

M. J. Marín López, “Comentario a la STS de 26 de abril de 2001. Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía”, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Madrid. Ed. Civitas, 2002, núm. 58, § 1568, pp. 147 a 171.

SENTENCIA de 26 de abril de 2001

**OBJETO** Compraventa con pacto de retro (contrato simulado) que esconde una transmisión de la propiedad en garantía de una deuda ajena (contrato disimulado). Distinción entre ambas figuras. Régimen jurídico de la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía): violación de la prohibición de pacto comisorio, y posibilidad de ejercitar una acción real contra el bien que sirve de garantía.

**PARTES** D. José S. G. y Dña. Juana F. R. (demandantes y recurrentes) *contra* “Compañía Anónima de Suministros” (demandado).

**PONENTE** Excmo. Sr. D. Antonio Gullón Ballesteros.

**FALLO** Ha lugar al recurso.

**DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:**

Artículos 6.4, 1859 y 1884 del Código Civil.

**DOCTRINA:**

Dado que el citado art. 6.4º CC es una norma que obliga a la represión del fraude a otra de carácter imperativo para que la eficacia de lo ordenado por el legislador se consiga, y dado también que la prohibición del pacto comisorio (arts. 1859 y 1884 CC) es imperativa y de orden público por afectar a la satisfacción forzosa de obligaciones en la que están involucrados no sólo los intereses del deudor sino de sus acreedores, dados, pues, estos presupuestos, esta Sala se ve obligada a examinar si la escritura pública de compraventa cuya nulidad se solicita en la demanda constituye un fraude a la ley prohibitiva del pacto comisorio.

En definitiva, lo que realizaron las partes fue el típico negocio de transmisión de propiedad en garantía, a través de un medio indirecto cual es la instrumentación de una compraventa simulada, que la jurisprudencia de esta Sala ha conocido ya en bastantes ocasiones (sentencias de 2 de junio de 1982, 12 y 25 de febrero y 8 de marzo de 1988, 7 de marzo de 1990, 13 de marzo de 1995 y 15 de junio de 1999, entre otras). Las líneas

maestras de la configuración de esta figura jurídica, llamada también «venta en garantía», en la doctrina jurisprudencial pueden resumirse así:

1º La transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia «cum creditore». El fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, pueda éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario.

2º El fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal del objeto o bien sobre el que recae el pacto fiduciario, con la finalidad de apartarlo de su disponibilidad y así asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario.

3º El fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido, salvo el juego del principio de la apariencia jurídica, sino que ha de devolverlo al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión.

4º La falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía; la transmisión de la propiedad con este fin no es una compraventa sujeta a la condición del pago de la obligación.

5º El fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo.

6º La transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o «venta en garantía» es un negocio jurídico en que por modo indirecto, generalmente a través de una compraventa simulada, se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no pueda pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio, revelándose la «venta en garantía» como un negocio en fraude de ley (art. 6.4º CC).

Lo que las partes han pactado no es sólo una transmisión de la propiedad con fines de garantía, sino la adquisición de la misma si se impaga la deuda garantizada. En definitiva, se pretende conseguir así el resultado que no permite la ley mediante la prohibición del pacto comisorio. Al mismo tiempo, se traspasan los límites que la jurisprudencia de esta Sala ha establecido para la eficacia jurídica de la transmisión de la propiedad en garantía.

**HECHOS:**

Se recogen en el Fundamento de Derecho Primero, y resumidamente son los siguientes:

Mediante escritura pública de compraventa, de 4 de noviembre de 1991 (aunque en el FJ 4º y en el fallo se cita como fecha la del 14 de noviembre), don José y su esposa, doña Juana, venden una casa de su propiedad a la Compañía Anónima de Suministros, por un precio de 23.500.000 ptas., que los compradores confiesan haber recibido. En esa escritura se establece un pacto de retroventa, según el cual los vendedores podrán recuperar la propiedad del bien si antes del 25 de enero de 1993 reembolsan a la compradora el precio de venta y los gastos necesarios y útiles hechos por ésta en la cosa vendida. A pesar de haber transmitido la propiedad de la casa, José y Juana continúan en su posesión.

El mismo día del otorgamiento de la escritura pública (4 de noviembre de 1991), vendedores y compradora declaran en un documento privado que la sociedad “Acabados Textiles Bellido, SA”, de la que es administrador don José, debía a la Compañía Anónima de Suministros la suma de 23.518.564 ptas., cantidades que el deudor se compromete a abonar mediante la aceptación de 22 letras de cambio por importe de 843.526 ptas. cada una, y otras 22 por el de 225.499 ptas., con vencimiento los días 10 y 25 de los meses de enero a diciembre de 1992, con excepción del mes de agosto. Asimismo se declara en ese documento que la escritura de compraventa se ha otorgado “en garantía del pago de dichas cambiales”, y que los vendedores podrán ejercitar el pacto de retroventa únicamente cuando la sociedad “Acabados Textiles Bellido, SA” haya abonado a su vencimiento todas las letras de cambio.

Las letras aceptadas por “Acabados Textiles Bellido, SA” no fueron pagadas a su vencimiento.

El 12 de enero de 1993 don José y doña Juana requieren notarialmente a la Compañía Anónima de Suministros para que les comunique el importe de los gastos necesarios y útiles hechos en la casa vendida, al objeto de ejercitar el pacto de retroventa. El reclamado contesta, alegando que no se han cumplido los requisitos que posibilitan el ejercicio del derecho de retroventa, pero que a pesar de ello está dispuesto a devolverles la propiedad del inmueble, si éstos le abonan el precio de la venta (23.500.000 ptas.) y demás gastos que él ha soportado (que ascienden a 1.709.592 ptas.). Además, la Compañía Anónima de Suministros aprovecha esta respuesta para realizar el requerimiento de desahucio al que se refiere el art. 1565.3º de la LEC de 1881.

José y Juana presentan demanda en la que solicitan que se dicte sentencia “declarando nula la escritura pública de compraventa de fecha 4 de noviembre de 1991 otorgada por los actores a favor de la demandada y se condenase a esta última a pasar por la declaración mandando cancelar la inscripción en el registro de la Propiedad de la mencionada escritura, con imposición de costas a la demandada”. El Juzgado de Primera Instancia núm. 43 de Barcelona, en sentencia de fecha 27 de octubre de 1994, desestima la demanda.

Los demandantes formulan recurso de apelación, y la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 14ª), en sentencia de 17 de febrero de 1996, lo desestima, confirmando íntegramente la sentencia de primera instancia.

Frente a esta sentencia, los demandantes interponen un recurso de casación, que es estimado parcialmente por el Tribunal Supremo.

## COMENTARIO:

### I. INTRODUCCIÓN.

1. No es esta la última sentencia del Tribunal Supremo sobre la transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía). Con posterioridad a la misma, el alto tribunal ha tenido ocasión de pronunciarse sobre esta peculiar modalidad de garantía en otras ocasiones: SSTS de 17 de julio de 2001 (RJ 6860), 5 de diciembre de 2001 (RJ 9934), 1 de febrero de 2002 y 14 de marzo de 2002. La importancia de la sentencia radica en que nunca hasta ahora había formulado una doctrina tan elaborada y completa sobre esta institución. En efecto, el Fundamento de Derecho Tercero expone “las líneas maestras de la configuración de esta figura jurídica en la doctrina jurisprudencial” (a esta cuestión se dedica el apartado III del comentario). Pero además existe un problema calificadorio: hay que determinar qué tipo de contrato han celebrado Juan y Juana con la Compañía Anónima de Suministros. En particular, si se trata de una compraventa con pacto de retro, que es la calificación que las partes han dado al contrato, o de una transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía), que es como lo califica el Tribunal Supremo. Constituye esta una buena ocasión para determinar las similitudes y diferencias entre ambos tipos contractuales (sobre el particular, v. apartado II). Por último, merece dedicar algunas líneas al fallo de la sentencia (apartado IV).

El único motivo del recurso de casación interpuesto por los vendedores de la casa (José y Juana) se fundamenta en el art. 1692.4º LEC de 1881, que se refiere a la infracción de las normas del ordenamiento jurídico o de la jurisprudencia que sean de aplicación. Los demandantes y recurrentes en casación denuncian la infracción de los arts. 1859, 1884 y 1255 CC, y la doctrina jurisprudencial sentada en las SSTS de 19 de mayo de 1982 y 22 de diciembre de 1988. En definitiva, solicitan la nulidad de la venta con pacto de retro, por constituir una violación de los preceptos citados, que vedan el pacto comisorio en nuestro derecho. El Tribunal Supremo estima parcialmente el recurso de casación, declarando la nulidad del contrato de compraventa. Pero admite la validez de la operación como una transmisión de la propiedad en garantía (venta en garantía). En lógica consecuencia con esta declaración, estima igualmente nulo el pacto de retroventa, pues un pacto de este tipo no tiene cabida en la venta en garantía, ya que en ésta, por su propia configuración, el acreedor que tiene el bien en garantía está obligado a retransmitirlo al deudor cuando éste cumple totalmente la deuda.

### II. VENTA CON PACTO DE RETRO Y VENTA EN GARANTÍA.

2. *La venta con pacto de retro.* Las partes han configurado el contrato como una compraventa con pacto de retro. Los vendedores José y Juana venden la casa al precio de 23.500.000 ptas., pero existe en la escritura pública de compraventa un pacto de retroventa, según el cual podrán recuperar su propiedad si reembolsan a la entidad compradora el precio de venta y los gastos necesarios y útiles hechos por ésta en el inmueble vendido. Pactan además que el plazo de que disponen los vendedores para ejercitar el derecho de retracto finaliza el día 25 de enero de 1993.

Se denomina retracto convencional, pacto de retro o pacto de retroventa a aquel pacto incluido en un contrato de compraventa en virtud del cual el vendedor de un bien, mueble o inmueble, se reserva el derecho a recuperarlo dentro del plazo por convención o por ley establecido, previo reembolso al comprador del precio y de los gastos que el mismo hubiese hecho por razón de la adquisición y de lo demás que se hubiese pactado.

Como cualquier otro tipo de compraventa, en la venta con pacto de retro se produce una verdadera transmisión de la propiedad del vendedor al comprador. Éste deviene propietario desde la perfección del contrato. Ahora bien, esta adquisición de la propiedad no es definitiva, ya que puede tener carácter temporal. Y ello porque el vendedor puede ejercitar su derecho de retracto, recobrando de nuevo, de este modo, la propiedad del bien.

En la venta con pacto de retro vendedor y comprador quieren, realmente, vender y comprar. La finalidad típica de este pacto accesorio a la compraventa es, en el vendedor, la de recobrar, durante cierto tiempo y en determinadas condiciones, la cosa que enajena; y en el comprador, la de adquirir un dominio que puede consolidarse si el vendedor no llega a ejercitar su facultad de rescatar el bien vendido. Por lo tanto, pese a que las partes hayan estipulado que el vendedor pueda recuperar la cosa, éste ha querido realmente venderla, transmitiendo así el derecho de propiedad sobre la misma, y el comprador la adquiere asimismo *animus domini*, siendo intrascendente a estos efectos que el vendedor se haya reservado la facultad de recobrar la propiedad.

Lo cierto, sin embargo, es que este pacto ha sido utilizado normalmente como un mecanismo para la obtención de dinero con garantía. El comprador adquiere un bien del vendedor, y paga por él un precio. El vendedor recibe una cantidad de dinero, y se reserva el derecho real (pacto de retro) a recuperar la cosa si devuelve ese dinero y demás gastos dentro de un plazo. Si dentro de ese plazo restituye la cantidad recibida recupera la propiedad. En cambio, si transcurre el plazo sin llevar a cabo el reintegro del precio, el comprador queda como dueño definitivo. La transmisión de la cosa al comprador ha servido, en cierto modo, como garantía de la devolución del precio, pues el vendedor sabe que si no lo reintegra dentro del plazo pierde el derecho a recuperarla; y el comprador no tendrá que preocuparse por el hecho de que el vendedor no devuelva la cantidad que le entregó, porque en tal caso se queda con la propiedad de la cosa vendida.

El hecho de que con la venta con pacto de retro las partes persigan una finalidad de garantía no desnaturaliza la causa típica del contrato. El fin atípico de garantía constituye un motivo lícito común a los contratantes, que en modo alguna afecta a la validez del contrato como negocio esencialmente transmisivo. En definitiva, si las partes han querido realmente transmitir y adquirir la propiedad, aunque sea con la facultad de retro del vendedor, hay que entender que se ha producido una verdadera transmisión de la propiedad, y que en tanto el vendedor no ejercite la facultad de retro el comprador es el auténtico propietario del bien; y ello a pesar de que las partes utilicen esta operación con un fin atípico de garantía.

3. *Venta con pacto de retro y pacto comisorio.* Una interesante cuestión que plantea la venta con pacto de retro es la averiguación de si la misma encierra un pacto comisorio encubierto. Algunos autores han dado una respuesta positiva a esta pregunta. Argumentan que las partes han acudido a la venta con pacto de retro, y no al préstamo con garantía, para sortear la prohibición de los arts. 1859 y 1884 CC. Por ello, se impone la aplicación de la norma que se ha intentado defraudar y, en consecuencia, se debe negar a tal acuerdo las consecuencias propias de la venta con pacto de retro: el comprador no adquirirá la propiedad de la cosa, sino que, como mucho, podrá ejecutar la garantía por los procedimientos arbitrados por el derecho para las garantías típicas.

A mi juicio, esta tesis no es acertada, pues la venta con pacto de retro no incurre en la prohibición del pacto comisorio (en el mismo sentido, VIVAS TESÓN, *La compraventa con pacto de retro en el Código Civil*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pp. 240 y ss.; y RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro en garantía*, Madrid, Marcial Pons, 1998, pp. 181 y ss.). Y ello por varias razones. Por una parte, la compraventa con pacto de retro está expresamente regulada en el Código Civil (arts. 1507 a 1520), a pesar de que el legislador era consciente de que normalmente se emplea con una finalidad de garantía. Si el legislador hubiera querido reprobar esa utilización, que por otra parte es la habitual, debiera haber optado por otra solución, como la de prohibir semejante contrato. Cosa que no ha sucedido. Por otra parte, y como brillantemente expone RODRÍGUEZ-ROSADO (*Fiducia...*, *cit.*, pp. 184), “resulta que la venta con pacto de retro tiene una diferencia esencial con el préstamo, de la que me parece procede que no incurra en pacto comisorio: el que compra con pacto de retro, compra, y no adquiere la posición de acreedor sobre el precio entregado, sino que la devolución de éste será una mera facultad del vendedor, que no tendrá ninguna obligación de llevarla a cabo. Una vez celebrada la venta con pacto de retro, y aunque antes el dinero haya sido entregado como préstamo, el comprador no puede optar por reclamar la devolución del dinero, sino que se ha de conformar, en caso de que el vendedor no ejercite el derecho de retroventa, con quedarse con la cosa; a diferencia de lo que sucede en los contratos de garantía propiamente dichos, donde el acreedor conserva la posición de acreedor, y por eso puede optar por ejecutar la garantía o reclamar el crédito... La venta con pacto de retro, según mi interpretación, no infringe la prohibición del pacto comisorio porque no es técnicamente un negocio de garantía, ya que el vendedor, aunque conserva la esperanza de recuperar, no tiene la obligación de hacerlo, y ha perdido, si la tenía antes, la condición de deudor. El comprador no puede exigirle el pago del precio”.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo confirma esta interpretación, pues las pocas veces en que ha sido requerido en casación para determinar si la venta con pacto de retro celebrada con finalidad de garantía vulnera la prohibición de pacto comisorio, ha respondido negativamente (SSTS de 29 de enero de 1908 y 14 de noviembre de 1957). En el mismo sentido se ha manifestado la DGRN, en dos resoluciones de fecha 5 de junio de 1991 y 18 de octubre de 1994. En esta última se afirma literalmente que “es doctrina de este Centro Directivo: a) que nuestro Código Civil rechaza enérgicamente toda construcción jurídica en cuya virtud el acreedor, en caso de incumplimiento de su crédito, pueda apropiarse definitivamente de los bienes dados en garantía por el deudor (*vid.* arts. 6, 1859 y 1884 del Código Civil); b) que la admisión de la venta con pacto de retro no contraría la anterior afirmación, pues técnicamente aquélla no implica un préstamo con garantía real. El que vende con pacto de retro trata ciertamente de obtener una cantidad de dinero; pero no queda obligado a devolver la cantidad recibida; no surge ningún derecho de crédito contra él; el vendedor se reserva la facultad de recuperar la cosa vendida y sólo si hace uso de ella es cuando deberá efectuar la devolución del precio; pero en tanto el vendedor no quiera hacer uso de esa facultad recuperatoria, el comprador no puede compelerle a que reintegre cantidad alguna”.

La sentencia que se comenta, de 26 de abril de 2001, parece romper esta doctrina, al establecer en su Fundamento Jurídico 3º (párrafo penúltimo) que “atendiendo sin más a la literalidad de la escritura pública y documento privado coetáneo..., lo que las partes han pactado no es sólo una transmisión de la propiedad con fines de garantía, sino la adquisición de la misma si se impaga la deuda garantizada. En definitiva, se pretende conseguir así el resultado que no permite la ley mediante la prohibición del pacto

comisorio”. GARCÍA CANTERO, en el comentario que hace de esta sentencia [“Venta en garantía, retracto convencional y conversión del negocio” (Comentario a la STS de 16 de abril de 2001), *RJN*, 2001, n.º 39, pp. 353 y ss.; por cierto, existe un error de fecha: la sentencia es de fecha 26 de abril], estima que esta decisión viene a modificar sustancialmente la doctrina jurisprudencial vigente hasta la fecha, pues en la misma el Tribunal Supremo declara la nulidad de la venta con pacto de retro por violación de la prohibición del pacto comisorio (*cit.*, pp. 363); añade, además, que la consolidación de esta doctrina supondrá el ocaso de la venta con pacto de retro con fin de garantía.

Esta argumentación no puede compartirse. La nulidad de la compraventa con pacto de retro no deriva de la consideración de que contiene un pacto comisorio prohibido por la ley, sino de que se trata de una compraventa simulada. En efecto, las partes han formalizado, externamente, un contrato de compraventa con pacto de retro. Pero en verdad no se trata de un contrato de ese tipo, pues el comprador no paga precio alguno, y además la finalidad perseguida por los contratantes no era transferir la propiedad de un bien a cambio de un precio, sino transmitir esa propiedad en garantía de la deuda que un tercero tiene con el comprador del bien. Estamos ante un claro supuesto de simulación relativa. Bajo la apariencia de un contrato de compraventa con pacto de retro (negocio simulado), lo que los contratantes han querido celebrar es una transmisión de la propiedad en garantía (negocio disimulado). Nuestro Código Civil regula la simulación relativa como una anomalía de la causa; es decir, como la expresión de una causa falsa, cuando el resultado contractual querido y ocultado se funda en otra causa verdadera, suficiente y lícita (art. 1276 CC). En el caso que se analiza, lo que los contratantes pretendían no era vender/comprar un bien a cambio de un precio, sino entregar/recibir un bien en garantía del pago de una deuda previa. La propia sentencia reconoce que se trata de un caso de simulación relativa: “lo que realizaron las partes fue el típico negocio de transmisión de la propiedad en garantía, a través de un medio indirecto cual es la instrumentación de una compraventa simulada” (FJ 3º, párrafo tercero).

En lógica consecuencia, en el caso de autos, la validez del pacto según el cual el acreedor (comprador en garantía) puede quedarse definitivamente con el bien si el deudor (vendedor en garantía) incumple habrá de enjuiciarse tomando en consideración que el contrato realmente celebrado es una venta en garantía, y no una venta con pacto de retro. De modo que lo que el Tribunal Supremo viene a decir -en el penúltimo párrafo del FJ 3º- es que constituye un pacto comisorio, y por tanto es nulo, la cláusula incluida en la venta en garantía según la cual el acreedor puede apropiarse el bien entregado en garantía si el deudor impaga la deuda garantizada. En esta cuestión me detendré más adelante (vid. *infra* apartado 11).

4. *Distinción entre venta con pacto de retro y venta en garantía.* El comentario de esta sentencia del TS constituye una buena ocasión para determinar con nitidez los caracteres y límites de dos figuras que en ocasiones aparecen confusas, pues ambas persiguen fines de garantía. Me refiero a la venta con pacto de retro y a la venta en garantía (*fiducia cum creditore*). La distinción se basa en dos elementos.

A) En primer lugar, en si opera o no una verdadera transmisión de la propiedad. En la venta con pacto de retro sí se produce esta transmisión de la propiedad del vendedor al comprador. El comprador deviene propietario a todos los efectos, sin perjuicio de que pueda tratarse de una propiedad temporal, si el vendedor se decide a ejercitar el derecho

a recuperar el bien que le otorga el pacto de retro. En la venta en garantía, sin embargo, el verdadero propietario del bien sigue siendo el vendedor; el comprador no tiene sino una propiedad fiduciaria (una “titularidad fiduciaria”) en garantía del crédito que ostenta contra el deudor-vendedor.

B) La segunda diferencia se refiere al derecho que tiene el vendedor a recuperar el bien. En la venta con pacto de retro, el vendedor tiene un derecho real a recuperar el bien, ejercitable *erga omnes*. El comprador no es sujeto de ninguna obligación, y no puede por tanto incumplirla, ya que es el bien vendido el que se halla sometido directamente al derecho nacido del pacto de retroventa. En consecuencia, si el comprador transmite el bien a un tercero no frustra ningún derecho de readquisición, ya que el derecho de retroventa, al no ser personal, no tiene al otro lado de la relación un sujeto obligado, sino un objeto sobre el que recae el derecho. La situación es distinta en la venta en garantía. Aquí el comprador, que adquiere el bien en garantía, tiene un derecho de crédito contra el vendedor. La transmisión de la propiedad por el deudor-vendedor no extingue su obligación de pagar la deuda que aquélla garantiza. El vendedor tiene derecho a recuperar el bien, pero este derecho tiene carácter personal, por lo que sólo podrá ejercitarse frente al comprador-acreedor, y únicamente en el supuesto de que el deudor haya satisfecho adecuadamente la deuda. En consecuencia, si el acreedor-comprador transmite ese bien a un tercero protegido por el principio de la apariencia, el deudor-vendedor no podrá recuperar de este el bien.

En definitiva, la distinción se funda en la diferente causa de los dos contratos. La venta con pacto de retro responde perfectamente al contenido y a la función del contrato de compraventa, esto es, implica la entrega de (la propiedad de) un bien a cambio de un precio; y ello aunque haya sido pactada con finalidad de garantía. En cambio, la venta en garantía es un negocio fiduciario (más exactamente, es un supuesto de fiducia *cum creditore*). Con ella no se pretende vender un bien a cambio de un precio, sino entregarlo en garantía del pago de una deuda, con la obligación de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido.

### III. RÉGIMEN JURÍDICO DE LA VENTA EN GARANTÍA.

5. *La transmisión de la propiedad en garantía.* Como ya se ha señalado, en el caso que nos ocupa estamos en presencia de una transmisión de la propiedad en garantía (contrato disimulado). La transmisión de la propiedad en garantía es un mecanismo que sirve para garantizar al acreedor el cobro de su crédito. Como su propio nombre indica, la garantía del acreedor consiste en la adquisición de la propiedad de un bien del deudor, con la obligación de retransmitírselo cuando éste cumpla totalmente la deuda. En consecuencia, el acreedor ve garantizada su deuda con el bien que el deudor le transmite en propiedad. Lo realmente decisivo es la finalidad que se persigue con la transmisión de la propiedad (que ésta sirva de garantía), y no el hecho de quién sea el transmitente. De hecho, nada impide que el transmitente del bien no sea el deudor, sino un tercer sujeto. Esto es lo que sucede en el supuesto que analizamos. El deudor es “Acabados Textiles Bellido, SA”, que debe 23.518.564 ptas. a “Compañía Anónima de Suministros”. Sin embargo, son unos terceros (los vendedores José y Juana) quienes transmiten al acreedor el bien en garantía. Semejante modo de proceder no desvirtúa la consideración de la operación como una venta en garantía. El propio Tribunal Supremo lo admite expresamente: “de la misma forma que un tercero puede garantizar una deuda ajena por medio de las figuras típicas de garantías reales (art. 1857, párrafo último, CC), no hay razón para impedir que se consiga el mismo resultado (garantía) mediante



negocios indirectos, siempre que no adolezcan de causa ilícita” (FJ 3º, párrafo quinto). Adviértase, además, que el tercero que vende en garantía no es un sujeto extraño al deudor, ya que José es el administrador de la empresa deudora.

Salvo esta intrascendente modificación (que el vendedor en garantía sea persona distinta al deudor), el caso de autos constituye un ejemplo típico de venta en garantía. La venta en garantía sirve para garantizar el cumplimiento de una obligación, normalmente la derivada de un contrato de préstamo; en el caso que se comenta, la sentencia no dice cuál es el título en virtud del cual el deudor debe entregar al acreedor 23.518.564 ptas. Bajo la apariencia formal de un negocio de transmisión (compraventa) se encubre realmente una figura de garantía. Deudor y acreedor declaran que aquél vende a éste un bien por un precio determinado, pero en realidad el precio no existe, sino que corresponde al capital que el acreedor presta al deudor o que el deudor debe al acreedor por otro título. Lo habitual, como sucede en el caso que comentamos, es que el contrato de compraventa se documente en escritura pública, y que en otro documento, éste ya de carácter privado, las partes declaren cuál es la verdadera intención de la compraventa, que no es otra que servir de garantía a la obligación del deudor de restituir la cantidad debida, añadiéndose que cuando la deuda se haya extinguido el acreedor estará obligado a restituir al deudor la propiedad del bien. Asimismo, es usual que el deudor que transmite la propiedad del bien continúe en su posesión, conservando de este modo una apariencia externa de titularidad sobre el mismo.

6. *Garantía atípica, creada al amparo del principio de autonomía de la voluntad.* La venta en garantía carece de regulación en el derecho común. En Navarra, el Fuero Nuevo de Navarra regula en la Ley 466 la fiducia de garantía, definiéndola como la transmisión al acreedor de la propiedad de una cosa o la titularidad de un derecho mediante una forma eficaz frente a terceros. En el derecho común, a pesar de carecer de apoyo legal expreso, doctrina y jurisprudencia admiten la validez de la venta en garantía, pues se trata de un negocio celebrado al amparo del principio de libertad de la contratación reconocido en el art. 1255 CC (así, entre otras, STS de 19 de mayo de 1982, RJ 2580). Con ser ello cierto, no cabe desconocer que la ley constituye un límite a los acuerdos entre particulares. De ello se deduce que las dificultades que plantea la venta en garantía no radican en su admisibilidad, sino en la estructura y fundamento de este contrato, en sus efectos, y en la posible vulneración de algunos principios legales, como los relativos al pacto comisorio y a la *par conditio creditorum*.

7. *La venta en garantía como negocio fiduciario.* La venta en garantía es un negocio fiduciario. Más exactamente, es un supuesto de fiducia *cum creditore*. Así lo afirma expresamente la sentencia que se comenta, cuando establece que “la transmisión en garantía es un negocio fiduciario, del tipo de la fiducia «cum creditore»” (FJ 3º, párrafo tercero, 1º).

El negocio fiduciario es aquel negocio en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite en plena propiedad un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido. No constituye el negocio fiduciario una categoría unitaria y autónoma, sino que se trata de un artificio para obtener un resultado que cae dentro del ámbito de otra figura jurídica, en el caso que se analiza, el derecho de garantía. El negocio fiduciario se caracteriza por la utilización de un tipo contractual con el fin de obtener unos resultados

distintos a los que se derivan ordinariamente de ese tipo. Existe una desproporción entre el negocio jurídico celebrado (compraventa) y la finalidad perseguida por el mismo (servir de garantía). Efectivamente, a pesar de celebrar formalmente un contrato de compraventa, las partes no pretenden que el acreedor adquiera definitivamente la propiedad del bien, sino que la adquiera únicamente con fines de garantía. Como indica la STS de 22 de diciembre de 1988 (RJ 9748), la causa eficiente del negocio fiduciario no consiste en la enajenación propiamente dicha, sino en la garantía o afianzamiento de la obligación a que la relación obligatoria responde. La problemática de la venta en garantía se inscribe en el marco del negocio fiduciario, del que es su más clara manifestación. Por lo tanto, su naturaleza, estructura y efectos dependen directamente de los que se predique del negocio fiduciario.

A lo largo de los años han sido varias las posturas doctrinales y jurisprudenciales en torno al negocio fiduciario y, por extensión, a la venta en garantía.

A) La concepción clásica es la denominada teoría del doble efecto, que tiene su origen en la doctrina y jurisprudencia alemana. Conforme a la misma, el negocio fiduciario es un negocio jurídico que se caracteriza por su naturaleza compleja y en el que confluyen dos contratos independientes, uno real de transmisión plena del dominio, eficaz *erga omnes*, y otro obligacional, válido *inter partes*, que constriñe al adquirente para que actúe dentro de lo convenido y en forma que no impida el rescate por el transmitente. La teoría del doble efecto ha sido admitida por nuestro Tribunal Supremo desde las SSTS de 25 de mayo de 1944 (RJ 6000) y 28 de enero de 1946 (RJ 111) hasta la década de los ochenta, momento a partir del cual es abandonada lentamente. Parte de nuestra doctrina también la ha defendido [ALBALADEJO, *Negocio jurídico*, 1958, pp. 221, y JORDANO, *El negocio fiduciario*, 1959, pp. 118 la defendieron en un primer momento, aunque en trabajos posteriores se separaron de esta tesis; recientemente se ha adherido a la misma RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia...*, *cit.*, pp. 108]. La consecuencia más importante de esta teoría es que el vendedor-fiduciante transmite al comprador-fiduciario la titularidad dominical sobre una cosa de modo definitivo e ilimitado. El fiduciario deviene propietario del bien frente al fiduciante y frente a terceros, sin distinguir entre éstos los de buena o mala fe. En cuanto al fiduciante, tiene un derecho de crédito contra el fiduciario, que deriva de la obligación de éste de utilizar la titularidad adquirida de modo que no contradiga la finalidad para la que se le ha confiado.

Como ya expuso brillantemente DE CASTRO (*El negocio jurídico*, 1991, pp. 385 y ss.), la teoría del doble efecto tiene difícil encaje en el derecho español. En primer lugar, porque choca abiertamente con la voluntad de las partes, que no era celebrar una compraventa “normal”, sino con fines de garantía; así se acredita en el documento privado que suele acompañar a la escritura de compraventa. En segundo lugar, porque esta doctrina puede funcionar en un sistema abstracto como el alemán, pero casa mal con el causalismo del derecho español; difícilmente puede admitirse la existencia de una auténtica venta cuando este negocio transmisor de la propiedad carece de causa, al no haber precio (art. 1445 CC). Y en tercer lugar, porque conduce a unos resultados inaceptables e injustos, derivados de la consideración del fiduciario como propietario a todos los efectos. Así sucede, por ejemplo, si transmite el bien a un tercero (incluso de mala fe), frustrando la posibilidad del fiduciante de recuperarlo, pues la posición del tercero es inatacable, al haber adquirido de un *verus dominus* y ser la acción del fiduciante meramente obligacional. Tampoco es adecuada la situación en el caso de

quiebra del fiduciario; el fiduciante carece de derecho de separación alguno, por lo que el bien quedará integrado en la masa de la quiebra, y el derecho de crédito del fiduciante se someterá a la regla del dividendo. Igualmente es poco satisfactorio el supuesto de embargo del bien transmitido en fiducia por acreedores del fiduciario, pues el fiduciante no podrá, ni ejercitar la tercería de dominio, ya que no es propietario del bien, ni la de mejor derecho, puesto que no tiene un derecho privilegiado contra el fiduciario. Por último, la quiebra del fiduciante provoca una situación injusta, pues el acreedor-fiduciario dispondrá, como propietario del bien, de un *ius separationis*, perjudicando los derechos de otros acreedores.

B) Con el fin de superar los inconvenientes de la teoría del doble efecto, se ha propugnado otra concepción del negocio fiduciario, según la cual en la fiducia se produce una separación entre la propiedad material, que la retiene el fiduciante, y la propiedad formal, que se transmite al fiduciario. El desdoblamiento entre los efectos reales y obligacionales del negocio fiduciario da lugar a que la eficacia real se manifieste en la relación del fiduciario con los terceros de buena fe; frente a éstos, el fiduciario se muestra como propietario del bien, por lo que la posición del tercero es inatacable. En el resto de supuestos, en cambio, el fiduciante será tratado como propietario. Esta concepción ha sido defendida por algunos autores [HERNÁNDEZ GIL, “Notas a las Sentencias del Tribunal Supremo de 10 de marzo y 25 de mayo de 1944”, *RGLJ*, 1945, pp. 695 y ss.; SAPENA, “Actualidad de la fiducia cum creditore (problemas de la carta de gracia)”, *RDN*, 1957, pp. 125 y ss.] y el Tribunal Supremo se ha hecho eco de ella en varios pronunciamientos (SSTS 19 de mayo de 1982, RJ 2580, 2 de junio de 1982, RJ 3402; 25 de febrero de 1988, RJ 1305; 8 de marzo de 1988, RJ 1607; 7 de marzo de 1990, RJ 1674; 7 de mayo de 1991, RJ 3583; 6 de julio de 1992, RJ 6184). Se afirma en muchas de estas sentencias que la venta en garantía tiene una limitada eficacia real, pues alcanza a los terceros, pero no puede oponerse al fiduciante por no haber operado una verdadera transmisión del dominio *inter partes*.

Los efectos prácticos de esta teoría son muy ventajosos, pues el fiduciante será considerado propietario del bien frente a todos, salvo en la relación interna con el fiduciario. Ello significa que si el bien es embargado por acreedores del fiduciario, el fiduciante podrá ejercitar con éxito la tercería de dominio, y que si el fiduciario está en quiebra, el fiduciante podrá sacar el bien de la masa ejercitando el *ius separationis*. También se protegen adecuadamente los intereses de los terceros acreedores, pues si el fiduciante entra en quiebra, el fiduciario no dispondrá de un derecho de separación; a lo más, si se entiende que su crédito tiene carácter privilegiado, será satisfecho en el orden de preferencia que le corresponda. A pesar de estos loables efectos, resulta criticable el punto de partida de esta teoría, que descansa en el desdoblamiento de la propiedad en material y formal, puesto que tal separación no parece tener cabida en nuestro derecho, en la medida en que crea derechos reales extraños a nuestro ordenamiento (igualmente críticos DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 422; DE ANGEL YAGÜEZ, “Problemas que suscita la «venta en garantía» en relación con los procedimientos de ejecución del deudor”, *RCDI*, 1973, n.º 494, pp. 53; RODRÍGUEZ-ROSADO, *Fiducia y pacto de retro...*, cit., pp. 120).

C) Ante el difícil equilibrio en que se sustenta la distinción entre propiedad material y formal, ha surgido una tercera concepción que atribuye al acreedor la denominada “titularidad fiduciaria”, en terminología de DE CASTRO. Esta teoría ha sido ampliamente aceptada por la doctrina (DE CASTRO, *El negocio jurídico*, cit., pp. 423;

ALBALADEJO, “El llamado negocio fiduciario es simplemente un negocio simulado relativamente”, AC, 1993-4, pp. 665; DE ANGEL, “Problemas que suscita...”, *cit.*, pp. 53), y poco a poco va siendo acogida por los tribunales (SSTS de 7 de mayo de 1991, RJ 3583; 22 de febrero de 1995, RJ 1700; RDGRN 30 de junio de 1987, RJ 4843).

Esta última teoría difiere de la anteriormente expuesta (propiedad formal y material) no tanto en sus consecuencias, sino en sus presupuestos, esto es, en la explicación del negocio fiduciario. Según esta interpretación, el negocio fiduciario no es más que un negocio disimulado de garantía. En la venta en garantía, bajo la apariencia de un contrato (simulado) de compraventa se esconden los pactos (disimulados) de garantía. No existe un verdadero contrato de compraventa porque las partes no quisieron transmitir la propiedad del bien. Sin embargo, lo cierto es que ambas consintieron en ello. Por eso, más que en sede de consentimiento, la solución hay que buscarla en sede de causa. En esta línea, se ha sostenido que no hay compraventa porque ésta carece de causa, al no existir precio. Lo realmente querido es el establecimiento de una garantía a favor del acreedor. Como no hay compraventa, la propiedad del bien continúa en el deudor-fiduciante. Lo que caracteriza a esta garantía es el hecho de que el acreedor se presenta exteriormente como titular dominical de un bien, por voluntad del verdadero dueño, que le confiere esa titularidad con fines de garantía. Esta titularidad del acreedor se denomina titularidad fiduciaria, por tener su origen en un pacto fiduciario. En mi opinión, esta es la tesis que debe acogerse del negocio fiduciario, pues es la que expone de manera más convincente su estructura y naturaleza. Ahora bien, sostener que el acreedor es titular fiduciario de un bien no es decir mucho, pues lo más interesante es analizar los efectos que semejante titularidad acarrea, no sólo en las relaciones entre el acreedor y el deudor, sino también en las relaciones con los terceros.

¿Cuál es la concepción del negocio fiduciario que asume el Tribunal Supremo en la sentencia que se comenta? En una primera aproximación, parece que adopta la tesis de la separación entre la propiedad material y la formal, pues la sentencia establece que “el fiduciante transmite la propiedad formal” (FJ 3º, párrafo tercero, 1º), y más adelante vuelve a repetir que “el fiduciante transmite al fiduciario la propiedad formal” (FJ 3º, párrafo tercero, 2º). Sin embargo, lo cierto es que utiliza para su razonamiento los argumentos de la tercera concepción, la de la “titularidad fiduciaria” del acreedor, a pesar de que en ningún momento acoja esta expresión. En efecto, afirma el Tribunal Supremo que bajo la apariencia de un contrato de compraventa (simulado), lo que en verdad se ha estipulado es la transmisión del inmueble en garantía. No hay compraventa porque el vendedor no ha pagado precio alguno. Lo que hay es una venta en garantía. En realidad, esta sentencia es un buen ejemplo de la actual situación jurisprudencial sobre la concepción de la venta en garantía como negocio fiduciario. No existe una tesis uniforme y constante, siendo habituales en los últimos años los pronunciamientos judiciales divergentes, o aquellos otros que, como el que nos ocupa, acogen en una misma sentencia argumentos de las teorías de la separación entre propiedad material y formal y de la titularidad fiduciaria.

8. *La propiedad sobre el bien.* ¿Qué efectos produce entre vendedor y comprador la celebración de una venta en garantía? El primero de ellos, y el más importante, es que no da lugar a una auténtica transmisión de la propiedad del deudor al acreedor. Así lo ha entendido la mayoría de la doctrina (DE CASTRO, *El negocio jurídico*, *cit.*, pp. 433; DE ANGEL, “Problemas que suscita...”, *cit.*, pp. 59; GARRIDO, *Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 499; ROJO AJURIA, “Las garantías

mobiliarias. Fundamentos del Derecho de garantías mobiliarias a la luz de la experiencia de los Estados Unidos de América”, *ADC*, 1989, pp. 762; PANTALEÓN PRIETO, “Cesión de créditos”, *ADC*, 1998, IV, pp. 1042; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, 1999, pp. 355), y también la jurisprudencia del Tribunal Supremo (SSTS de 19 de mayo de 1989, RJ 3780; 7 de mayo de 1991, RJ 3583; 12 de noviembre de 1991, RJ 8109; 14 de febrero de 1996, RJ 1253).

La STS de 26 de abril de 2001 confirma esta tesis, cuando establece que “el fiduciario no se hace dueño real del objeto transmitido” (FJ 3º, párrafo tercero, 3º). La expresión entrecomillada es repetida literalmente por el Tribunal Supremo en una sentencia posterior, de 17 de julio de 2001 (RJ 6860). Asimismo, en la STS de 1 de febrero de 2002 se afirma que “el derecho de los prestamistas se concreta a obtener la devolución de lo garantizado, pero sin que acceda a su patrimonio demodo definitivo el derecho de propiedad”. En consecuencia, la titularidad fiduciaria del acreedor no supone que éste devenga propietario de la cosa. Ésta sigue en propiedad del deudor fiduciante, aunque haya sido confiada en garantía al fiduciario, quien queda en apariencia como dueño. El acreedor adquiere una mera titularidad formal nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor fiduciante. No se trata, por tanto, de una transmisión de la propiedad al acreedor con carácter temporal, sino que la propiedad la mantiene siempre el deudor. La transmisión de la propiedad requiere un título o causa adecuada, y una causa de garantía no es hábil para esa transmisión. La propiedad del bien que tiene el deudor explica que éste pueda ejercitar las acciones inherentes a su cualidad de propietario; entre ellas, la reivindicatoria, que podrá ejercitar contra el fiduciario cuando haya satisfecho la deuda. Como el acreedor fiduciario no es un verdadero propietario, no puede ejercitar ni la acción reivindicatoria, ni la acción declarativa de dominio (STS de 17 de julio de 2001, RJ 6860).

9. *La «retransmisión» de la cosa.* Toda venta en garantía lleva implícita la obligación del acreedor fiduciario (comprador en garantía) de retransmitir el bien al fiduciante (vendedor en garantía), una vez cumplida la obligación garantizada. Esta “retransmisión” de la cosa es también reconocida por la sentencia que se comenta: “El fiduciario... ha de devolverlo [el bien] al fiduciante una vez cumplidas las finalidades perseguidas con la fiducia. El pacto fiduciario lleva consigo esa retransmisión” (FJ 3º, párrafo tercero, 3º). Por lo tanto, una vez extinguida la deuda por cumplimiento, el fiduciante deberá recuperar lo cedido en garantía, quedando en relación a la cosa en la misma posición que tenía antes de celebrar la venta en garantía. Como no ha tenido lugar una auténtica transmisión de la propiedad al fiduciario, no puede afirmarse que éste quede obligado a retransmitir la propiedad al fiduciante. En realidad, el contenido de la “retransmisión” dependerá de lo que previamente se haya transmitido al fiduciario. Así, si el fiduciario ostentaba una simple titularidad registral, por haberse pactado que la posesión la conservaría el fiduciante (por ejemplo, en arrendamiento o en precario), la retransmisión consistirá en la modificación del Registro, haciendo constar en el mismo que él es el propietario. La situación es diferente cuando con la venta en garantía el fiduciario detenta también la posesión de la cosa. En tal caso, la retransmisión consistirá asimismo en la devolución de la posesión del bien al fiduciante. Si el acreedor-fiduciario se niega a restituir el bien, el fiduciante podrá ejercitar con éxito la acción reivindicatoria, como auténtico propietario del bien (STS de 4 de junio de 1998, RJ 4670). Sin embargo, carece de esta acción reivindicatoria en tanto no se extinga por cumplimiento la obligación principal.

En el supuesto que resuelve la STS de 26 de abril de 2001, los vendedores en garantía continúan con la posesión de la casa. En consecuencia, la “retransmisión”, cuando se produzca, implicará únicamente el cambio en la titularidad registral de la misma.

10. *El «ius retinendi» del acreedor.* La garantía constituida por la venta en garantía se materializa, básicamente, en el *ius retinendi* (derecho de retención) que se atribuye al acreedor fiduciario que ha recibido la posesión del bien vendido en garantía. Este derecho de retención, reconocido desde hace años por la jurisprudencia, ha sido reafirmado por el Tribunal Supremo en sus sentencias más recientes. Así, la STS de 1 de febrero de 2002 establece que “la titularidad formal produce el efecto de asistir al fiduciario, en tanto no se produzca el cumplimiento, un «ius o título retinendi»” (FJ 3º, párrafo quinto). Y posteriormente, la STS de 14 de marzo de 2002 dispone que la transmisión de la propiedad en garantía “únicamente atribuye a los adquirentes de la garantía (fiduciarios) una titularidad meramente formal, y un «ius retinendi»” (FJ 4º, párrafo quinto). Obviamente, sólo existe derecho de retención cuando la venta en garantía va acompañada de la transmisión de la posesión del bien, esto es, cuando el acreedor-fiduciario ha recibido efectivamente la posesión del bien. Por otra parte, este derecho de retención sólo tiene sentido en la medida en que sirve para asegurar el pago de la deuda por el fiduciante. Por lo tanto, la garantía pierde su razón de ser cuando el deudor cumple la obligación garantizada. A partir de este momento se extingue el derecho de retención, y el vendedor-fiduciante queda autorizado para reclamar la “retransmisión” de la cosa.

11. *Venta en garantía y pacto comisorio.* Una de los problemas más interesantes que plantea la venta en garantía es el de si, vencida e incumplida la obligación principal, el acreedor fiduciario puede por este solo hecho hacerse definitivamente con la propiedad del bien, porque así se haya pactado en el contrato, o incluso en ausencia de pacto. En algunas ocasiones el Tribunal Supremo ha admitido este modo de actuar, al establecer que si el deudor incumple, el acreedor-fiduciario consolidará el pleno dominio sobre el bien (STS de 7 de marzo 1990, RJ 1674). Sin embargo, la generalidad de la doctrina [GARRIDO, *Tratado de las preferencias...*, cit., pp. 501; DURÁN RIVACOBÁ, *La propiedad en garantía. Prohibición del pacto comisorio*, Pamplona, Aranzadi, 1998, pp. 172; REGLERO CAMPOS, “Ejecución de las garantías reales mobiliarias e interdicción del pacto comisorio”, en NIETOCAROL/MUÑOZ CERVERA (Coord.), *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, T. II, vol. 1, 1996, pp. 439; PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derechos reales...*, cit., pp. 357; FELIÚ REY, *La prohibición y la opción en garantía*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 138] y la mejor jurisprudencia (SSTS de 22 de diciembre de 1988, RJ 9748; 22 de febrero de 1995, RJ 1700; 13 de mayo de 1998, RJ 3687; RDGRN 30.6.1987, RJ 4843) rechazan este proceder, pues supone una violación de la prohibición de pacto comisorio. Para llegar a esta conclusión debe aceptarse que la prohibición de pacto comisorio contenida en el art. 1859 CC no se predica sólo de los negocios de garantía típicos (prenda, hipoteca y anticresis), sino que se aplica también a los atípicos. Y ello porque la *ratio* de este precepto exige su aplicación analógica a todo supuesto donde se presente una facultad de apropiación del acreedor de un bien del deudor causalizada al impago de un débito simultáneo o anterior al contrato donde se pactó la facultad de apropiación. Por esta razón, viola la prohibición de pacto comisorio la venta en garantía pactada en el mismo contrato (normalmente, préstamo) en el que se genera la deuda, si contiene una facultad apropiatoria a favor del acreedor. En cambio, es perfectamente válida la venta en garantía que no está causalizada a la deuda cuyo

cumplimiento garantiza. Así, por ejemplo, cuando una vez surgida la deuda, deudor y acreedor pactan que la entrega de un bien de aquél a éste extinguirá la deuda (dación en pago). En definitiva, la garantía contenida en la transmisión fiduciaria de la propiedad al fiduciario no autoriza a éste para hacerse propietario del bien ante el incumplimiento del deudor-fiduciante, ni siquiera en el supuesto de que así expresamente se haya previsto en el contrato.

La sentencia que se comenta viene a confirmar en todos sus extremos lo que acaba de exponerse. En efecto, se afirma en la misma que “la falta de cumplimiento por el fiduciante de la obligación garantizada no convierte al fiduciario en propietario del objeto dado en garantía” (FJ 3º, párrafo tercero, 3º), y más adelante se establece que “la transmisión de la propiedad con fines de seguridad, o «venta en garantía», es un negocio jurídico en que... se persigue una finalidad lícita, cual es la de asegurar el cumplimiento de una obligación, y no puede pretenderse otra ilícita, como la de que, en caso de impago de la obligación, el fiduciario adquiera la propiedad de la cosa, pues se vulneraría la prohibición del pacto comisorio” (FJ 3º, párrafo tercero, 6º). Y ello porque “la referida 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. De lo contrario, el principio de la autonomía de la voluntad reconocido en el art. 1255 del Código Civil permitiría la creación de negocios en fraude de ley” (FJ 3º, párrafo séptimo). Posteriores sentencias del Tribunal Supremo inciden en esta misma idea (así, por ejemplo, las STS de 5 de diciembre de 2001, RJ 9934, y 1 de febrero de 2002).

12. *¿Dispone el acreedor de «acción real» contra el bien que sirve de garantía?* La cuestión más controvertida de la venta en garantía es la averiguación de si, en el supuesto de incumplimiento del deudor, el acreedor-fiduciario puede proceder a la enajenación del bien para satisfacer su deuda con el dinero así obtenido, y si podrá cobrar con preferencia al resto de los acreedores. Se trata de analizar si el acreedor dispone de un *ius distrahendi*, pudiendo proceder a la realización del bien “vendido” en garantía, y si tiene preferencia para el cobro, al tener el crédito el carácter de privilegiado. En definitiva, si la venta en garantía atribuye al acreedor las facultades propias de los derechos reales de garantía: la facultad de realización forzosa del bien en el supuesto de incumplimiento del deudor, y la facultad de preferencia y prioridad en el cobro. El problema no está resuelto doctrinalmente. Algunos autores estiman que el único contenido de la garantía es el poder de retención, negando por tanto el *ius distrahendi* y el carácter privilegiado de su crédito (FELIÚ REY, *La prohibición...*, *cit.*, pp. 124; RIVERA FERNÁNDEZ, “Comentario a la STS 3 diciembre 1996”, *CCJC*, 1997, núm. 43, § 1172, pp. 361); otros, sin embargo, defienden que el acreedor sí dispone de tales facultades, teniendo una acción privilegiada sobre los bienes recibidos en garantía [REGLERO CAMPOS, “Ejecución de las garantías reales mobiliarias...”, *cit.*, pp. 448; GETE-ALONSO, “Comentario a la RDGRN 5 junio 1991”, *cit.*, pp. 767; BOUZA VIDAL, *Las garantías mobiliarias en el comercio internacional*, 1991, pp. 75; SANCHEZ LORENZO, *Garantías reales en el comercio internacional (reserva de dominio, venta en garantía y leasing)*, 1993, pp. 168 y ss.; PÉREZ DE ONTIVEROS, “Consideraciones en torno...”, *cit.*, pp. 61; CUENCA GARCÍA, “La «venta en garantía»...”, *cit.*, pp. 554]. Tampoco la jurisprudencia es uniforme, ya que si bien hay sentencias que le niegan el carácter de privilegiado al crédito del acreedor (STS de 10 de diciembre de 1992, RJ 10135), son abundantes las decisiones que confieren al acreedor un crédito preferente para hacerse efectivo sobre el bien “vendido” (SSTS de

19 de mayo de 1982, RJ 2580; 25 de febrero de 1988, RJ 1305; 7 de mayo de 1991, RJ 3583; 13 de mayo de 1998, RJ 3687).

A mi juicio, la respuesta a esta cuestión es extremadamente compleja. Es evidente que la verdadera causa del negocio es servir de garantía al acreedor. Por eso, el problema fundamental consiste en determinar si bajo el revestimiento formal de una compraventa existe en realidad un contrato de garantía perfectamente reconducible a alguno de los regulados en nuestro derecho. Se trataría de dilucidar si es posible la “conversión” de esta compraventa en un derecho real de garantía típico. A pesar de que el proceso de conversión de la compraventa en un derecho de garantía típico sobre cosa corporal presenta dificultades importantes, que derivan de la especial forma de constitución de los derechos reales típicos y de la necesaria inscripción de algunos de ellos, en otro lugar (A. CARRASCO PERERA/E. CORDERO LOBATO/M. J. MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, Aranzadi, 2002, pp. 1066 y ss.) defendí la viabilidad de la citada “conversión” en determinados casos. En particular, sostuve que, bajo determinadas condiciones, cabía la conversión de la venta en garantía en un derecho de prenda, de reserva de dominio o de hipoteca. Aplicando lo allí dicho al caso resuelto en la STS que se comenta, habida cuenta de que la venta en garantía recae sobre un inmueble, se ha documentado en escritura pública y se ha inscrito en el Registro de la Propiedad, hay que considerar al acreedor-fiduciario, a los efectos de preferencia de su crédito, como un acreedor hipotecario. Eso no significa que el acreedor pueda ejercitar la acción ejecutiva directamente contra el bien “vendido” en garantía, a través del procedimiento de ejecución previsto en los arts. 681 y ss. LEC. Para que el acreedor hipotecario pueda utilizar este procedimiento judicial de ejecución hipotecaria es necesario que en la escritura de constitución de la hipoteca se determine el precio en que los interesados tasan la finca hipotecada, para que sirva de tipo en la subasta (art. 682.2.1º LEC). Este requisito no se satisface en el supuesto que nos ocupa, por lo que en ningún caso podrá el acreedor-fiduciario utilizar este concreto procedimiento judicial para cobrar su crédito.

En la sentencia que se comenta el Tribunal Supremo parece apartarse de esta interpretación, cuando establece que “el fiduciario, caso de impago de la obligación garantizada, ha de proceder contra el fiduciante como cualquier acreedor, teniendo la ventaja de que cuenta ya con un bien seguro con el que satisfacerse, pero sin que ello signifique que tiene acción real contra el mismo” (FJ 3º, párrafo tercero, 5º). Lo realmente interesante es la última frase del total entrecomillado: el acreedor-fiduciario no tiene acción real contra el bien vendido en garantía. En consecuencia, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor no dispone de un *ius distrahendi*, esto es, no puede acudir a un procedimiento específico que persiga la venta del bien y el cobro del crédito con el dinero así obtenido; tampoco podrá cobrar ese crédito con preferencia al resto de los acreedores del deudor, es decir, su crédito no es privilegiado. La única ventaja con la que cuenta este acreedor-fiduciario es que él ostenta una titularidad fiduciaria sobre un bien del deudor; que él consta en el Registro como propietario de un bien que, en realidad, sigue perteneciendo al deudor. De modo que el acreedor tiene la certeza de que existe al menos un bien sobre el que poder dirigir la ejecución universal para cobrar su crédito. Este parece ser el sentido de la expresión contenida en la STS, según la cual con la venta en garantía se “asegura al fiduciario que lo tendrá sujeto [el bien] a la satisfacción forzosa de la obligación para cuya seguridad se estableció el negocio fiduciario” (FJ 3º, párrafo tercero, 2º). En definitiva, el acreedor dispone de un bien del deudor sobre el que poder instar la ejecución de la sentencia condenatoria;



aunque también podrán pretender cobrar sus créditos contra ese bien el resto de los acreedores del deudor, pues el acreedor garantizado con la venta en garantía carece de privilegio alguno.

Esto, lógicamente, para el caso de que el deudor y el vendedor en garantía sean la misma persona. Pues si se trata de personas distintas, como en el caso resuelto en la STS que se comenta, el acreedor no podrá instar la ejecución sobre el bien recibido en garantía, pues éste no es propiedad del deudor incumplidor, sino de un tercero (el vendedor en garantía). En esta situación el único derecho que ostenta el acreedor-fiduciario es el *ius retinendi*.

La doctrina sentada sobre este particular en la STS de 26 de abril de 2001 ha sido seguida por el alto tribunal en pronunciamientos posteriores. En este sentido, la STS de 14 de marzo de 2002 afirma que la transmisión de la propiedad en garantía “únicamente atribuye a los adquirentes de la garantía (fiduciarios) una titularidad meramente formal y un «ius retinendi»” (FJ 4º, párrafo quinto; la cursiva es mía).

#### IV. EL FALLO DE LA SENTENCIA.

13. Por último, resulta interesante realizar algunas precisiones sobre el fallo de la sentencia. El Tribunal Supremo declara nula la escritura pública de compraventa, pues es contrato simulado, pero estima la validez del negocio disimulado, que es una venta en garantía (transmisión de la propiedad en garantía). También declara la nulidad del pacto de retroventa contenido en la escritura pública, y ordena la cancelación registral de este pacto. Estimo acertado el primero de los pronunciamientos citados. Efectivamente, el contrato de compraventa, como tal, es nulo, pues se trata de un contrato simulado. Vendedores y comprador no quisieron estipular una ordinaria compraventa, en la que se enajena un bien a cambio de un precio. En el caso que se analiza no existe precio alguno. El contrato realmente querido –y celebrado- es una venta en garantía, que no es sino una modalidad de contrato de garantía. Por eso se declara nulo el contrato como contrato de compraventa, pero válido como venta en garantía.

Mayores dudas me plantea la segunda decisión del TS: la declaración de nulidad del pacto de retroventa, y la orden de cancelar su inscripción registral. En una primera aproximación, la nulidad del pacto de retroventa parece justificada. Como la compraventa como tal es nula (por falta de precio), también es nulo el pacto accesorio de retroventa. El contrato realmente estipulado es una venta en garantía, donde, como se ha señalado, el vendedor-fiduciante sigue siendo propietario del bien, teniendo el acreedor-fiduciario una titularidad fiduciaria sobre el bien, que le permite incluso constar en el Registro como propietario. En la venta en garantía, por su propia configuración, el vendedor no tiene un derecho de retracto, ni tiene sentido además que se pacte un derecho de este tipo. Pues el vendedor sigue siendo propietario del bien, o más exactamente, en ningún momento ha dejado de ser propietario. Por eso no tiene sentido atribuir al vendedor un derecho a “recuperar” la propiedad, pagando determinadas cantidades (cfr. art. 1518 CC). Lo que el vendedor en garantía sí tiene (incluso aunque no se haya pactado) es el derecho a obtener la “retransmisión” de la cosa, una vez satisfecha la deuda en cuya garantía se vendió el bien; “retransmisión” que consistirá en la modificación del Registro (para que en él de nuevo aparezca como propietario del bien el vendedor) y/o, en su caso, en la recuperación de la posesión de la cosa por el vendedor (v. el apartado 9). En conclusión, como la compraventa es nula,

también será nulo el pacto de retroventa; y como el contrato realmente celebrado es una venta en garantía, hay que entender (repito, aunque no se pacte) que el vendedor tiene un derecho a obtener la “retransmisión” de la cosa cuando la deuda garantizada se satisfaga. Adviértse que este derecho de retransmisión tiene sólo carácter personal (ejercitable únicamente frente al comprador-fiduciario), a diferencia del derecho a recuperar el bien tras el ejercicio del retracto, que tiene carácter real.

Pero, por otra parte, también cabría hacer otra interpretación. Podría decirse que las partes, además de haber pactado (como contrato disimulado) una venta en garantía, han configurado el derecho del vendedor a “recuperar” el bien -cuando se cumpla la deuda- como un derecho de carácter real, para lo cual es necesaria su inscripción en el Registro. Conforme a esta concepción, resulta desacertado instar la cancelación del pacto de retroventa. Lo más adecuado sería considerar esta cláusula nula, como pacto de retroventa, pero estimar que la verdadera intención de las partes (pacto disimulado) era atribuir carácter real al derecho de “retransmisión” inherente a toda venta en garantía. En consecuencia, habría que entender que esa cláusula no es sino el derecho de retransmisión, al que mediante la inscripción en el Registro se le otorga carácter real.

La pregunta central que debe resolverse es si, en la venta en garantía, las partes pueden configurar el derecho de “retransmisión” como un derecho real, ejercitable por tanto *erga omnes*, de modo que el vendedor-fiduciante pueda recuperar el bien aunque esté en poder de un tercero que lo haya adquirido del comprador-fiduciario. El gran riesgo que tiene la venta en garantía para el vendedor es que el comprador-fiduciario, al constar en el Registro como titular, puede vender a terceros, quienes quedan protegidos por el principio de la apariencia. Como establece la sentencia que se comenta “el fiduciante transmite la propiedad formal con el riesgo de que al adquirirla el fiduciario y figurar como tal frente a terceros, puede éste vulnerar el pacto de fiducia transmitiéndola a su vez, estando los adquirentes del fiduciario protegidos en su adquisición en virtud de la eficacia de la apariencia jurídica, que protege las adquisiciones a título oneroso y de buena fe de quien en realidad no es propietario” (FJ 3º, párrafo tercero, 1º). En mi opinión, para evitar que un tercero adquiera el bien del fiduciario y esa adquisición sea inatacable por el vendedor-fiduciante, bastará con que en la escritura en que se documenta la venta (en garantía) del inmueble se haga constar que la transmisión del bien se ha realizado a los solos efectos de garantizar un crédito. De este modo este tercer adquirente no podrá ser considerado de buena fe, por lo que no se cumple uno de los requisitos exigidos por el art. 34 LH.