual el pacto comisorio no serviría de escapatoria a la regulación legal<sup>36</sup>. Únicamente en caso de que existiese una grave desproporción entre el valor del bien y el importe del crédito garantizado sería posible, amparándose en el § 138 II BGB, impugnar el acuerdo por usurario<sup>37</sup>.

Sin embargo, la doctrina actual parece inclinarse mayoritariamente por rechazar la posibilidad de que las partes incluyan un pacto comisorio en el acuerdo de garantía<sup>38</sup>. Se entiende que la prohibición del pacto en la prenda y la hipoteca no tiene como finalidad garantizar que la ejecución de esas garantías se lleva a cabo por las formas legalmente previstas para ellas: si ello fuera así, el pacto de apropiación por el acreedor

<sup>32</sup> Soergel/HENSSLER, § 930 anh, marg. 77; Staudinger/WIEGAND (2017), Anh zu §§ 929 ff., marg. 233; MüKoBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 49.

<sup>33</sup> SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, III, p. 477; Staudinger/WIEGAND (2017), Anh zu §§ 929 ss., marg. 233; MüKoBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 52.

<sup>34</sup> Vid. SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, III, p. 480 ss., 486 s. Vid. también Palandt, § 930, marg. 33. Se suele citar como favorable a la admisión de un pacto comisorio en la fiducia de garantía la sentencia del Tribunal Supremo federal de 24 de octubre de 1979, recogida en *Neue Juristische Wochenschrift* 1980, pp. 226 s; pero la realidad es que la sentencia, centrada en un problema concursal, aunque hace declaraciones favorables a la libertad de pacto en la forma de ejecución, no recoge una declaración explícita favorable al pacto comisorio.

<sup>35</sup> Así, todavía hoy, MüKoBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 51; BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*, marg. 1228.

<sup>36</sup> SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, III, p. 488.

<sup>37</sup> SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, III, p. 488; BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*, marg. 1228.

<sup>38</sup> BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 57 marg. 16; Soergel/HENSSLER, Anh § 930, marg 78; WIELING, *Sachenrecht*, I, p. 839; JAUERNIG/BERGER, § 930, marg 37; PRÜTING, *Sachenrecht*, marg. 412, y nota 9; STAUDINGER/WIEGAND (2017), Anh zu §§ 929 ff., marg. 234.

no debiera tampoco aceptarse tras el vencimiento de la garantía –y esa posibilidad, verdadera forma de dación en pago, está expresamente admitida en los propios §§ 1149 y 1229–. Su finalidad, más bien, es evitar que una parte pueda imponer a otra, en el momento de concesión del crédito, una forma de ejecución que le resulta particularmente gravosa. En ese sentido, se dice, el pacto comisorio ha sido desterrado por el legislador por el riesgo que entraña para el deudor, que aceptará muchas veces pactarlo en la confianza de que no se producirá impago. Y se entiende, en consecuencia, que ese riesgo y la consiguiente prohibición, aunque legalmente expresados para la prenda y la hipoteca, existe y se aplica por los mismos motivos a la fiducia de garantía<sup>39</sup>.

#### 2.4. *La posición de las partes en casos de concurso o ejecución forzosa del bien transmitido*

La fiducia en garantía, ya se ha dicho, es un negocio que transmite al acreedor el dominio sobre un bien, limitando las facultades que éste adquiere con un acuerdo obligacional que le impone actuar conforme a la finalidad del contrato. Sobre esa base, la doctrina alemana ha ido desarrollando la idea de que la naturaleza fiduciaria de su titularidad debe tener también su reflejo en los casos de insolvencia de una de las partes, o ejecución del bien a manos de sus acreedores<sup>40</sup>. Al fin y al cabo, se dice, estos acreedores ocupan la misma posición que tenía su deudor, y no deben por tanto aprovechar su titularidad más allá de lo que pudo hacerlo éste. La propiedad fiduciaria del acreedor resulta a estos efectos rebajada respecto a la plena propiedad, mientras que la posición de acreedor del garante se refuerza para producir ciertos efectos reales. Y todo ello como resultado de una larga evolución jurisprudencial que comenzó a precisar estas cuestiones antes mismo de la publicación del BGB, y que ha alcanzado reflejo legislativo con la entrada en vigor en 1999 de la nueva Ordenanza concursal<sup>41</sup>.

En caso de embargo del bien en manos del garante y por deudas de éste, la opinión general hoy es que el acreedor garantizado puede invocar su titularidad real para ejercitar una tercería de dominio (*Drittwiderspruchklage*), regulada en el § 771 de su Ordenanza procesal civil<sup>42</sup>. Una teoría ya superada, era partidaria de conceder al acreedor garantizado sólo una tercería de mejor derecho, equiparando su posición a la del acreedor pignoraticio, pero hoy se entiende que ese remedio limitaría en exceso su posición, pues le obligaría a soportar que la ejecución de la garantía se llevase a cabo por un medio que normalmente no coincide con el previsto en el contrato de

<sup>39</sup> Sobre este punto, amplia y convincentemente, GAUL, «Lex commissoria und Sicherungsübereignung», *AcP* 168 (1968), pp. 351 ss., 374 ss.

<sup>40</sup> Sobre esa compatibilidad de la transmisión del dominio y las limitaciones en caso de concurso e insolvencia, BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 57 marg. 38; PRÜTTING, *Sachenrecht*, marg. 421.

<sup>41</sup> Sobre los orígenes y desarrollo de esa jurisprudencia, Staudinger/WIEGAND (2017), *Anh zu §§ 929 ff*, marg. 234; Wieling, *Sachenrecht I*, p. 822.

<sup>42</sup> PRÜTTING, *Sachenrecht*, marg. 421; JAUERNIG/BERGER, § 930, marg. 49; Staudinger/WIEGAND (2017), *Anh zu §§ 929 ff*, marg. 253; MüKoBGB/OECHSLER, *Anhang §§ 929-936*, marg. 54, con jurisprudencia allí citada.

garantía<sup>43</sup>. En cambio, en caso de concurso del mismo garante, el § 51.1 de la Ordenanza concursal, regulando expresamente la cuestión, no concede al acreedor garantizado con la propiedad sino una tercería de mejor derecho para cobrarse con prioridad al resto de acreedores. Aunque la doctrina es consciente de que podría parecer más coherente con la posición del acreedor que la ley le hubiese concedido un derecho de separación –reflejo de la tercería de dominio que tiene ante una ejecución singular–, justifica la decisión legal en que es más beneficiosa para el resto de acreedores, que pueden así obtener el sobrante de la ejecución dentro del procedimiento concursal, permitiendo a la vez que el propio acreedor pueda participar como acreedor ordinario por el excedente de su crédito en el procedimiento concursal<sup>44</sup>.

El embargo del bien objeto de la garantía en un procedimiento singular llevado a cabo contra el acreedor será menos común, precisamente porque el bien no se encuentra habitualmente en su posesión sino en la del garante, que tendría por tanto un derecho de oponerse al embargo<sup>45</sup>. Con todo, si el embargo se produjese, típicamente porque la cosa se encontrase en posesión del acreedor, se entiende que le corresponde al garante-transmitente la misma tercería de dominio del § 771 que se concedía en el supuesto inverso al acreedor<sup>46</sup>. La doctrina se apoya, para alcanzar éste resultado, en la expectativa readquisitiva de que goza el transmitente de la garantía, y en la naturaleza meramente fiduciaria de la titularidad del acreedor<sup>47</sup>. Por las mismas razones, concede la doctrina un derecho de separación al garante en caso de concurso del acreedor garantizado, exigiéndole, eso sí, que para su ejercicio satisfaga la deuda garantizada pendiente<sup>48</sup>. En caso de que el garante no ejercite ese derecho de separación, el administrador concursal podrá ejecutar la garantía, saldar la deuda, y restituir el sobrante al garante-transmitente de la garantía<sup>49</sup>.

Un punto conviene aclarar en relación con todo esto. La doctrina alemana es bien consciente de que la atribución de esa cierta titularidad real al garante en casos de concurso del acreedor o ejecución del bien en su patrimonio por deudas suyas supone

<sup>43</sup> En contra por tanto de esa teoría, con esta misma motivación, MÜLLER/GRÜBER, *Sachenrecht*, marg. 1735; MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 54, éste último con cita en nota 263 de la jurisprudencia que aún sostiene esa opinión.

<sup>44</sup> Así, justificando la norma, MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 55.

<sup>45</sup> MÜLLER/GRUBER, *Sachenrecht*, marg. 1737; BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 57, marg 40; MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 53. El § 808 de la Ordenanza procesal civil sólo prevé, en efecto, que el embargo se lleve a cabo sobre bienes que están en posesión del deudor.

<sup>46</sup> PRÜTTING, *Sachenrecht*, marg. 421; Jauernig/BERGER, § 930, marg. 51.

<sup>47</sup> MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 53; Staudinger/WIEGAND (2017), Anh zu §§ 929 ff marg. 250.

<sup>48</sup> JAUERNIG/BERGER, § 930, marg. 52; MÜLLER/GRUBER, *Sachenrecht*, 1741; MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 57. El derecho de separación en el concurso encuentra su regulación general en el § 47 de la Ordenanza concursal.

<sup>49</sup> STAUDINGER/WIEGAND (2017), Anh zu §§ 929 ff, marg. 252; la cantidad sobrante que deba devolverse al garante será considerada una deuda contra la masa previstas en el § 55 de la Ordenanza concursal.

la creación de una especie de derecho real innominado, fuera de los tipos legalmente previstos –que no conocen una especie de disociación de la propiedad en caso de concurso o ejecución–. Pero entienden que esa creación no choca con el principio del *numerus clausus* de derechos reales, pues no serán las partes las que creen esa peculiar titularidad fiduciaria, sino que esta será resultado de una práctica jurisprudencial. Se respetaría por tanto el principio de que los tipos de derechos reales son indisponibles para las partes, por más que se abriría la mano a la creación de figuras reales por cauces normativos diversos a la ley<sup>50</sup>.

### 3. APARENTES PROBLEMAS PARA LA ACEPTACIÓN EN ESPAÑA DE UNA TRANSMISIÓN EN GARANTÍA

He mencionado al comienzo de estas páginas que una de las cosas que sorprenden al lector español que estudia el sistema alemán de transmisión en garantía es que varios de los problemas que preocupan a la doctrina española en relación con este negocio apenas son más que mencionados y resueltos con facilidad en la doctrina alemana. Y que algunas de las dificultades que obstaculizan en España su recepción, y que suelen atribuirse a las peculiaridades del sistema alemán, existirían también en ese país si realmente fuesen tales. En ese sentido, me parece adecuado calificar a estas objeciones de aparentes, y analizar si realmente son resultado de las peculiaridades del sistema jurídico alemán o más bien reflejo de algunas aprensiones no del todo justificadas.

#### 3.1. La falta de causa de la transmisión de propiedad en garantía

No resulta exagerado afirmar que se trata del obstáculo por antonomasia que suele interponerse a la admisión en España de los negocios en garantía con transmisión de propiedad. Desde de Castro, se dice y se repite con contundencia que la transmisión de propiedad en garantía no encuentra causa en el Derecho español, y que si ha podido surgir y desarrollarse en Alemania es precisamente porque la abstracción de su sistema transmisivo permite que el garante se desprenda del dominio a favor del transmitente sin causa que justifique tal efecto<sup>51</sup>.

Para analizar lo que de real hay en esta objeción se debe partir de algunas cuestiones y distinciones previas. En primer lugar, se debe precisar a qué se refiere la causa y a qué la abstracción, así sea en pocas palabras, y de qué se predica la segunda en el Derecho alemán. Teniendo en cuenta que del elemento causa, como bien se sabe, y tanto en España, como en Alemania o cualquier otro sistema jurídico, se habla en dos sentidos, ya que tanto puede referirse al contrato como a la transmisión.

<sup>50</sup> Vid. PRÜTTING, *Sachenrecht*, marg. 20.

<sup>51</sup> De CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, 1971, p. 380. Ampliamente sobre el asunto de la causa en los negocios de garantía con transmisión de propiedad, GALICIA AIZPURUA, *Causa y garantía fiduciaria*, Valencia, 2012, *passim* y en particular su punto de vista en pp. 207 ss.

En el primer sentido, causa del contrato –propiamente, de las obligaciones nacidas del contrato– son las contraprestaciones operadas por la otra parte, como bien expresa el artículo 1274 del Código civil español. Que un sistema contractual sea causal quiere decir, por tanto, que la obligación no surge si no existe deuda o prestación por la otra parte. En ese sentido, y aunque pueda resultar extraño al lector español, tan causal es el sistema español como el alemán. Quitando algunos negocios unilaterales en que la obligación surge pese a la inexistencia de la que la fundamenta, tales como la promesa y el reconocimiento abstracto de deuda (§§ 780, 781 BGB) u otros actos unilaterales más bien propios del derecho mercantil (pagaré, cheque, letra de cambio y títulos-valores en general), éstos últimos también abstractos en el sistema español, la realidad es que la doctrina alemana no duda en afirmar la causalidad de su sistema contractual<sup>52</sup>. En general, la falta de causa de un contrato, es decir, la inexistencia de la contraprestación prevista de la otra parte, da lugar a la nulidad de tal contrato y a la inexigibilidad de la prestación pactada. Los contratos abstractos, en ese sentido, constituyen una excepción prevista sólo para las mencionadas declaraciones unilaterales de obligación.

Causa de la transmisión, en cambio, es la relación obligatoria que la justifica. Y aquí sí se diferencia claramente el sistema español y el alemán, pues si el primero es causal (art. 609 del Código civil), el segundo es claramente abstracto (§§ 873, 925 y 929 del BGB). Abstracto en este sentido quiere decir que la transmisión del dominio se opera con independencia de la existencia y validez del negocio obligatorio del que trae causa, de forma que la nulidad de este negocio no impedirá la adquisición del dominio, siempre y cuando las partes estén de acuerdo en el efecto transmisivo y se produzca la entrega del bien (en caso de inmuebles) o la inscripción en el registro (en caso de inmuebles)<sup>53</sup>.

<sup>52</sup> Así, por ejemplo, MEDICUS/PETERSEN (*Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, 2016, marg. 212 ss.), quienes declaran que «coincide en general –aunque no siempre– la distinción entre negocios obligatorios y negocios dispositivos con la de negocios causales o abstractos. Con ella se trata de si un negocio jurídico contiene la causa en sí mismo o requiere a su vez de una causa extrínseca, que será la que lo justificará desde el punto de vista del derecho de enriquecimiento (§ 812). Causales son típicamente la mayoría de contratos. Por ejemplo, cuando en un contrato de compraventa la celebración del contrato da lugar a que el comprador haga surgir a favor del vendedor una pretensión sobre el precio (§ 433 II), ese acto dispositivo del vendedor encuentra su causa en el interés que él tiene, por su parte, en obtener una pretensión sobre el objeto vendido (§ 433 I)». Del mismo modo WOLF/NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts* (el manual en su día iniciado por Larenz), Munich, 2016, § 29 marg. 56 ss (pp. 347 ss.), declarando que «negocios causales son típicamente los obligatorios, que surgen por medio de contrato o por declaración unilateral. Aunque no tiene por qué ser necesariamente causal un negocio obligatorio. Es también posible que las partes se obliguen sin miras a un fin, independientemente del mismo, como sucede por ejemplo en el reconocimiento de deuda del § 780». También BROX/WALKER, *Allgemeiner Teil des BGB*, München, 2016, marg. 112 ss.

<sup>53</sup> Vid., aparte de los autores citados en la nota anterior, y en los mismos lugares, BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 5, marg. 40 ss.; PRÜTTING, *Sachenrecht*, marg. 28 ss.; MÜLLER/GRUBER, *Sachenrecht*, marg. 76 ss.

Ahora bien, dicha abstracción del sistema adquisitivo no significa que la transmisión del dominio producida sin causa deba ser considerada firme y definitiva. La abstracción provoca únicamente que la adquisición sea efectiva a pesar de la falta de causa, pero que dé lugar a una pretensión readquisitiva a favor del transmitente, ejercitable por medio de las acciones de enriquecimiento injusto (§§ 812 y siguientes BGB)<sup>54</sup>. Estas acciones de enriquecimiento injusto, nacidas de las antiguas *condictiones* romanas, se convierten así en el instrumento por medio del cual aquel que enajenó un bien sin causa –típicamente, por nulidad del contrato obligatorio que fundamentaba la adquisición–, podrá recuperar el bien indebidamente transmitido. Si en un sistema causal la nulidad del negocio obligatorio provoca la ineficacia de la entera transmisión, en uno abstracto no impide la adquisición, pero da lugar a una pretensión readquisitiva. Pretensión, eso sí, y es importante tenerlo en cuenta para entender el funcionamiento del sistema, de naturaleza meramente obligacional y carente por tanto de efectos frente a terceros adquirentes, ya que ellos adquirieron de quien en el periodo entre la transmisión abstracta y la readquisición por el enajenante habrá sido verdadero propietario de la cosa<sup>55</sup>.

Partiendo de esto, es posible trasladar los resultados de esta construcción a la transmisión de propiedad en garantía en Alemania. En ella, el contrato o acuerdo de garantía (*Sicherungsabrede, Sicherungsvertrag*), actúa como causa o fundamento de la transmisión del dominio<sup>56</sup>. Ese negocio es un negocio causal en sí mismo, pues la garantía se presta a cambio de la obligación que asume el adquirente de retransmitirla al satisfacerse la deuda<sup>57</sup>. Y sobre la base de ese contrato de garantía se produce la

<sup>54</sup> MEDICUS/PETERSEN, *Allgemeiner Teil des BGB*, marg. 227 s.; WOLF/NEUNER, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, § 29 marg. 65 ss.; y con particular claridad KÖHLER, Helmut, *BGB-Allgemeiner Teil*, Munich, 2016, § 5, marg. 15.

<sup>55</sup> Sobre las causas que llevaron a la doctrina alemana a asumir tal sistema transmisivo, introducido por Savigny como considerarlo fiel trasunto del sistema romano de transmisión del dominio, vid. mi trabajo, «Cobro de lo indebido, tradición y usucapión», *ADC*, 2004, pp. 1003 ss., 1039 ss.; sobre la construcción de Savigny, FELGENTRAEGER, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre*, Leipzig, 1927, pp. 27 ss.

<sup>56</sup> Así, por ejemplo, BAUR/STÜRNER, *Sachenrecht*, § 57 marg. 15; BREHM/BERGER, *Sachenrecht*, marg. 10 s.; BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*, marg. 49; STAUDINGER/WIEGAND (2017), Anh zu §§ 929 ff., marg. 66 y 90.

<sup>57</sup> Que el contrato de garantía no es abstracto lo declaran MÜKOBGB/HABERSACK, vor § 765, marg. 18 ss.; Staudinger/HORN (2013), Vorbem zu §§ 765-778, marg. 215 ss.; SOERGEL/GRÖSCHLER, vor § 765, marg. 64. Precisan que los negocios obligatorios abstractos son normalmente formales –y no lo es el de garantía–, WOLF/NEUNER, § 29, marg. 61. Con todo, y por apurar el argumento, y para que se entienda también bien el funcionamiento de los antes mencionados contratos obligatorios abstractos del derecho alemán: aunque se pretendiese que el negocio de garantía que da base a la fiducia de garantía alemana es abstracto, eso no cambiaría el resultado de que la falta de causa daría lugar a la ineficacia de la garantía. Pues los contratos obligatorios abstractos, como el reconocimiento de deuda o los mencionados títulos-valoros, no producen tampoco el efecto de que valgan sin causa. Más bien, la abstracción opera, como en los negocios dispositivos reales, únicamente a favor de terceros: un reconocimiento de deuda o un pagaré otorgado sin causa (por ejemplo, basado en una deuda inexistente), hará ciertamente surgir una obligación, pero dará lugar inmediatamente a una pretensión extintiva o readquisitiva por parte del disponente, basada en el § 812 II BGB. Como en los negocios transmisivos de la propiedad ya vistos, la



transmisión del dominio, que se explica precisamente por él. Ciertamente, si este contrato no existiese o fuera nulo, pero las partes hubiesen estado de acuerdo en la transmisión de la propiedad, ésta se produciría efectivamente, pues la transmisión es abstracta respecto al contrato de garantía. Pero entonces surgiría inmediatamente en el enajenante una pretensión readquisitiva, nacida de las acciones de enriquecimiento sin causa –en concreto, del pago de un indebido– dirigida a obtener del adquirente la retransmisión de la cosa<sup>58</sup>.

Dicho de otra manera y para mayor claridad. Es cierto que, en Alemania, si la transmisión de propiedad en garantía fuese un negocio carente de causa, transmitiría pese a ello la propiedad, por la abstracción de su sistema. Pero sería un efecto absolutamente transitorio, pues el enajenante contaría inmediatamente con una pretensión readquisitiva a la que nada podría oponer el acreedor-garantizado. La abstracción del sistema, por tanto, no serviría en realidad para nada al acreedor alemán si la fiducia de garantía careciese de causa, ya que le colocaría en una situación de absoluta debilidad, en la que, habiendo concedido un crédito, se encontraría con que la garantía sobre la que ha fiado su cobro puede ser en cualquier momento disuelta por la carencia de una causa que la sustente. Hay que tener siempre en cuenta que la abstracción de un sistema no significa que carezca de causa, o que ésta no fundamente sus desplazamientos patrimoniales, sino que su eficacia se traslada desde el campo de los presupuestos de la adquisición a los de la justificación de su permanencia.

Un último punto conviene precisar, a fin de distinguir dos cuestiones muy cercanas. Se debe tener en cuenta que la doctrina alemana afirma el carácter no accesorio de la transmisión de propiedad en garantía<sup>59</sup>. Pero eso no debe confundirse con la abstracción. La no accesoriedad significa que, al igual que otras formas de garantía extendidas en el sistema alemán, la titularidad del crédito garantizado es autónoma

---

única ventaja de esos negocios obligatorios unilaterales abstractos no es que puedan mantenerse desprendidos de su causa, sino que, hasta que se anulan por falta de causa, son válidos, y el tercero que adquiere el crédito lo adquiere del titular y queda protegido frente a la pretensión readquisitiva o extintiva del deudor sin causa. La misma función, por tanto, por la que los títulos valores son abstractos en nuestro sistema jurídico. Pero sin que ello produzca efectos *inter partes*, pues la doctrina alemana acepta incluso que un reconocimiento de deuda o un cheque o pagaré otorgado sin causa podrá ser excepcionado por esta razón si el acreedor-adquirente pretende ejercitarlo contra el deudor. La abstracción de estos negocios sólo actuará a favor de terceros adquirentes. Por tanto, por mucho que pretendiese decirse que el negocio de garantía es abstracto, tampoco eso conduciría a dotar de eficacia más que transitoria a la fiducia de garantía alemana: el garante podría demostrar la falta de causa, impugnar el negocio de garantía, e impugnar y exigir la restitución del bien transmitido –lo mismo que podría reclamar *inter partes* el objeto enajenado en cumplimiento de un reconocimiento de deuda o un pagaré basado en una deuda inexistente–. Sobre ello MEDICUS/PETERSEN, *Allgemeiner Teil des BGB*, marg. 215; KÖHLER, *BGB-Allgemeiner Teil*, § 5 marg. 16, y MÜKOBGB/HABERSACK, § 780, marg. 1 ss. También, exponiendo esos mismos resultados en caso de que la fiducia esté garantizando un pagaré o reconocimiento abstracto, SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I, pp. 63 s.

<sup>58</sup> Además de los autores citados en nota 54, SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I, pp. 61 ss.

<sup>59</sup> VIEWEG/WERNER, *Sachenrecht*, § 12, marg 12; MÜKOBGB/OECHSLER, Anhang §§ 929-936, marg. 10.

respecto a la titularidad de la garantía misma. En consecuencia, por ejemplo, es posible transmitir el crédito sin transmitir la propiedad que actúa como garantía. En ese sentido se dice que la no accesoriedad entraña autonomía de la garantía respecto al crédito. La abstracción en cambio, según lo ya visto, significa que la garantía surge aunque el contrato de garantía que lo explica sea nulo –por más que entonces sometida a una pretensión readquisitiva que la haría desaparecer por faltar su causa–. Y en ese sentido se dice también que abstracción en la transmisión de propiedad en garantía entraña autonomía inicial de la garantía respecto al contrato de garantía que lo fundamenta<sup>60</sup>.

### 3.2. *El carácter simulado de la transmisión de propiedad en garantía*

En estrecha relación con la falta de causa alega la doctrina española otro supuesto problema de la transmisión de propiedad en garantía. Se afirma insistentemente que las partes no han realmente querido la transmisión de la propiedad, y que éste es por tanto un negocio meramente simulado o aparente<sup>61</sup>.

Este reproche, en cambio, apenas aparece mencionado, para rechazarlo, en la doctrina alemana actual<sup>62</sup>. Desde comienzos del siglo XX, cuando vimos que se consolidó en la doctrina y la práctica judicial alemana la aceptación de los negocios fiduciarios, existe unanimidad en que el efecto transmisivo y adquisitivo es verdaderamente querido por las partes<sup>63</sup>. El negocio fiduciario ni se considera un contrato absolutamente simulado y aparente, ni un negocio relativamente simulado que esconda debajo un acuerdo de pignoración<sup>64</sup>. Las partes expresan ambas su voluntad de transmitir y de adquirir, y no hay por qué poner en duda la seriedad de dicha declaración.

No es fácil determinar cuál de estos dos puntos de vista resulta más justificado, y la tarea exige de alguna precisión previa. No hay que olvidar que mientras que en Alemania la fiducia de garantía se presenta como tal, en España lo normal es que se encubra bajo la forma de otro contrato, típicamente una compraventa, de forma que ella misma aparece como un negocio disimulado bajo otro simulado. Pero una vez

<sup>60</sup> Sobre la distinción entre no accesoriedad y abstracción, en el sentido que aquí se explica, y aplicado a la transmisión de propiedad en garantía, FLUME, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäfts*, Berlín, 1992, pp. 155 s.; BAUR/STURNER, *Sachenrecht*, § 57, marg. 10 y 15; BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*, marg. 1146 s.

<sup>61</sup> Vid., por ejemplo, Albaladejo, «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», *AC*, 1993, pp. 663 ss.

<sup>62</sup> Entre los autores actuales, hace una explícita referencia a este problema, rechazándolo, PRÜTTING, *Sachenrecht*, marg. 413.

<sup>63</sup> Vid. la jurisprudencia de los años previos a la publicación del BGB citada en nota 4, y el mencionado trabajo de LUIG, «Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung», pp. 389 s., y p. 402.

<sup>64</sup> Ver, entre los antiguos trabajos, rechazando tanto la simulación absoluta como relativa de la fiducia de garantía, y recogiendo en nota la opinión de otros muchos autores, SIEBERT, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, Marburg, 1933, pp. 147 y 183.

levantada esa apariencia, la pregunta sigue en pie. ¿Es la transmisión de propiedad en garantía un negocio realmente querido por los contratantes, como opina la doctrina alemana, o es un negocio también aparente, que a lo sumo encubriría a su vez otro negocio de garantía, como parece sostener la doctrina española? Si se leen los argumentos de uno y otro lado, se tiene la sensación de que la postura alemana es más cercana a la voluntad de las partes. Los contratantes expresan su voluntad de transmitir y de adquirir, y la seriedad de dicha declaración no se debe poner en duda desde fuera. El mero hecho, muchas veces alegado, de que el deudor-garante hubiese preferido obtener el crédito sin tener que transmitir su propiedad, no puede llevar a dudar de su voluntad transmisiva: el mismo argumento serviría entonces para poner en duda la existencia de cualquier otra forma de garantía real. No ha de olvidarse, además, que la simulación es siempre una anomalía contractual que requiere de un acuerdo simulatorio, y si es cierto que el garante preferiría no transmitir, no puede decirse lo mismo del acreedor. Por no hablar de lo extraño que sería, en el caso español, que las partes simulasen un contrato, típicamente una compraventa, encubriendo en él una transmisión de propiedad en garantía, para que acabase luego resultando que el negocio disimulado encubría a su vez otra forma de garantía. En consecuencia, y a falta de otras evidencias, parece más correcto partir de que la voluntad interna coincide con la expresada por las partes y que la transmisión enunciada es realmente querida<sup>65</sup>.

### *3.3. El posible carácter usurario de la transmisión de propiedad en garantía*

Otro elemento llamativo que surge de la comparación de la doctrina española y alemana sobre los negocios fiduciarios es la diferente atención que cada una concede al problema de la usura. Mientras que la doctrina alemana apenas menciona esta cuestión, son numerosos los autores españoles que temen que la admisión de la transmisión de propiedad en garantía se convierta en cauce para burlar la prohibición de los préstamos usurarios.

A mi juicio, las prevenciones de la doctrina española sobre este punto se dirigen contra un objetivo equivocado. Es cierto que la transmisión de propiedad en garantía puede servir para garantizar un préstamo usurario. Pero entonces el carácter usurario habrá de predicarse del préstamo, y no propiamente de la garantía, pues no ha de olvidarse que la usura no es otra cosa que el pacto de unos intereses desproporcionadamente elevados. En ese sentido, la fiducia de garantía no será en sí más peligrosa que cualquier otra forma de garantía real o personal, pues tanto ella como la prenda, la hipoteca o la fianza pueden asegurar el cumplimiento de un préstamo usurario. La

<sup>65</sup> Con frecuencia, el reproche de simulación que se hace al negocio fiduciario, más que dirigido contra su voluntad, afecta a su causa, y proviene de los autores que contemplan la causa como una función económico-social que justifica el efecto querido por las partes. En ese sentido, se dirá, la función de garantía no justifica una transmisión del dominio. Pero tal punto de vista no me parece justificado, pues impone, desde fuera y sin apoyo legislativo, un recorte a la autonomía privada a la hora de organizar, como crea más adecuado, y en el marco del ordenamiento, sus propios intereses.

nulidad afectará entonces directa e inmediatamente al crédito garantizado, y sólo de forma mediata al negocio de garantía.

Otra cosa bien diferente, y que es lo que realmente teme la doctrina española, es que la transmisión de un bien de valor muy superior al crédito, unido a un pacto que permita al acreedor apoderarse definitivamente de él en caso de impago, acabe legitimando un abuso por parte del acreedor. Pero esta actuación, aunque muy emparentada en sus orígenes con el problema de la usura, tiene su marco de estudio propio, pues constituye una forma de ejecución de las garantías reales tipificada como pacto comisorio. De él y de su interdicción en caso de transmisión fiduciaria se ocupa ampliamente la doctrina alemana, y de él trataré a continuación, al hilo del problema de la ejecución de la garantía.

#### 4. OBSTÁCULOS REALES A LA CONSOLIDACIÓN DE UNA TRANSMISIÓN DE PROPIEDAD EN GARANTÍA

Lo hasta aquí expuesto no debe llevar a pensar que la doctrina y la práctica alemana sea absolutamente pacífica en lo que se refiere a los negocios de garantía con transmisión de propiedad, o que viva en una cierta inconsciencia sobre sus riesgos. La peculiaridad en ese sentido de la doctrina alemana frente a la española es que su atención se dedica a cuestiones más particulares, más conformes con los problemas positivos, mientras que huye de planteamientos excesivamente generales. Y lo llamativo del tema es que esos mismos problemas pueden con frecuencia trasladarse a España, pero que la doctrina española, al menos en parte, ha descuidado su tratamiento o ha incurrido en planteamientos poco matizados –como cuando piensa que todo contrato de garantía con transmisión de propiedad encierra en sí un pacto comisorio–.

##### *4.1. La interdicción del pacto comisorio y de la venta privada en los contratos de garantía con transmisión de propiedad*

La cuestión de la ejecución de la garantía fiduciaria, ya lo hemos visto, ha sido una de las que más atención han recibido por parte de la doctrina alemana. Se entiende que la forma de realización del bien ha de quedar plasmada en el contrato de garantía que sirve de base a la transmisión, pero que las partes, dentro de un marco general de libertad de pacto, no pueden transgredir las reglas generales previstas por el Código. Se admite, por tanto, como formas de ejecución en caso de impago, la subasta pública, la ejecución por las vías previstas en su Ley de enjuiciamiento civil, la apropiación del bien por el acreedor por un precio fijado por terceros independientes e, incluso, la muy comúnmente pactada venta libre del bien. En cuanto al pacto comisorio, como también vimos, los autores han ido variando su percepción, y hoy tienden mayoritariamente a su rechazo<sup>66</sup>. Entienden, a mi juicio con razón, que la prohibición de que el acreedor pueda apropiarse de la garantía en caso de impago, aunque legalmente expresada para

<sup>66</sup> Vid. los autores citados en nota 38.

las formas de garantía típicas (la prenda y la hipoteca), constituye una regla general aplicable a todas las formas de garantía real, y por tanto también a la transmisión de propiedad fiduciaria. La interdicción de ese pacto actuará, por tanto, como límite último a la libertad de contratación entre las partes.

En cuanto a la doctrina española, la realidad es que con demasiada frecuencia tiende a considerar que cualquier forma de transmisión fiduciaria de garantía incurre en la prohibición del pacto comisorio. No se percibe a veces que el hecho de que la propiedad se haya transmitido en garantía no significa de por sí que el acreedor pueda apropiarse definitivamente de ella en caso de impago, pues puede pactarse igualmente otra forma satisfactiva. Por ello, a la hora de analizar la posible admisión en nuestro sistema de las garantías con transmisión de la propiedad, creo que se debe distinguir con cuidado, como hace la doctrina alemana, qué formas de ejecución están vetadas, y cuales en cambio son perfectamente compatibles con nuestro sistema.

Desde luego, no creo que haya ningún problema en celebrar un negocio de garantía con transmisión de propiedad en el que se pacte que, producido el vencimiento de la garantía, el acreedor habrá de ejecutarla por las formas previstas en la Ley de enjuiciamiento civil, restituyendo el sobrante de la realización al transmitente de la garantía. Tampoco veo problema, por equivalencia de razón con lo previsto por la ley hipotecaria para la ejecución extrajudicial de la hipoteca y en el artículo 1872 del Código civil para la prenda, en que las partes puedan acordar la venta del bien transmitido en subasta pública notarial y la satisfacción por este medio del acreedor. E igualmente considero que se debe admitir la apropiación del bien por el acreedor por un precio determinado por terceros independientes, según el modelo del llamado pacto marciano ya aceptado en nuestra tradición jurídica. En este pacto, aunque otorga al acreedor la posibilidad de adquirir el bien como forma de satisfacción, no se produce la desproporción entre valor de apropiación y valor de la garantía que se puede dar en el pacto comisorio y que da razón de su exclusión. De hecho, la Ley de garantías financieras (RD-Ley 5/2005) lo prevé expresamente en su artículo 11 para la ejecución de la transmisión en garantía que allí se admite, y no parece haber razón para excluirlo de otras posibles formas de garantía fiduciaria.

Otra cosa totalmente diferente habrá que decir de un negocio de transmisión en garantía que contenga un pacto comisorio. Ciertamente, no puede desconocerse que la prohibición de dicho pacto no es ya una regla de orden público español: no sólo lo admite la ley 466 del Fuero Nuevo de Navarra, precisamente para su fiducia de garantía, sino que también el Convenio de Ciudad del Cabo de 2001, relativo a las garantías internacionales sobre elementos de equipo móvil, ratificado por España, acoge en sus artículos 8 y 9 la posibilidad de que las partes acuerden la apropiación de

la garantía por el acreedor en caso de impago del crédito<sup>67</sup>. En ese sentido ha admitido el Tribunal Supremo, en su Sentencia de 24 de junio 2010, la eficacia en España de un acuerdo de garantía firmado en el extranjero que contenía dicho pacto<sup>68</sup>. Pero, pese a todo ello, la exclusión del pacto comisorio sigue vigente en el sistema del Código civil, que lo prohíbe para la prenda, la hipoteca y la anticresis en los artículos 1859 y 1884. Sin que pueda sostenerse que la prohibición sólo se aplica a esas formas de garantía, ya que, como ha declarado acertadamente el Tribunal Supremo, incluso en Sentencias muy recientes, las citadas normas expresan una regla general aplicable también a las garantías atípicas surgidas en el sistema del Código<sup>69</sup>. En consecuencia, fuera del caso navarro, regulado por la ley especial citada, o de garantías específicas que por aplicación de reglas internacionales o supranacionales como el Convenio mencionado puedan contenerlo, la regla general en nuestro sistema sigue siendo la prohibición de dicho pacto. Y debe, por tanto, declararse la ineficacia de cualquier cláusula inserta en un convenio de transmisión de propiedad en garantía que pueda dar lugar a la apropiación del bien por el acreedor en caso de impago.

Quedaría por enjuiciar el caso de que el convenio fiduciario admitiese como forma de ejecución la venta directa y privada del bien por el propio acreedor. Los autores y los tribunales alemanes, ya lo hemos visto, no oponen obstáculo alguno a que se pacte esa forma de realización, que de hecho es la más común en su práctica jurídica. A mi juicio, sin embargo, esta postura doctrinal resulta un tanto inconsistente, pues no puede pasarse por alto que, dejando de lado la ejecución de algunos bienes con valor fijado en bolsa y mercado, el procedimiento que prevé su Código para la ejecución de las garantías reales es siempre la subasta pública (para la hipoteca, remitiendo a las normas de ejecución de la Ordenanza de enjuiciamiento civil, § 1147 BGB; para la prenda, § 1235 BGB)<sup>70</sup>. En nuestro sistema, desde luego, el artículo 1859 no sólo prohíbe el pacto comisorio, sino también la venta privada de la garantía. En consecuencia, a falta de norma expresa que consienta otra cosa, considero que esta regla resulta también aplicable a la fiducia de garantía, y que debe negarse validez a un

<sup>67</sup> El convenio, celebrado a iniciativa de UNIDROIT y de la Organización de Aviación Civil Internacional (OACI/ICAO), se firmó en Ciudad del Cabo el 16 de noviembre de 2001 y su ratificación por España fue publicada en el *BOE* nº 238, de 4 de octubre de 2013.

<sup>68</sup> La Sentencia se ocupaba de negocio sometido a derecho inglés donde se pactaba, como modo de ejecución, la venta de las garantías depositadas. Por tanto, propiamente, no se trataba de un pacto comisorio –aunque TS lo aborda como tal–, sino de un pacto de ejecución privada por el acreedor.

<sup>69</sup> Así, vid. entre las más recientes las Sentencias de 26 de abril de 2001 (donde el Tribunal Supremo declara que la prohibición del pacto comisorio «no debe entenderse circunscrita a los contratos de garantía típicos, sino también a los negocios indirectos que persigan fines de garantía»), y 21 de febrero de 2017 (que, reiterando la doctrina de una Sentencia de 16 de mayo de 2000, declara que «debe señalarse que la prohibición del pacto comisorio, con los presupuestos de aplicación resaltados, opera igualmente en la configuración y validez de las garantías atípicas con un resultado equivalente»).

<sup>70</sup> Únicamente WIELING (*Sachenrecht*, I, p. 838), en contra de la doctrina absolutamente dominante, que el mismo cita, opina que la realización del bien objeto de una transmisión en garantía ha de llevarse a cabo por las normas previstas para la prenda, y que no cabe pactar antes del vencimiento de la garantía la venta privada del bien.

acuerdo que permitiese a un acreedor ejecutar privadamente el bien que le ha sido transmitido.

#### 4.2. *La protección del garante-transmitente frente a terceros adquirentes y acreedores*

Otro grave problema que presentan los negocios de garantía con transmisión de propiedad es el de la posición del fiduciante en relación con los terceros. Si la transmisión es efectiva y plena, el adquirente resultará propietario de la cosa, con todos los problemas que eso puede crear tanto en caso de enajenación a un tercero como de concurso propio o ejecución forzosa del bien en su poder. La doctrina española ha alertado, aquí sí, insistentemente sobre estos problemas, pero quizá con más ánimo de manifestar la gravedad del resultado que de buscar su solución.

Los autores y la jurisprudencia alemana, por su parte, sí han intentado salvar las dificultades, al menos en caso de concurso o ejecución. Ya vimos como en esta materia no se dieron por satisfechos con el resultado que imponía la atribución del dominio al acreedor, y consiguieron crear un amplio cuerpo doctrinal, que en parte encuentra reflejo en la propia ley, y que atribuye al garante una cierta posición real que le permite salvar el bien en caso de concurso o ejecución del bien. La titularidad real del acreedor y la expectativa readquisitiva obligacional del garante se transforman así en una peculiar titularidad formal y material, o jurídica y económica –por más que eso sea complejo de justificar dogmáticamente–, que permite alcanzar unos resultados más acordes con la finalidad de garantía que dio vida al negocio<sup>71</sup>. En caso de enajenación del bien por el acreedor a un tercero, también han logrado salvar el problema en caso de que la transmisión en garantía se condicione resolutoriamente al pago del crédito garantizado: ya vimos que entonces el § 161 permite que la resolución condicionada tenga efectos contra terceros<sup>72</sup>; en cambio, en el caso más frecuente de que la transmisión no se haya condicionado y sólo exista una pretensión readquisitiva obligacional del garante al producirse el pago, no han encontrado ningún apoyo para denegar el efecto transmisivo, ni siquiera cuando el tercer adquirente conocía la relación interna entre las partes<sup>73</sup>. La abstracción sí provoca aquí que la existencia de una pretensión readquisitiva obligacional no pueda en absoluto perjudicar la posición real del titular: téngase en cuenta que, en su sistema, y a diferencia de lo que establece entre nosotros el artículo 1473, en casos de doble venta la posición del adquirente ni

<sup>71</sup> Así, ampliamente, SERICK, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, II, pp. 75 ss.; también BAUR/STÜRNER, § 57 marg. 38; STAUDINGER/WIEGAND (2017), Anh zu §§ 929 ff marg. 9 ss., 60. Muy crítico con ese desdoblamiento de la titularidad real en casos de concurso y ejecución, por considerarla absolutamente injustificada desde el punto de vista teórico, WIELING, *Sachenrecht*, I, pp. 822 ss. No han faltado tampoco autores que defendieron que efecto ineludible de la transmisión fiduciaria era la pertenencia del bien al acreedor, negando por tanto la posibilidad de conceder ninguna eficacia real a la posición del fiduciante (vid. VON TUHR, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II/1, Munich, 1918, pp. 202 ss.).

<sup>72</sup> Vid. los autores citados en nota 18.

<sup>73</sup> Vid. los autores citados en nota 21.

siquiera se ve perjudicada por el hecho de conocer que infringía la pretensión obligacional de un tercero<sup>74</sup>.

La situación, en este último sentido, es mucho más fácilmente corregible en Derecho español. Hay que tener en cuenta que en nuestro sistema los terceros adquirentes que conocieron que con su adquisición perjudicaban el derecho adquisitivo obligacional de un tercero no resultan en general protegidos frente a la pretensión de dicho tercero. Así se deduce de los artículos 1473, 1295.2 y 1124 del Código civil, que dan preferencia al titular de un derecho adquisitivo obligacional frente al tercero que adquirió conociendo que al hacerlo defraudaba esa expectativa adquisitiva<sup>75</sup>. Y así lo ha generalizado la jurisprudencia, considerando que la mala fe de ese tercer adquirente le priva de protección frente al titular de la pretensión adquisitiva defrauda, aunque esta tenga naturaleza meramente obligacional<sup>76</sup>. Por lo tanto, si de lo que se trata es de proteger al transmitente de un bien en garantía frente al riesgo de que el propietario-acreedor enajene el bien a un tercero que conocía su derecho readquisitivo de naturaleza obligacional, me parece fácil alcanzar este resultado entendiendo que el conocimiento del tercero le priva de protección frente a la pretensión readquisitiva del

<sup>74</sup> Vid. al respecto, y sobre falta de eficacia en Derecho alemán de una pretensión obligacional, incluso cuando es conocida por el tercer adquirente, mi trabajo «Ius ad rem y condena de la mala fe: una explicación de los artículos 1473, 1295.2 y 1124.4», ADC, 2009, pp. 1687, 1688 ss., con la bibliografía allí citada. La posición contraria ha sido sostenida por MICHAELS, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag – Traditionsprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlín, 2002, pero la doctrina unánime ha rechazado esta construcción por contraria al BGB. Vid. las referencias en mi trabajo ya citado.

<sup>75</sup> Vid. al respecto mi trabajo citado en la anterior nota.

<sup>76</sup> Así, aparte de otras Sentencias más antiguas, pueden citarse las Sentencias 24 de octubre de 1990 y 13 de febrero de 1997, las dos en supuestos muy similares, que entiende que el titular de un derecho de opción no inscrito, al que las sentencias atribuyen naturaleza puramente obligacional, puede ejercitar ese derecho contra el tercero que adquirió e inscribió el bien conociendo que al hacerlo perjudicaba la expectativa del optante; también la sentencia del Tribunal supremo de 3 de febrero de 1998, que entiende que al tercero de mala fe se le impone el cumplimiento del contrato de opción celebrado por su transferente. Entre las más recientes, vid. las Sentencias de Tribunal Supremo de 5 de febrero de 2014, que entiende que una cesión de créditos comunicada al deudor opera también contra él. Y la de 6 de octubre de 2015, en que el Tribunal Supremo entiende que un banco, acreedor hipotecario, que conocía la obligación de su deudor de devolver luego a un tercero el bien hipotecado libre de cargas, se ve sometido a la acción de éste tercero. La Sentencia de 5 de febrero de 2014 declara al respecto que «un entendimiento inadecuado del principio de relatividad de los contratos como el mantenido en el recurso considera que los efectos jurídicos del contrato, en tanto que “res inter alios acta” [cosa realizada entre otros], se limitan a los derechos y obligaciones de las partes que lo concertaron, sin que generen deber de conducta alguno para los terceros, cuya conducta sería completamente libre respecto del contrato. Se produciría de este modo una separación absoluta entre la relación obligatoria y la esfera jurídica de los terceros. Frente a esta concepción, ya superada, hay que entender que los terceros tienen un deber de respeto del derecho de crédito ajeno que es una consecuencia del deber general de respeto de los derechos subjetivos y situaciones jurídicas que integran la esfera jurídica de los demás, y del más genérico aún de “neminem laedere” [no causar daño a nadie]. De ahí que el tercero que viole dolosa o negligentemente un derecho ajeno, asume, por este solo hecho, responsabilidad por los daños y perjuicios causados al titular del derecho, y asume la consiguiente obligación de resarcimiento, que en el caso de la actuación dolosa debe abarcar todas las consecuencias dañosas de su actuación».



garante. La desprotección de los terceros adquirentes de mala fe es, en ese sentido, un principio general de nuestro sistema.

En lo que se refiere a la atribución de un *ius separationis* al garante para los casos de concurso del acreedor-adquirente o ejecución del bien por deudas de éste, la realidad es que la ley concursal actual no presta fácil apoyo a esta construcción. Por lo tanto, el juez español tendrá muchos problemas para alcanzar un resultado justo y que responda a los intereses de las partes. Con todo, sí que me parece importante resaltar que la misma dificultad existió –y sigue en buena parte existiendo– en el sistema jurídico alemán, y sin embargo sus tribunales no han dudado en realizar una jurisprudencia evolutiva que ha permitido atribuir una cierta posición real al garante-transmitente. La semejanza de la posición de este transmitente en garantía con la del adquirente sometido a una reserva de dominio –en ambos casos el dominio, bien sea enajenándose, bien sea conservándose, sirve de garantía a un crédito–, y la aplicación a estos supuestos de la protección de las adquisiciones condicionales prevista por el artículo 1121 del Código civil, puede servir para que los tribunales, si se les presentan casos de este tipo, concedan al garante una protección real frente a los acreedores del adquirente.

#### *4.3. El problema del fraude a la exigencia de traspaso posesorio en la prenda y a la inscripción de la hipoteca*

El problema mayor que presenta la transmisión de propiedad en garantía en el sistema alemán, y lo que ha ocasionado mayores controversias, es la percepción de que la figura constituye un fraude a la regla que exige traspaso posesorio en la prenda. Para entender bien la cuestión hay que tener en cuenta que la fiducia de garantía alemana se da fundamentalmente sobre bienes muebles –bien puede decirse que un transmisión de propiedad en garantía sobre inmuebles es en Alemania un supuesto de escuela–. Y que la práctica la hizo surgir para permitir la creación de una garantía mobiliaria que no exigiese traspaso posesorio, como lo exige siempre la prenda (§ 1205 BGB). Transmitiendo la propiedad en garantía, lo cual está permitido también mediante constituto posesorio –lo que no cabe para la prenda–, se consigue una figura que cumple la función de una prenda, con ciertas relajaciones en cuanto a sus modos de funcionamiento –recuérdese la libertad de pacto de la forma de ejecución–, y claros riesgos para el garante, pero que le permite a ese garante-transmitente, normalmente deudor, seguir en posesión de la cosa mientras disfruta del crédito.

Así expuesto, cualquiera estaría de acuerdo con que la figura representa un fraude de ley, creado para evitar la exigencia de traspaso posesorio en las garantías reales mobiliarias. Pero la actuación del legislador alemán, tanto del Código civil como posterior, impide decir eso, pues ya vimos que la figura fue contemplada por los redactores del BGB, que en ningún caso quisieron excluirla, y que incluso llegaron a mencionarla en el § 223 II de la versión original del BGB (actual § 216 II), y que ha encontrado también expresa acogida en la Ordenanza de insolvencia, que ya vimos que

la citaba en su § 51.1. Aquella actuación tan peculiar de los redactores del BGB, que sabiendo que la figura rompía las normas que ellos mismos imponían para la prenda, pese a ello la toleraron, resulta sorprendente. Pero impide rechazar la figura. Incluso el intento de coordinar los requisitos constitutivos de la transmisión de propiedad en garantía con los de la prenda, como podría fácilmente hacerse si se estableciese que la entrega de la posesión mediante constituto posesorio no sirve a esos efectos, resulta legislativamente frustrado, pues consta también que la segunda comisión redactora del BGB rechazó una propuesta de este tipo<sup>77</sup>. Con lo cual no cabe sino concluir, como hace la doctrina alemana, que todo lo que se puede decir es que la transmisión de propiedad en garantía actúa como una vía indirecta creada por el propio legislador para salvar la exigencia de desposesión por el deudor en la prenda<sup>78</sup>. El legislador del BGB la admitió conscientemente y su sistemática la ampara, con lo cual no cabe calificarla de fraude; por más que lo inusual de las circunstancias ha llevado a algún autor a calificar a la figura como «hijo ilegítimo del BGB»<sup>79</sup>.

Todo este reproche debe ser muy tenido en cuenta a la hora de postular la admisión de una transmisión de propiedad en garantía en España. A mi juicio, sobre muebles y sin entrega de la posesión material, no cabe llevar a cabo un negocio de garantía con transmisión de propiedad en nuestro sistema, pues supondría un fraude a la norma del 1863 que impone el efectivo traspaso posesorio en la prenda –sin que sirva, a estos efectos, la entrega de la posesión mediata—<sup>80</sup>. El constituto posesorio, forma habitual de constitución de estos negocios fiduciarios en Alemania, debe ser, por tanto, aquí excluido. Con lo cual no quedaría más remedio que forzar al garante a entregar la posesión de la cosa, lo cual priva al negocio de cualquier utilidad respecto a la prenda, más aún si se tiene en cuenta que ya he postulado antes que sus formas de ejecución deben ser las mismas. Quedaría siempre abierta la posibilidad de constituir una fiducia

<sup>77</sup> Así, con cita de los Protocolos de la comisión redactora, GAUL, «Lex commissoria und Sicherungsübereignung», *AcP*, 168 (1968), pp. 358 s.; también WIELING, *Sachenrecht*, I, p. 826, nota 7, a cuyo juicio esa admisión de la comisión redactora de la transmisión de propiedad en garantía es totalmente inconsecuente. En contra de la decisión de admitir que la transmisión en garantía se lleve a cabo mediante constituto posesorio se manifiesta también VON TUHR, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II/1, Munich, 1918, pp. 195 ss.

<sup>78</sup> GAUL, «Lex commissoria und Sicherungsübereignung», p. 359, dice a este respecto que «el legislador ha sido bien consciente de la coexistencia de la prenda con desplazamiento posesorio y la transmisión de propiedad en garantía mediante constituto posesorio, y sin embargo ha querido que ambas sigan conviviendo». De modo parecido, reconociendo que la fiducia de garantía supone una cierta ruptura legal a la regla según la cual las garantías mobiliarias exigen traspaso posesorio, BREHM/BERGER, *Sachenrecht*, § 30, marg. 7; PRÜTTING, *Sachenrecht*, marg. 414; BAUR/STÜRNER, § 56, marg. 4; BÜLOW, *Recht der Kreditsicherheiten*, marg. 1100; MÜLLER/GRUBER, *Sachenrecht*, marg. 1671. También Wieling, aunque se muestra muy crítico con la incoherencia que supuso esta actuación del legislador alemán (WIELING, *Sachenrecht*, pp. 826 ss.).

<sup>79</sup> Así, GAUL, «Lex commissoria und Sicherungsübereignung», p. 357; también antes LANGE, en su trabajo, *Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung*, *Neu Juristische Wochenschrift*, 1950, p. 565.

<sup>80</sup> Sobre el rechazo de la posibilidad de constituir una prenda conservando el pignorante la posesión inmediata de la cosa, vid. Sentencias del Tribunal Supremo de 11 de junio de 1912, 26 de junio de 1945, 26 de marzo de 1997 y 21 de marzo de 2006.

de garantía sobre muebles mediante inscripción del negocio en el Registro de bienes muebles: de esta forma, no podría decirse que la transmisión en garantía defrauda la exigencia de traspaso posesorio en las garantías reales, pues la publicidad posesoria quedaría entonces sustituida por la publicidad registral, como sucede en la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento. Pero en tanto esta posibilidad no se abra por el legislador, cuestión sobre la que volveré luego, no me parece posible que los estrechos tipos registrales que prevé ese Registro puedan admitir esta figura.

En cuanto a inmuebles, ciertamente, no existiría este problema. Pero habría que plantearse la cuestión de si, por identidad de razón con lo expuesto para la prenda, y por aplicación analógica del artículo 1875, que impone la inscripción en el Registro para la hipoteca, también en la fiducia de garantía sobre inmuebles habría que exigir la inscripción registral de la transmisión. La cuestión me parece sobremanera compleja. Ciertamente, podría alegarse que ésta no es aquí necesaria, pues los terceros adquirentes de buena fe estarán protegidos por el artículo 34 de la Ley hipotecaria y, en su caso, por el artículo 1473 del Código. En ese sentido, la no inscripción más parecería perjudicar al fiduciario-acreedor que a los terceros. Además, podría decirse que la exigencia de entrega para la transmisión del dominio ya dotaría al negocio de su propia publicidad. Pero si se tiene en cuenta que las normas citadas sólo protegen a los terceros adquirentes, pero no a los acreedores ordinarios, y que la entrega puede desvirtuarse mediante un pacto de constituto, se llega más bien a la conclusión, que me parece más adecuada, de que una transmisión de propiedad inmobiliaria en garantía que no tenga acceso al Registro constituiría un fraude a la exigencia de constitución registral de las garantías inmobiliarias, y no debe valer, al menos frente al resto de acreedores. Sólo si la transmisión consta efectivamente en el Registro, aunque no figure la causa de garantía, los terceros sabrán que el deudor ya no es propietario y no podrán resultar perjudicados.

#### 4. CONCLUSIONES

No es fácil extraer unas conclusiones completamente conformes de todo lo expuesto, pero sí algunas ideas que permitan encauzar el debate sobre la admisibilidad de una fiducia de garantía en el sistema del Código.

Me parece relativamente claro que el supuesto problema de la falta de causa o de la inexistencia de voluntad transmisiva en los contratantes de un negocio fiduciario de garantía resulta injustificado. Aparte de que resulte sorprendente que el sujeto de vecindad foral navarra o el que ofrece una garantía financiera (vid. respectivamente leyes 466 del Fuero Nuevo de Navarra y artículos 6 y siguientes de la Ley de garantías financieras) quiera, por ese sólo hecho, lo que en realidad simula el que actúa en otro territorio u otro ámbito económico, no creo que tampoco pueda defenderse que la causa de la transmisión falla en esos negocios: ya hemos visto que si se han desarrollado en Alemania no es por la abstracción de su sistema, sino por otras razones bien diferentes –básicamente, la tolerancia del legislador a la creación de una garantía

mobiliaria sin traspaso posesorio—. Piénsese ahora, además, que un sistema bien causalista, como el francés, no ha tenido problema en admitirlos en una reciente reforma. En consecuencia, considero que, ante una declaración de voluntad contractual concertando una transmisión de propiedad en garantía, nada debe objetarse en cuanto a la seriedad o causalidad de esa intención. Cosa bien distinta es que la elección de ese arriesgado instrumento de garantía pueda cohonestar la subversión de los principios generales de las garantías reales.

En el caso de bienes muebles, ya lo hemos visto, no creo que quepa crear la garantía sin traspaso de la posesión por el deudor, pues eso supondría defraudar la regla que impone la desposesión del deudor en la prenda. Además, ya lo he dicho, la posible ejecución de la garantía no podría, por las mismas razones, llevarse a cabo al margen de los procedimientos previstos para la prenda. Obviamente, simplemente con imponer estas dos cortapisas, resultará que las posibilidades de que la transmisión de propiedad en garantía llegue a cumplir en España parecidas funciones a las que cumple en el Derecho alemán quedarán absolutamente cercenada. Sólo quedaría la vía de que el legislador regulase un negocio de garantía mobiliaria con transmisión de propiedad, imponiendo entonces –si no quiere optar por la peculiaridad alemana de que el propio legislador que impone la desposesión de la prenda cree su vía de escape– la inscripción de la garantía en un Registro de bienes muebles. Así lo ha hecho el legislador francés (cfr. arts. 2372-1 del *Code civil*, que remite a las normas de la fiducia que así lo imponen en los artículos 2019 y 2020). Y así lo propuso el Proyecto de Marco Común de Referencia, que admitía la transmisión de propiedad en garantía en el libro IX (Art. IX.-1:102 (3)), pero imponiendo para su eficacia frente a terceros, bien la entrega de la posesión, bien la inscripción en el Registro (Art. IX.-3:102 y siguientes). Claro que, si ello se hace así, hay que preguntarse: ¿qué función añadida va a cumplir esa fiducia de garantía respecto a la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento ya conocidas? Ciertamente, la admisión de un pacto que permita la adjudicación del bien por el acreedor por el precio determinado por terceros, como ha hecho el legislador francés (art. 2372-3 *Code civil*) le dota de ciertas ventajas. Pero en mi opinión ese llamado *pacto marciano* debiera también admitirse para todas las formas de garantías reales, pues es coherente con nuestra tradición jurídica y las reglas de nuestro sistema, y no entraña en modo alguno un pacto comisario: no extraña, por tanto, que el mencionado Proyecto de Marco Común de Referencia lo haya admitido de modo general (Art. IX.-7:105). Al final, queda en el aire la impresión de que toda la construcción de la fiducia de garantía mobiliaria va a producir escasos resultados si se le aplican con coherencia los principios de las garantías reales. Si la figura ha desempeñado un papel tan relevante en Alemania es porque no exige traspaso posesorio ni inscripción alguna. En ese sentido, como ha dicho Wieling, tal vez lo que proceda, más que crear una nueva construcción legal que nos conduzca a los resultados ya conocidos, es plantearse abiertamente si no debemos prescindir de la exigencia de traspaso posesorio de la

prenda, y volver a la hipoteca mobiliaria romana<sup>81</sup>. Lógicamente, es cuestión que excede de este trabajo.

En el caso de los inmuebles, me parece que *mutatis mutandis* se puede llegar a los mismos resultados. Si se aplican con coherencia los principios de esas garantías, no cabrá admitir por esa vía ni un pacto comisorio, ni una ejecución privada de la garantía. Las partes podrán ciertamente elegir esa vía para garantizar un crédito. Pero en caso de ejecución, salvo que hayan incluido un pacto marciano, deberán proceder a la realización del bien en subasta pública y la restitución del sobrante al deudor. Con lo cual, al fin y al cabo, la elección de ese medio no deberá conducir al deudor a mejor posición que la de un acreedor pignoraticio. Y un último apunte: no puede pasarse por alto que la elección de una transmisión de propiedad en garantía puede conducir a claros riesgos para el garante, sobre todo cuando el acreedor abusa de su titularidad dominical para enajenar a un tercero de buena fe (pues al tercero de mala fe, no se olvide, no hay que considerarlo tercero a estos efectos). Pero el modo mejor de evitar ese riesgo de abuso por el acreedor no es desconocer registralmente la eficacia del negocio, como ha hecho la Dirección General, sino precisamente su contrario: si se inscribe la fiducia de garantía sobre un bien inmueble, dando publicidad por tanto a la obligación retransmisiva del acreedor, ningún tercero podrá invocar su buena fe para legitimar una adquisición *a non domino* que defraude al vendedor<sup>82</sup>. Si eso se completa entendiendo que la transmisión resulta resolutoriamente condicionada al impago del crédito, tal y como vimos que permite conformar la doctrina alemana su figura, será plenamente posible ofrecer plena protección al garante ante cualquier problema de insolvencia del acreedor o enajenación a terceros.

En resumen, si se quiere mantener la coherencia del sistema y no crear atajos legislativos, la fiducia de garantía apenas habrá de ofrecer ventajas sobre las figuras ya conocidas, y en tal sentido su regulación será superflua. Lo cual no obsta, lógicamente, a que las partes puedan optar por ella, bien como negocio franco y descubierto, las menos veces, bien como negocio simulado detrás de otro, desgraciadamente con más frecuencia. Pero entonces lo que habrá que hacer es aplicar los principios generales de las garantías reales, más que pretender ahuyentar los riesgos de la figura desconociendo su existencia o reconstruyendo desde fuera la voluntad de las partes.

#### BIBLIOGRAFÍA

ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, «El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente», *AC*, 1993, pp. 663-675.

<sup>81</sup> WIELING, *Sachenrecht*, I, p. 827.

<sup>82</sup> El único caso en que la Dirección General de los Registros y del Notariado ha tenido que enfrentarse a una fiducia de garantía no simulada, sino abierta y declarada, ha sido en la Resolución de 30 de junio de 1987, en la que desgraciadamente optó por denegar la posible inscripción.

BAUR, Jürgen y STÜRNER, Rolf, *Sachenrecht*, Munich, Beck, 2009.

BERGER, Christian, «Comentario al § 930», en Jauernig, *BGB Kommentar*, Munich, ed. Beck, 2015, pp. 1495-1503.

BREHM, Wolfgang y BERGER, Christian, *Sachenrecht*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014.

BROX, Hans/WALKER, Wolf-Dietrich, *Allgemeiner Teil des BGB*, München, Vahlen, 2016.

BÜLOW, Peter, *Recht der Kreditsicherheiten*, Heidelberg, C.F. Müller, 2012.

FELGENTRAEGER, Wilhelm, *Friedrich Carl v. Savignys Einfluss auf die Übereignungslehre*, Leipzig, Scholl, 1927.

FLUME, Werner, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts – Das Rechtsgeschäfts*, Berlín, de Gruyter, 1992.

GAUL, Hans Friedhelm, «Lex commissoria und Sicherungsübereignung», *Archiv für die Civilistische Praxis*, 168 (1968), pp. 351-382.

GRÖSCHLER, Peter, «vor § 765», *Soergel Kommentar zum BGB*, tomo 11/2, Stuttgart, Kohlhammer, 2016, pp. 57-111.

HABERSACK, Mathias, «vor § 765», *Münchener Kommentar zum BGB*, tomo 6, Munich, Beck, 2017, pp. 851-881.

HABERSACK, Mathias, «§ 780», *Münchener Kommentar zum BGB*, tomo 6, Munich, Beck, 2017, pp. 1064-1083.

HENSSLER, Martin, «§ 930 Anhang», *Soergel Kommentar zum BGB*, tomo 14, Stuttgart, Kohlhammer, 2002, pp. 456-499.

HORN, Norbert, «Vorbem zu §§ 765-778», *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin, de Gruyter, 2013, pp. 1-254.

HROMADKA, Wolfgang, *Die Entwicklung des Faustpfandprinzips im 18 und 19. Jahrhundert*, ed. Böhlau, Colonia, 1971.

KÖHLER, Helmut, *BGB-Allgemeiner Teil*, Munich, Beck, 2016.

LANGE, Heinrich, *Lage und Zukunft der Sicherungsübertragung*, Neu Juristische Wochenschrift, 1950, pp. 565-570.

LUIG, Klaus, «Richter secundum, praeter oder contra BGB? Das Beispiel der Sicherungsübereignung», en Ulrich Falk y Heinz Mohnhaupt (ed.), *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Frankfurt a.M., ed. Vittorio Klostermann, 2000, pp. 383-406.

MEDICUS, Dieter y PETERSEN, Jens, *Allgemeiner Teil des BGB*, Heidelberg, C.F. Müller, 2016.

MICHAELS, Ralf, *Sachzuordnung durch Kaufvertrag – Traditonsprinzip, Konsensprinzip, ius ad rem in Geschichte, Theorie und geltendem Recht*, Berlín, Dunker & Humblot, 2002.

MÜLLER, Klaus y GRUBER, Urs Peter, *Sachenrecht*, Munich, Vahlen, 2016.

OECHSLER, Jürgen, «Anhang §§ 929-936 (Sicherungseigentum-Sicherungsübereignung)», *Münchener Kommentar zum BGB*, tomo 7, Munich, ed. Beck, 2017, pp. 1105-1134.

PRÜTTING, Hans, *Sachenrecht*, Munich, ed. Beck, 2017.

SERICK, Rolf, *Eigentumsvorbehalt und Sicherungsübertragung*, I, II y III, Heidelberg, ed. Recht und Wirtschaft, 1963, 1965 y 1970.

SERICK, Rolf, *Garantías mobiliarias en el Derecho alemán. Perfiles y principios*, (traducción de Carrasco Perera) Madrid, tecnos, 1990.

SIEBERT, Wolfgang, *Das rechtsgeschäftliche Treuhandverhältnis*, Marburg, Elwert, 1933.

VON TUHR, Andreas, *Der allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts*, II/1, Munich, Dunker & Humblot, 1918.

VIEWEG, Klaus y WERNER, Almuth, *Sachenrecht*, Munich, ed. Vahlen, 2015.

WESTERMANN, Harry et AL., *Derechos reales*, I, (traducción de Miquel y otros), Madrid, 2007.

WIEGAND, Wolfgang, «Anhang zu §§ 929-931», *Staudinger Kommentar zum BGB*, Berlin, de Gruyter, 2017, pp. 256-383.

WIELING, Hans-Josef, *Sachenrecht*, I, Berlín-Heidelberg, ed. de Gruyter, 2006.

WILHELM, Jan, *Sachenrecht*, Berlín, de Gruyter, 2016.

WOLF, Manfred y NEUNER, Jörg, *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*, Munich, Beck, 2016.

Fecha de recepción: 04.09.2017

Fecha de aceptación: 27.09.2017