

M. J. Marín López, “Comentario a la STS de 5 de mayo de 2005. Contrato de financiación a comprador de bienes muebles con reserva de dominio inscrita. Inadmisión de la tercería de dominio ejercitada por el financiador. Posibilidad de considerar esa reserva de dominio como un supuesto de venta en garantía (*fiducia cum creditore*)”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Madrid. Ed. Civitas, 2006, núm. 70, § 1878, pp. 427 a 455.

SENTENCIA de 5 de mayo de 2005

OBJETO Contrato de financiación a comprador de bienes muebles con reserva de dominio inscrita. Inadmisión de la tercería de dominio ejercitada por el financiador. Posibilidad de considerar esa reserva de dominio como un supuesto de venta en garantía (*fiducia cum creditore*).

PARTES Tesorería General de la Seguridad Social (demandada y recurrente) *contra* Hispamer Servicios Financieros, Establecimiento Financiero de Crédito, SA (demandante).

PONENTE Excmo. Sr. D. Román García Varela.

FALLO Ha lugar al recurso.

DISPOSICIONES LEGALES APLICADAS:

Artículos 3, 6, 12 y 23 de la Ley 50/1965, de venta a plazos de bienes muebles.

DOCTRINA:

La sentencia recurrida contiene la siguiente argumentación:

«Ciertamente, desde una perspectiva teórica cabe señalar que no existe la posibilidad de “otorgar” la propiedad por la simple voluntad de alguno de los sujetos intervinientes, ya que ésta se transmite conforme a la teoría del título y el modo. De otra parte, esta situación no se correspondería con una “reserva del dominio”, dado que el financiador es un sujeto distinto del vendedor de la cosa, por lo que no puede “reservarse” algo que no tenía con anterioridad a la operación de venta, sino más bien como una especie de “venta en garantía” o “cesión fiduciaria de la propiedad”. A juicio de esta Sala, esa es la consideración que se debe aplicar a tales medidas de garantía, que, aunque no se corresponde con la dogmática de la reserva de dominio, pueden tener su efectividad en el seno de nuestro ordenamiento mediante su debido encaje en la figura de la “fiducia cum creditore”».

Esta Sala [del Tribunal Supremo] no acepta la argumentación de la sentencia de la Audiencia en lo relativo a lo manifestado sobre que «la consideración que se debe aplicar a tales medidas de garantía, que, aunque no se corresponde con la dogmática de la reserva de dominio, pueden tener su efectividad en el seno de nuestro ordenamiento mediante su debido encaje en la figura de la “fiducia cum creditore”», toda vez que no

nos hallamos en este supuesto litigioso en presencia de un negocio fiduciario, en la concreta modalidad indicada en la resolución de apelación, cuya esencia, según constante doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, consiste en un negocio jurídico en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite la titularidad formal de un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transferirlo al verdadero titular cuando la obligación garantizada se haya cumplido («pactum fiduciae»), pues, en el caso, el dominio permanece en el comprador y no se ha derivado a la financiera, y la reserva de dominio sólo alcanza los meros efectos de garantía, sin que aparezca la exigencia de que revierta de nuevo en el propietario en el momento en que la obligación de que se trata fuera hecha efectiva.

HECHOS:

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

Don Pedro Miguel y doña Carmen desean adquirir una máquina impresora “Heldelberg”. Financian la adquisición mediante un préstamo que concluyen con la entidad “Hispamer Servicios Financieros, Establecimiento Financiero de Crédito”. En concreto, celebran con Hispamer un contrato de financiación a comprador de bienes muebles, que fue intervenido por fedatario público. El contrato fue inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Guipúzcoa el 13 de febrero de 1992, y la inscripción fue prorrogada posteriormente por el Registrador Mercantil a petición de Hispamer.

Con este contrato el financiador presta a los prestatarios la cantidad de 21.982.524 ptas., quedando éstos obligados a realizar 48 abonos mensuales: los primeros 12 por importe de 398.234 ptas. mensuales, y los 36 restantes por la cantidad de 477.881 ptas. mensuales. Estos 48 plazos de amortización se documentan en letras de cambio. Por otra parte, el contrato contiene una cláusula de reserva de dominio y otra de prohibición de disponer. La primera se realiza conforme a su formulación clásica: “se entiende conferido el dominio al financiador a los meros efectos de garantía, hasta el completo pago del crédito, con los mismos derechos que si fuera cesionario del vendedor a plazos”.

Los prestatarios don Pedro Miguel y doña Carmen dejan de abonar los plazos de amortización de enero, febrero, junio, julio a diciembre de 1994, y enero a noviembre de 1995, razón por la cual el financiador Hispamer interpone en 1996 una demanda ante el JPI de Eibar en reclamación de cantidad, que se tramita por los cauces del juicio ejecutivo.

Los prestatarios mantienen una deuda con la Tesorería General de la Seguridad Social, y ante su impago ésta procede a la traba de la máquina impresora “Heldelberg”, y dicta providencia de embargo de la misma el 14 de febrero de 1996.

Ante esta situación, Hispamer Servicios Financieros interpone una demanda de tercería de dominio contra la Tesorería General de la Seguridad Social, don Pedro Miguel y doña Carmen. El Juzgado de Primera Instancia nº 6 de San Sebastián dicta sentencia el 13 de marzo de 1998, en la que estima la demanda, declara que el bien objeto de embargo es propiedad de la entidad Hispamer Servicios Financieros, y ordena el levantamiento del embargo.

La Tesorería General de la Seguridad Social interpone recurso de apelación, que es desestimado por la Audiencia Provincial de San Sebastián (Sección Primera), mediante sentencia de 30 de octubre de 1998.

La Tesorería General de la Seguridad Social interpone recurso de casación, que es admitido por el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de mayo de 2005.

FUNDAMENTOS DE DERECHO:

PRIMERO.- Son antecedentes necesarios para la resolución de este recurso de casación los siguientes:

1º.-La entidad «Hispamer Servicios Financieros, Establecimiento Financiero de Crédito, SA» financió una operación a don Pedro Miguel y doña Carmen, por importe de 21982.524 pesetas, con relación a una máquina impresora «Heldelberg», marca ..., modelo MOZ-F, número de chasis ..., para lo que se suscribió el correspondiente contrato de financiación a comprador de bienes muebles, que fue intervenido por fedatario público.

2º.-El contrato de financiación, que contenía una cláusula de reserva de dominio a favor de la entidad financiadora (según la cual «se entiende conferido el dominio al financiador a los meros efectos de garantía, hasta el completo pago del crédito, con los mismos derechos que si fuera cesionario del vendedor a plazos»), y otra de prohibición de enajenar, fue inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Guipúzcoa el 13 de febrero de 1992, y la inscripción se prorrogó posteriormente por el Registrador Mercantil a petición de «Hispamer».

3º.-Para la amortización de la citada operación crediticia, se libraron 12 efectos mensuales por importe de 398.234 pesetas y vencimiento el día 5 de los meses comprendidos entre diciembre de 1991 y noviembre de 1992, y otros 36 efectos mensuales por importe de 477.881 pesetas con vencimiento en los días 5 de cada mes entre diciembre de 1992 y noviembre de 1995.

4º.-Don Pedro Miguel y doña Carmen dejaron de atender los recibos de enero, febrero, junio, julio a diciembre de 1994 y enero a noviembre de 1995, por lo fue interpuesta la oportuna reclamación ante el Juzgado de Primera Instancia de Eibar, que dio lugar a los autos de juicio ejecutivo 278/96.

5º.-La «Treasorería General de la Seguridad Social» procedió a la traba de la máquina antes referida, en garantía de una deuda que contra ella mantenía el comprador y de la que es ajena «Hispamer», para lo que dictó providencia de embargo de la misma el 14 de febrero de 1996 y, presentada reclamación previa por la financiera, la misma fue desestimada.

6º.-«Hispamer Servicios Financieros, Establecimiento Financiero de Crédito, SA», promovió demanda de tercera de dominio contra don Pedro Miguel, doña Carmen y la «Treasorería General de la Seguridad Social - Treasorería Territorial de Guipúzcoa»- e

interesó las peticiones que se detallan en el antecedente de hecho primero de esta sentencia.

El Juzgado acogió la demanda y su sentencia fue confirmada en grado de apelación por la de la Audiencia.

La «Tesorería General de la Seguridad Social» ha interpuesto recurso de casación contra la sentencia de la Audiencia por los motivos que se examinan a continuación.

SEGUNDO.- El motivo primero del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) por inaplicación del artículo 1537 de este ordenamiento, según el cual «con la demanda de tercería deberá presentarse el título en que se funda, sin cuyo requisito no se le dará curso», por cuanto que, según acusa, la sentencia impugnada no ha valorado que un contrato de financiación, aunque contenga cláusulas de reserva de dominio, no es título suficiente para fundamentar la tercería, toda vez que este tipo de contratos no transmiten la propiedad del bien, de manera que el tercerista no ha presentado título suficiente, por lo que ni siquiera debió darse curso a la demanda- se desestima porque esta Sala tiene declarado que, en relación con el citado artículo 1537, la titulación constará en un documento público o privado, o en la apariencia y en la posesión para los bienes muebles, y basta que el interesado la considere apropiada a su pretensión para que el Juez deba admitirla y dar curso a la demanda, sin que sea lícito apreciar su validez y eficacia en ese estado del juicio, lo que sería prejuzgar la cuestión que ha de resolverse en la sentencia (entre otras, SSTS de 7 de mayo de 1993 [RJ 1993, 3463] y 14 de febrero de 1995 [RJ 1995, 849]).

TERCERO.- El motivo segundo del recurso -al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1) por aplicación indebida de lo dispuesto en los artículos 3, 6, 12 y 23 de la Ley 50/65 (RCL 1965, 1313), por la que se regula la venta a plazos de bienes muebles, puesto que, según denuncia, la sentencia de instancia no ha considerado que los contratos de financiación a comprador son un simple préstamo de dinero a éste, que no otorgan en momento alguno el dominio del bien a la entidad financiera, ni siquiera cuando hay reserva de dominio a su favor, puesto que la misma se constituye a los meros efectos de garantía y surten efectos exclusivamente en las relaciones «inter partes», pero no en las frente a terceros- se estima por las razones que se dicen seguidamente.

La sentencia recurrida contiene la siguiente argumentación:

«Ciertamente, desde una perspectiva teórica cabe señalar que no existe la posibilidad de “otorgar” la propiedad por la simple voluntad de alguno de los sujetos intervinientes, ya que ésta se transmite conforme a la teoría del título y el modo. De otra parte, esta situación no se correspondería con una reserva de dominio”, dado que el financiador es un sujeto distinto del vendedor de la cosa, por lo que no puede “reservarse” algo que no tenía con anterioridad a la operación de venta, sino más bien como una especie de “venta en garantía” o “cesión fiduciaria de la propiedad”. A juicio de esta Sala, esa es la consideración que se debe aplicar a tales medidas de garantía, que, aunque no se corresponde con la dogmática de la reserva de dominio, pueden tener su efectividad en el seno de nuestro ordenamiento mediante su debido encaje en la figura de la “fiducia cum creditore”.

A este respecto, es relevante el dato de que la Ley de 1965 recoge como principio de orden general el de que se debe atender a los fines económicos que se persigan con las operaciones realizadas, dejando en un segundo plano las formas jurídicas (artículo 2, párrafo 2º); de ahí que la exclusión plena de esta figura del ámbito de la Ley de venta de bienes muebles a plazos (que no estaría protegida por el Registro de venta a plazos, ni por las preferencias otorgadas por el artículo 19 de la Ley de 1965) por su inadecuación dogmática al concepto de reserva de dominio, no parezca acertada.

Por lo que se refiere al sistema de oponibilidad de este derecho, se sujeta al régimen previsto para la reserva de dominio: si hay inscripción en el Registro, la publicidad será suficiente y los terceros quedaran afectados.

Dado que en el presente caso la medida de garantía ha sido debidamente inscrita, con la correspondiente prórroga, surte efectos respecto de terceros, y en concreto respecto de los acreedores del comprador; como es el caso de Tesorería General de la Seguridad Social.

De otro lado, la representación de don Pedro Miguel y doña Carmen alega que los compradores eran dueños plenos por razón de que constituyeron hipoteca mobiliaria sobre la máquina en cuestión. Efectivamente, consta en autos una certificación de la inscripción registral de la hipoteca mobiliaria (obrante al folio 219 de las actuaciones). Sin embargo, cabe señalar que el artículo 2 de la Ley de hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento de posesión de 16 de diciembre de 1954 (RCL 1954, 1851) establece que no puede constituirse hipoteca mobiliaria sobre bienes “cuyo precio de adquisición no se hallare íntegramente satisfecho”. Ello supone que, dado que no se había pagado el precio de la compraventa a plazos de la máquina en cuestión, no podía, según el precepto mencionado, darse en hipoteca mobiliaria».

Esta Sala no acepta la argumentación de la sentencia de la Audiencia en lo relativo a lo manifestado sobre que «la consideración que se debe aplicar a tales medidas de garantía, que, aunque no se corresponde con la dogmática de la reserva de dominio, pueden tener su efectividad en el seno de nuestro ordenamiento mediante su debido encaje en la figura de la «fiducia cum creditore»«, toda vez que no nos hallamos en este supuesto litigioso en presencia de un negocio fiduciario, en la concreta modalidad indicada en la resolución de apelación, cuya esencia, según constante doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, consiste en un negocio jurídico en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite la titularidad formal de un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transferirlo al verdadero titular cuando la obligación garantizada se haya cumplido («pactum fiduciae»), pues, en el caso, el dominio permanece en el comprador y no se ha derivado a la financiera, y la reserva de dominio sólo alcanza los meros efectos de garantía, sin que aparezca la exigencia de que revierta de nuevo en el propietario en el momento en que la obligación de que se trata fuera hecha efectiva.

CUARTO.- La estimación del motivo segundo del recurso del recurso determina la casación de la sentencia recurrida, así como la revocación de la recaída en primera instancia; y asumidas por esta Sala las funciones de la instancia, procede desestimar la demanda formulada por la entidad «Hispamer Servicios Financieros, Establecimiento Financiero de Crédito, SA» con base en los razonamientos contenidos en el fundamento de derecho tercero de esta sentencia.

Sin hacer expresa condena en las costas causadas en las instancias y en este recurso de casación, de conformidad con los artículos 523, 710 y 1715.2, respectivamente, de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEG 1881, 1).

COMENTARIO:

I. INTRODUCCIÓN.

La STS de 5 de mayo de 2005 (RJ 2005, 3976) aborda una cuestión clásica en materia de reserva de dominio: si el prestamista que celebra un préstamo de financiación garantizado con reserva de dominio puede ejercitar con éxito la tercería de dominio ante el embargo del bien realizado por un tercero acreedor del prestatario (normalmente, la Seguridad Social). El Tribunal Supremo da una respuesta negativa. El prestamista no puede ejercitar la tercería de dominio, pues la propiedad del bien corresponde al comprador/prestatario, y no al prestamista. Sobre el particular nos detendremos más adelante (sub II).

Al margen de esta cuestión, hay otro asunto sobre el que el alto tribunal hace algunas reflexiones interesantes. Se trata de analizar las relaciones entre la reserva de dominio y la transmisión de la propiedad en garantía, y en particular, la posibilidad de configurar la reserva de dominio a favor del prestamista establecida en el contrato de financiación como una hipótesis de transmisión fiduciaria de la propiedad, como un caso de *fiducia cum creditore* (se analizará sub III).

II. TERCERÍA DE DOMINIO DEL ACREEDOR GARANTIZADO CON RESERVA DE DOMINIO.

Si el financiador garantizado con reserva de dominio dispone o no de la tercería de dominio dependerá de si se considera o no propietario del bien. En este sentido hay que preguntarse cuál es la naturaleza jurídica de la reserva de dominio, cuestión ésta a la que nos dedicaremos en primer lugar (sub A). En cualquier caso, es evidente que no cabe adoptar una postura apriorística: qué sea la reserva de dominio dependerá de lo que en cada caso establezca el legislador. Por eso es necesario detenerse en la regulación que de la reserva de dominio se hace en nuestro derecho, en particular en la Ley 28/1998, de 13 de julio, de venta a plazos de bienes muebles –en adelante, LVP- (sub B). Tras ese análisis, se podrá concluir, con argumentos a mi juicio convincentes, que la reserva de dominio regulada en la LVP es un derecho real de garantía a favor del acreedor garantizado (vendedor o financiador), quien en consecuencia no es propietario del bien (sub C). Y habrá que reflexionar sobre si la consecuencia que acaba de exponerse es coherente con la regulación que de la reserva de dominio se hace en dos leyes posteriores, a saber: en la Ley Concursal y en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales (sub D). Por último, procede ya preguntarse si el acreedor garantizado con reserva de dominio puede ejercitar la tercería de dominio para levantar el embargo del bien realizado a petición de un acreedor del comprador (sub E).

A. *Naturaleza jurídica de la reserva de dominio: teoría dominical y teoría garantista.*

Una de las cuestiones más debatidas bajo la vigencia de la vieja Ley 50/1965 era la relativa a la naturaleza jurídica del pacto de reserva de dominio incluido en una venta a plazos. Las discrepancias no sólo se materializaban en disputas doctrinales, sino que también alcanzaban a los tribunales de justicia, pues las sentencias dictadas sobre la materia explícita o implícitamente asumían algunas de las posiciones defendidas por los autores más relevantes. Esta misma problemática se suscita también en relación a la nueva LVP, habida cuenta de que esta ley, al igual que la de 1965, no establece expresamente qué ha de entenderse por reserva de dominio, y consecuentemente, tampoco se refiere a su naturaleza jurídica.

Bajo la Ley 50/1965 fueron defendidas, fundamentalmente, dos teorías en torno a la naturaleza jurídica de la reserva de dominio. Según una primera interpretación, que puede denominarse teoría clásica o dominical, la reserva de dominio constituía una auténtica reserva de la propiedad a favor del vendedor; vendedor y comprador pactan que aquél no transmitirá la propiedad a éste hasta que se haya pagado el precio en su totalidad. De este modo, la reserva de dominio se configura como una condición suspensiva: la transmisión de la propiedad no tiene lugar hasta que se cumpla una determinada condición, que es el pago completo del precio. El establecimiento de esta condición en nada afecta a la perfección del contrato, sino a sus efectos. En este sentido, la obligación que incumbe al vendedor de transmitir la propiedad del bien se aplaza hasta un momento posterior, a pesar de existir título y modo. Esta interpretación ha sido acogida por gran parte de la doctrina española (CABANILLAS GALLAS, “Defensa en Cortes del Proyecto de Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos”, *RCDI*, 1965, pp. 1150, donde afirma que dicha cláusula consiste en “un pacto en virtud del cual no se entiende adquirida la propiedad de la cosa comprada a plazos hasta el pago total del precio”; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos de bienes muebles*, Madrid, Tecnos, 1988, pp. 111 ss., y especialmente en pp. 140, en la que establece que “la configuración más adecuada del pacto de reserva de dominio es la que lo concibe como un pacto con eficacia real, que se inserta en la venta a plazos, cuyo principal efecto es mantener al vendedor en la propiedad de la cosa vendida y entregada al comprador, hasta que haya tenido lugar el pago total del precio”; TORRES LANA, “Notas críticas a la Ley de Ventas de Bienes Muebles a Plazos”, *RDP*, 1975, pp. 631; ALONSO PÉREZ, *El riesgo en el contrato de compraventa*, Madrid, 1972, pp. 363 y ss.; CANDIL CALVO, *Pactum reservati dominii*, Madrid, 1915, pp. 72 y ss.; GARRIGUES, *Curso de Derecho Mercantil*, Tomo II, Madrid, 1969, pp. 97; DOMENGE AMER, *Las prohibiciones voluntarias de disponer*, Madrid, Civitas, 1996, pp. 279). También la jurisprudencia se ha decantado mayoritariamente por esta tesis (entre otras, por las SSTs de 10 junio 1958 (RJ 1958, 2142); 19 octubre 1982 (RJ 1982, 5563), 11 julio 1983 (RJ 1983, 4208), 19 mayo 1989 (RJ 1989, 3778), 23 febrero 1995 (RJ 1995, 1701); 12 julio 1996 (RJ 1996, 5886); 28 abril 2000 (RJ 2000, 3233).

El Prof. BERCOVITZ se opone a esta interpretación de la reserva de dominio, y formula una teoría que puede calificarse como garantista (lo hace en su obra *La cláusula de reserva de dominio. Estudio sobre su naturaleza jurídica en la compraventa a plazos de bienes muebles*, Madrid, Moneda y Crédito, 1971, especialmente en las páginas 45 y ss., y posteriormente, con réplica a las críticas que le fueron realizadas, en *Comentarios a la Ley de Venta de Bienes Muebles a Plazos*, Madrid, Montecorvo, 1977, pp. 170 y ss.). Este autor concibe la reserva de dominio como un derecho real de garantía constituido a favor del vendedor, que sirve para garantizar el cumplimiento por el comprador de su obligación de pago. Tras la perfección del contrato y entrega del bien,

el comprador se convierte en propietario, pero el vendedor goza de un derecho de garantía que recae precisamente sobre el bien vendido. Este derecho de garantía se asimila a un derecho de prenda sin desplazamiento, pues el deudor conserva la posesión. Esta concepción ha sido después seguida por otros autores, como BALDO DEL CASTAÑO (*Régimen jurídico de la venta a plazos. Particular estudio de sus garantías*, Madrid, Tecnos, 1974, pp. 188 y ss.), LOBATO GARCÍA-MIJÁN (*La reserva de dominio en la quiebra*, Madrid, Civitas, 1997, pp. 33), 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, III, pp. 753), LALAGUNA DOMÍNGUEZ (“Perspectiva actual de la hipoteca mobiliaria y la prenda sin desplazamiento en relación con la venta a plazos de bienes muebles”, *RCDI*, 1967, pp. 698 y ss.), BELTRÁN SÁNCHEZ (“El derecho de ejecución separada”, en AAVV, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo I, 1996, pp. 272), DE LA CUESTA RUTE (“Aspectos de la protección del vendedor en la compraventa a plazos ante la suspensión de pagos del comprador”, *La Ley*, 1982-4, pp. 326), o AMORÓS GUARDIOLA (“El pacto de reserva de dominio en los bienes inmuebles”, *RCDI*, 1972, pp. 33).

Al margen de estas dos teorías, también han sido propuestas otras. Así, se ha defendido que la reserva de dominio opera como una condición resolutoria, en el sentido de que la propiedad del bien se transmite al comprador, pero retornará de nuevo al vendedor si se cumple una determinada condición: el impago de los plazos por el comprador (DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, III, Madrid, Civitas, 1995, pp. 786; CASAS VALLÉS, “La reserva de dominio en la venta de inmuebles. Apuntes sobre la naturaleza jurídica a la vista de alguna sentencia del Tribunal Supremo”, *RJC*, 1986, pp. 607; GIMENO-BAYÓN COBOS, “La compraventa con pacto de reserva de dominio”, en AAVV, *El contrato de compraventa*, col. “Cuadernos de Derecho Judicial”, 1993, pp. 373 y ss.). También se ha configurado como una forma de adquisición progresiva de la propiedad; el comprador va adquiriendo gradualmente la propiedad, a medida que va pagando el precio (EGUSQUIZA BALMASEDA, “Sobre el pacto de reserva de dominio (a propósito de la Sentencia de 19 de mayo de 1989)”, *RCDI*, 1991, núm. 602, pp. 41). Por último, se ha sostenido que la reserva de dominio es un negocio equiparable funcionalmente a un negocio fiduciario, pues se emplea la fórmula de la retención de la propiedad por el vendedor con el único fin de servir de garantía a un crédito que éste ostenta contra el comprador (expuesta por RIVERA FERNÁNDEZ, *La posición del comprador en la venta a plazos con pacto de reserva de dominio*, Valencia, Tirant lo blanch, 1994, pp. 48 y ss.).

El tratamiento que la nueva LVP hace de la reserva de dominio difiere sustancialmente del que se contenía en la vieja Ley de 1965. Sin embargo, ello no ha supuesto un cambio en la polémica abierta hace ya más de treinta años. Más bien al contrario, puede afirmarse que las posiciones en torno a esta garantía son más dispares ahora que bajo la aplicación de la ley ya derogada. Con todo, las dos teorías relativas a la naturaleza jurídica de la reserva de dominio han encontrado nuevos defensores tras la Ley 28/1998.

Algunos autores siguen concibiendo esta figura como una verdadera reserva de la propiedad a favor del vendedor. En esta línea se manifiesta BLASCO GASCÓ, según el cual “la reserva de dominio se configura como una pura condición suspensiva” de la adquisición de la propiedad por el comprador (*Las ventas a plazos de bienes muebles*, Valencia, Tirant lo blanch, 2000, pp. 86); por eso, entiende que el hecho de que la

reserva de dominio tenga una función de garantía “no significa que sea un derecho real de garantía”. Para RENTERÍA AROCENA, “el completo pago del precio consuma la transmisión dominial derivada de la compraventa (con reserva de dominio), perfecta desde la concurrencia de oferta y aceptación” (“La posición del adquirente en la Ley de Venta a Plazos de Bienes Muebles”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 2000, n.º 65, pp. 2118). Por su parte, OCAÑA RODRÍGUEZ entiende que el pacto de reserva de dominio implica, por disposición de la ley, que “se suspende la transmisión inmediata del dominio pleno, total o definitivo mientras no se pague el entero precio” (*Garantía de la venta a plazos y contrato de leasing. Conforme con la nueva LEC*, Madrid, La Ley, 2001, pp. 66). De la misma opinión son otros autores [RAMÓN FERNÁNDEZ, “La nueva Ley de venta a plazos de bienes muebles”, *Boletín del Colegio de Registradores de España*, 1998, n.º 43 (segunda época), diciembre, pp. 3009; DÍEZ-PICAZO/GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9ª edic., Madrid, Tecnos, 2001, pp. 301; MARTÍNEZ DE AGUIRRE, en MARTÍNEZ DE AGUIRRE/DE PABLO CONTRERAS/PÉREZ ÁLVAREZ/PARRA LUCÁN, *Curso de Derecho Civil (II). Derecho de obligaciones*, Madrid, Colex, 2000, pp. 506].

También existen voces que conciben la reserva de dominio como un derecho real de garantía. La mayor defensora de esta tesis es, sin duda, BARRADO ORELLANA. En su estudio “Aproximación al pacto de reserva de dominio según la Ley 28/1998, de Venta a Plazos de Bienes Muebles”, publicado en el *Boletín del Centro de Estudios Registrales de Cataluña*, 1999, n.º 82, analiza la regulación de esta institución en la citada Ley, y concluye su investigación afirmando que la concepción que mejor encaja con esta regulación es la que configura esta institución como un derecho real de garantía. En su opinión, “la LVP configura una reserva de dominio de naturaleza real, un derecho real sobre cosa ajena, que faculta a su titular, el acreedor, para, vencida y no satisfecha la obligación asegurada, promover frente a cualquiera la realización del valor del bien vendido a plazos, con la finalidad de cobrarse con el precio obtenido, con carácter preferente” (pp. 297.). Una opinión semejante es defendida por GARCÍA SOLÉ (*Comentarios a la Ley de venta a plazos de bienes muebles*, Madrid, Civitas, 1999, pp. 157), CABALLERO LOZANO (“La prohibición de disponer en la venta a plazos de bienes muebles”, *La Ley*, 2001-2; pp. 1624) y GARRIDO, quien expresamente afirma que se trata de una garantía real mobiliaria (*Tratado de las preferencias del crédito*, Madrid, Civitas, 2000, pp. 361).

Han sido defendida, además, otras tesis. Por ejemplo, PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS entiende que la reserva de dominio funciona como una condición resolutoria (*Derechos reales. Derecho hipotecario*, II, Madrid, Centro de Estudios Registrales, 1999, pp. 395). Por su parte, CANO MARTÍNEZ DE VELASCO parece admite la concepción de la reserva de dominio como una auténtica reserva de la propiedad; por eso afirma que “la consumación del contrato está sujeta a un plazo o condición suspensivos, que es el pago del precio, del que pende la transmisión de la propiedad” (*La reserva de dominio*, Barcelona, Bosch, 2001, pp. 29). Sin embargo, posteriormente matiza esta posición, en el sentido de que existe una propiedad compartida entre vendedor y comprador: el vendedor tiene el dominio directo, y el comprador el dominio útil (pp. 64).

La adopción de una u otra teoría provoca unas consecuencias diferentes, que se manifiestan especialmente en la hipótesis de intervención de los terceros (tanto de terceros adquirentes como de acreedores). En efecto, si se aplica la teoría tradicional, el

vendedor a plazos con reserva de dominio seguirá siendo propietario del bien hasta que el comprador pague el importe total del precio. Como propietario, podrá ejercitar una tercería de dominio frente al acreedor del comprador que haya embargado el bien, y obtener de este modo el levantamiento del embargo. También podrá utilizar las acciones dominicales. Así, si el comprador, aun no teniendo poder de disposición sobre la cosa, pues no es dueño, la transmite (vende) a un tercero, el vendedor-propietario podrá ejercitar la acción reivindicatoria y recuperar la cosa comprada *a non domino*, incluso aunque el comprador esté cumpliendo puntualmente con su obligación de pago. En cambio, si se acoge la teoría garantista, el comprador deviene propietario del bien tras la entrega, en tanto que el vendedor ostenta un derecho real de garantía del pago del precio aplazado, que recae precisamente sobre el bien vendido. Para que este derecho sea oponible a terceros (y produzca efectos frente a ellos), es preciso que conste en un registro especial, que le otorgue publicidad, y que autorice al acreedor, en el supuesto de incumplimiento del comprador, a dirigirse contra el bien, independientemente de quien lo tenga en su poder. Como propietario del bien, el comprador puede transmitirlo a un tercero, sin que ello legitime al vendedor para dirigirse a éste y recuperar el bien; el vendedor sólo podrá dirigirse directamente contra el bien cuando el comprador incumpla, y con el fin de realizar el bien y cobrarse lo que el comprador le debe. Por otra parte, si el bien es embargado por los acreedores del vendedor, el comprador podrá levantar este embargo ejercitando la tercería de dominio.

A mi juicio, la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la reserva de dominio es estéril, si se pretende con ello que, una vez determinada su concreta naturaleza jurídica, se apliquen todas las consecuencias que de ella derivan. El método no consiste en optar *a priori* por una u otra concepción jurídica, para extraer de ella los efectos que le son propios, sino en atender a la regulación de dicha cláusula en la LVP y analizar las consecuencias que legalmente se hacen derivar de la misma. Por lo tanto, hay que acudir a las concretas disposiciones establecidas en la Ley 28/1998 con el fin de descubrir la eficacia de la reserva de dominio en los contratos de venta a plazos de bienes muebles. Lo que no excluye, lógicamente, que las soluciones así obtenidas puedan ser enjuiciadas a la luz de las distintas construcciones jurídicas que de la reserva de dominio se han formulado.

Adelantando la tesis que será adecuadamente justificada en páginas posteriores, mi opinión es que, del análisis de los efectos jurídicos que provoca la reserva de dominio inscrita, se deduce con meridiana claridad que el legislador ha configurado la reserva de dominio como un derecho real de garantía que recae sobre el bien vendido o financiado a plazos.

B. La reserva de dominio en la Ley de Venta a Plazos de 1998.

El legislador español de la LVP hace gala de una gran imprecisión al abordar la regulación de la reserva de dominio. Y no sólo porque no establezca una definición de esta garantía, sino porque los efectos que provoca se exponen de modo desarticulado a lo largo de los artículos 15 y 16 LVP.

Con el fin de averiguar la verdadera naturaleza jurídica de la reserva de dominio, es preciso distinguir dos tipos de efectos: los efectos de la inscripción del contrato en el Registro de Bienes Muebles y los efectos de la reserva de dominio. En efecto, la inscripción del contrato de venta a plazos en el Registro de Bienes Muebles provoca,

según la LVP, una serie de efectos. Se trata de unos efectos que se derivan de la inscripción, y no del hecho de que se haya pactado una reserva de dominio. Lo que significa, por tanto, que estos efectos se producirán también en aquellos casos en los que en el contrato inscrito no exista la citada cláusula. Estos efectos son de dos tipos.

1) En primer lugar, están los efectos derivados de la aplicación de los principios registrales. Entre estos debe hacerse mención a la inoponibilidad frente a terceros de derechos no inscritos, y al principio de legitimación registral, con sus consecuencias sustantivas (la presunción de exactitud del Registro) y procesales (necesidad de interponer la demanda de cancelación de la inscripción cuando se ejercita contra el titular registral una acción contradictoria del derecho inscrito; sobreseimiento de embargos y procedimientos de apremio opuestos a las titularidades registrales, mediante la denominada tercería registral).

2) La segunda consecuencia que provoca la inscripción del contrato es la posibilidad que tiene el acreedor (vendedor, financiador) de un crédito nacido de un contrato inscrito de utilizar, en el supuesto de incumplimiento del deudor (comprador, prestatario), el procedimiento regulado en el artículo 16.2 LVP para cobrarse de este modo la deuda contraída.

Por otra parte, conforme a la LVP la reserva de dominio provoca tres consecuencias jurídicas:

1) En primer lugar, la reipersecutoriedad del bien (art. 16.3 LVP). Ante el incumplimiento del comprador, el titular de la reserva de dominio tiene la facultad de perseguir el bien vendido a plazos, instar la realización de su valor y cobrar su crédito del dinero así obtenido, y ello aunque el bien se encuentre en posesión de un tercero distinto al comprador.

2) En segundo lugar, el acreedor con reserva de dominio gozará de los derechos de preferencia y prelación establecidos en los artículos 1922.2º y 1926.1ª CC (art. 16.5 I LVP).

3) En tercer lugar, en la hipótesis de insolvencia del deudor, el acreedor con reserva de dominio tiene el derecho de ejecución separada y de abstención (art. 16.5 II LVP). Efectivamente, el acreedor con reserva de dominio tiene la facultad de excluir de la masa del concurso o la quiebra el bien comprado a plazos mientras no cobre íntegramente la deuda; en el caso de suspensión de pagos del deudor, el acreedor tendrá la condición de especialmente privilegiado, con derecho de abstención según los artículos 15 y 22 LSP.

4) Existe, además, una cuarta ventaja para el vendedor o financiador con reserva de dominio, que no viene establecida en la LVP, sino en la nueva LEC. En esta ley se faculta al vendedor con reserva de dominio para exigir judicialmente, en un procedimiento de carácter sumario, que se declare la resolución del contrato y se le entregue inmediatamente el bien objeto del contrato. Esta demanda se tramitará por los cauces del juicio verbal (art. 250.1.11º LEC), si bien con algunas particularidades importantes (contenidas en los arts. 439.4, 441.4 y 444.3 LEC).

En todo caso, conviene advertir que la distinción entre los efectos derivados de la inscripción del contrato y los efectos de la reserva de dominio inscrita es puramente teórica, y que tiene por fin averiguar cuál es la naturaleza jurídica de esta última institución. Y ello porque en la práctica todos los modelos de contratos de financiación y de venta a plazos que acceden al RVP (y que, por tanto, han sido aprobados por la DGRN) incluyen las cláusulas de reserva de dominio y prohibición de disponer.

Por último, conviene llamar la atención sobre la técnica legislativa utilizada en la Ley 28/1998. No parece razonable que sea el propio legislador el que cree inseguridad jurídica. Por eso, entiendo que la propia Ley debería haber distinguido perfectamente entre los efectos que derivan de la inscripción del contrato en el Registro, y aquellos otros que traen causa de la reserva de dominio. Lo que se hubiera conseguido regulando unos y otros en preceptos distintos. Una vez más la imprecisión y la falta de sistemática interna de una ley coloca al intérprete jurídico en una situación engorrosa, pues se ve obligado a llevar a cabo una labor que debía venirle dada por el legislador.

C. La reserva de dominio como derecho real de garantía.

Una vez analizados los efectos que provoca la reserva de dominio inscrita, ya se está en condiciones de examinar cuál es la naturaleza jurídica de esta figura. A mi juicio, su configuración jurídica más acertada es la que lo considera como un derecho real de garantía establecido a favor del acreedor.

Mediante esta garantía el acreedor queda adecuadamente protegido frente a los terceros acreedores del deudor y frente a los terceros subadquirentes del bien. Respecto a los primeros, porque el acreedor será considerado como privilegiado en los términos de los artículos 1922.2º y 1926.1ª CC (art. 16.5 I LVP), cobrando con preferencia respecto al resto de acreedores, y porque está protegido del riesgo de insolvencia del comprador (art. 16.5 II LVP). Respecto a los terceros subadquirentes del bien, porque se asegura el cobro de su crédito contra el bien vendido a pesar de que éste haya pasado a poder de un tercero (art. 16.3 LVP). Por lo tanto, tras la perfección del contrato de venta a plazos con reserva de dominio el comprador deviene propietario del bien, quedando garantizada la obligación de pago de los plazos mediante la reserva de dominio.

Los argumentos en que se funda esta interpretación son los siguientes.

1) Adjudicación del bien para pago de la deuda. En el procedimiento especial para el cobro del crédito diseñado en el artículo 16.2 LVP, el acreedor podrá conseguir, tanto en la fase extrajudicial [art. 16.2.c) III LVP] como en la judicial (art. 634.3 LEC), la adjudicación del bien para pago de la deuda. Si el acreedor se adjudica el bien vendido a plazos, ello se debe a que ese bien es propiedad del deudor, y no del propio acreedor, pues no tendría sentido que el acreedor pretendiera cobrar una deuda adjudicándose un bien propio. Es claro, por tanto, que el bien es propiedad del deudor, y que con la adjudicación para pago la propiedad se transmite al acreedor, cobrándose de este modo la deuda existente, en la cuantía que corresponda, e independientemente de que se haya pactado o no una reserva de dominio.

2) Enajenación del bien y cobro del crédito. Una reflexión semejante puede realizarse, en segundo lugar, cuando se procede a la enajenación del bien para abonar al acreedor la cantidad que el deudor le debe, bien mediante su venta en pública subasta notarial [arts.

16.2.c) I y II, y 16.3 II LVP], bien a través de su venta judicial tras la obtención de una sentencia condenatoria. Si el bien se enajena a un tercero es porque no es propiedad del acreedor, sino del deudor incumplidor. El deudor pierde un bien de su patrimonio, y con el dinero obtenido de su venta se abona al acreedor la cantidad debida, quedando plenamente satisfecho el interés de éste.

3) El embargo preventivo. Un tercer argumento a favor de la tesis garantista hace referencia al embargo preventivo sobre el bien mueble que el tribunal decretará de oficio al admitir la demanda en la que el acreedor, ante el incumplimiento por el deudor de un contrato inscrito en el RVP, solicita que se condene a este deudor al cumplimiento del contrato y se dirija la ejecución exclusivamente contra el bien adquirido o financiado a plazos [arts. 250.1.10º y 441.4 LEC). El embargo es una actividad procesal que produce, mediante la afectación de un bien al proceso, el efecto de asegurar la ejecución de la futura sentencia condenatoria. La consecuencia fundamental del embargo es la de producir una afección del bien a la ejecución futura. La doctrina es unánime al afirmar que constituye un presupuesto de la afección el que el bien a trabar sea propiedad del demandado (en este caso, del comprador-prestatario). Por lo tanto, el hecho de que el tribunal decreta de oficio el embargo preventivo del bien demuestra que el bien vendido a plazos es propiedad del comprador, incluso aunque haya reserva de dominio. Pues el hecho de que se haya pactado en el contrato una reserva de dominio no impide la producción del embargo preventivo en los términos expuestos.

4) La preferencia crediticia y reipersecutoriedad. Un cuarto motivo es que el acreedor con pacto de reserva inscrita gozará de los mismos derechos que el ordenamiento jurídico otorga a otros acreedores cuyos créditos están garantizados con otros derechos reales mobiliario. En particular, gozará de preferencia para cobrar su crédito sobre la cosa (art. 16.5 I LVP), y tendrá derecho de ejecución separada en el supuesto de insolvencia del deudor (art. 16.5 II LVP), al igual que el acreedor garantizado con prenda, hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento. Además, disfrutará de la reipersecutoriedad, pudiendo cobrarse la deuda sobre el bien vendido o financiado a plazos incluso aunque este bien esté en poder de un tercero (art. 16.3 LVP).

5) El derecho de ejecución separada. Un quinto argumento tiene que ver con el derecho de ejecución separada que tiene el acreedor en la hipótesis de declaración de insolvencia del comprador. La facultad del acreedor de separar el bien de la masa de la quiebra o del concurso no deriva de un derecho de propiedad que éste tiene sobre el bien (*separatio ex iure domini*), sino de su derecho de crédito (*separatio ex iure crediti*). Que el acreedor no es propietario lo demuestra además el hecho de que la ejecución separada se materializa en la venta del bien en pública subasta, y en que si existe dinero sobrante tras la enajenación deberá ser reintegrado a la masa de la quiebra (art. 16.5 II LVP); circunstancias éstas que no tendrían lugar si el acreedor fuera propietario del bien.

6) La reserva de dominio a favor del financiador. Un sexto argumento tiene que ver con la posibilidad que la LVP brinda al prestamista para ejercitar los derechos que concede al acreedor garantizado con reserva de dominio. Bajo la vieja Ley 50/1965, los defensores de la teoría dominical encontraban verdaderas dificultades para justificar la “propiedad” del bien por el financiador con reserva de dominio. De hecho, algunos de ellos no la consideraban como una auténtica propiedad, sino como una cesión de la propiedad en garantía realizada por el comprador al financiador (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos...*, cit., pp. 136; TORRES LANA, “Notas críticas...”,

cit., pp. 634, nota a pie 166). En la nueva LVP, los derechos que protegen al acreedor con reserva de dominio se predicen tanto del vendedor a plazos como del financiador de un préstamo de financiación de los regulados en el artículo 4 LVP. El hecho de que este financiador pueda, en tanto que acreedor, ejercitar todos los derechos que la LVP concede al acreedor de un crédito garantizado con reserva de dominio, sirve de apoyo a la tesis garantista. El vendedor y el financiador no son propietarios del bien -pues la propiedad la tiene el comprador-, sino simples acreedores garantizados con reserva de dominio. Por esa razón, los dos gozan de los mismos derechos. De este modo se salva la difícil justificación que, según la teoría dominical, tiene la reserva de dominio a favor del financiador. Pues mal puede reservarse el dominio quien nunca lo tuvo.

7) Función de la prohibición de disponer. El séptimo y último argumento hace referencia a la función de la prohibición de disponer, en relación con la reserva de dominio. La prohibición de disponer, por definición, priva al propietario de la libre disposición de la cosa. Si el comprador no fuese propietario por haberse reservado el dominio el vendedor o el financiador, la prohibición sería inútil, ya que la imposibilidad de enajenar sería fruto de un hecho jurídico anterior, como es la privación de la facultad dispositiva. Por tanto, la prohibición sólo tiene sentido si el comprador está legitimado para disponer, por ser propietario del bien, pues de lo contrario no aportaría nada a la seguridad proporcionada por la reserva de dominio (CABALLERO LOZANO, “La prohibición de disponer...”, *cit.*, pp. 1624).

En conclusión, aunque la LVP no lo establece expresamente, de la regulación que hace de los efectos de la reserva de dominio se desprende inequívocamente su configuración jurídica como un derecho real de garantía a favor del acreedor (vendedor o financiador), siendo propietario del bien el comprador.

Si ello es así, no cabe sino concluir que algunos preceptos de la Ordenanza para el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles, aprobada por Orden del Ministerio de Justicia de 19 de julio de 1999, son ilegales, en tanto que explícitamente sostienen que la propiedad del bien la conserva el vendedor o financiador a plazos. Son varios los preceptos de los que cabe predicar su ilegalidad. Así sucede, por ejemplo, con el artículo 11.8ª.a), que establece que si se pacta la cláusula de reserva de dominio “se inscribirá en el Registro la propiedad del bien a favor de quien se hubiera reservado el dominio”. Y con el artículo 24 ORVP, que en sus párrafos primero y tercero es copia del artículo 15.2 y 3 LVP, pero que introduce un novedoso párrafo segundo, según el cual “se presumirá que... el favorecido con la reserva de dominio, sea el vendedor o el financiador, tiene la propiedad del bien”.

La existencia de estos preceptos tiene su razón de ser en el hecho de que la Dirección General de los Registros y del Notariado, redactora de la Orden ministerial, ha optado decididamente por la teoría dominical de la reserva de dominio, concibiéndola como una auténtica conservación por el vendedor de la propiedad del bien hasta el completo pago del precio, sin tener en cuenta que la regulación de la reserva de dominio establecida en la Ley 28/1998 asimila esta figura a un derecho real de garantía. Puede afirmarse, por tanto, que los mencionados preceptos de la Ordenanza van en contra de lo dispuesto en la LVP, que es una norma de rango jerárquico superior. Por eso deben ser considerados ilegales.

Por lo tanto, y a pesar de lo que expresamente establece la ORVP, en el Registro constará como propietario del bien el comprador, mientras que el vendedor o, en su caso, el financiador, serán inscritos como titulares de la reserva de dominio.

D. Dos nuevos hitos normativos: la Ley Concursal y la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales.

Las consideraciones que acaban de exponerse no pierden su validez, en mi opinión, por el tratamiento que la reserva de dominio recibe en dos leyes posteriores a la LVP: la Ley 22/2003 y la Ley 3/2004.

La Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal –en adelante, LC–, se refiere expresamente a la reserva de dominio en dos ocasiones. En primer lugar, el artículo 90.1.4º LC califica como crédito con privilegio especial el crédito nacido de compraventa de bienes muebles con precio aplazado, a favor del vendedor y, en su caso, del financiador, sobre los bienes vendidos con reserva de dominio. Para que tenga esta consideración de privilegio especial, es necesario que el contrato con reserva de dominio esté inscrito en el Registro de Bienes Muebles, pues sólo de este modo se garantiza su oponibilidad a terceros (art. 90.2 LC). En segundo lugar, el artículo 201, que contiene una norma de derecho internacional privado. Según este precepto, los efectos del concurso sobre los derechos reales de un acreedor o de un tercero que recaigan en bienes o derechos de cualquier clase pertenecientes al deudor, comprendidos los conjuntos de bienes cuya composición pueda variar en el tiempo, y que en el momento de declaración del concurso se encuentren en el territorio de otro Estado, se regirán exclusivamente por ley de éste. La misma regla se aplicará a los derechos del vendedor respecto de los bienes vendidos al concursado con reserva de dominio. Además, la declaración de concurso del vendedor de un bien con reserva de dominio que ya haya sido entregado y que al momento de la declaración se encuentre en el territorio de otro Estado no constituye, por sí sola, causa de resolución ni de rescisión de la venta y no impedirá al comprador la adquisición de su propiedad. Es innegable la influencia que en la redacción de este precepto ha tenido el artículo 7 del Reglamento 1346/2000, del Consejo, de 29 de mayo de 2000, sobre procedimientos de insolvencia.

Resulta especialmente complicado establecer el régimen de la reserva de dominio en el concurso. Ello se debe a la complejidad de la Ley Concursal, a la escasa regulación que en la misma se hace de la reserva de dominio, y al difícil tratamiento que esta garantía tiene ya de por sí en nuestro derecho (sobre el particular, véase CARRASCO PERERA, *Los derechos de garantía en la Ley Concursal*, Madrid, Civitas, 2004, especialmente en las pp. 129 y ss., y MARTÍNEZ ROSADO, *La compraventa a plazos de bienes muebles con reserva de dominio en el concurso*, Madrid, La Ley-Actualidad, 2005). En cualquier caso, hay que partir de los siguientes datos: i) El art. 16.5 II LVP, que concede al acreedor con reserva de dominio inscrita un derecho de ejecución separada sobre el bien garantizado, no ha sido derogado por la LC. ii) El art. 56.1 II LC concede un derecho de ejecución parcialmente separada a la acción resolutoria derivada de un contrato con reserva de dominio inscrita, para el supuesto de que se trate de un bien de los citados en el art. 56 LC (bien del concursado afecta a su actividad profesional o empresarial o a una unidad productiva de su titularidad). Se trata de la acción que tiene por fin la recuperación de los bienes vendidos, esto es, la acción que da lugar al juicio verbal del art. 250.1.11º LEC. Como es sabido, el art. 56 LC impide al acreedor con garantía real (y al acreedor con reserva de dominio inscrita) iniciar la ejecución o

realización forzosa de la garantía hasta que se apruebe un convenio cuyo contenido no afecte al ejercicio de ese derecho o transcurra un año desde la declaración de concurso sin que se hubiera producido la apertura de la liquidación; si la ejecución ya se hubiese iniciado, se suspenderá desde que la declaración de concurso conste en el correspondiente procedimiento. iii) Para los bienes y los supuestos no cubiertos por el art. 56 LC no hay suspensión ni paralización alguna, y procederá la ejecución separada en los casos del art. 16.5 II LVP. Pero existen algunas dudas interpretativas. Por ejemplo, qué sucede con el procedimiento especial para el cobro del art. 16.2 LVP; ¿debe entenderse sometido al régimen de plazos del art. 56 LC y a las especialidades procesales del art. 57 LC? CARRASCO PERERA entiende que así ha de ser (*Los derechos de garantía...*, cit., pp. 147).

En cualquier caso, sea como fuere, lo cierto es que de la Ley Concursal no pueden extraerse argumentos a favor de la tesis dominical o la tesis garantista de la reserva de dominio.

Y lo mismo puede decirse, aunque a primera vista pueda parecer lo contrario, de la Ley 3/2004, de 29 de diciembre, que establece medidas de lucha contra la morosidad en las operaciones comerciales. Su artículo 10, que lleva como título “cláusula de reserva de dominio”, establece en su apartado primero que “en las relaciones internas entre vendedor y comprador, aquél conservará la propiedad de los bienes vendidos hasta el pago total del precio, siempre que se haya convenido expresamente una cláusula de reserva de dominio entre comprador y vendedor antes de la entrega de los bienes”. Dados los términos en los que está redactada, la norma es superflua y absolutamente inútil. Pues lo que pueden pactar vendedor y comprador no es que aquél retenga el dominio frente a terceros acreedores o subadquirentes del comprador, hasta el completo pago del precio, sino que *en las relaciones internas* entre vendedor y comprador la propiedad se mantenga en el patrimonio de aquél hasta que el comprador pague. Pero como con acierto ha señalado CARRASCO PERERA (en “Morosidad y reserva de dominio”, *AJA*, 2005, n.º 663, pp. 3), frente al comprador no necesita el vendedor una reserva de dominio, y le basta la simple condición resolutoria por impago.

En efecto, la reserva de dominio demuestra sus efectos frente a terceros, ya se trate de terceros acreedores o de terceros subadquirentes del bien. Ningún efecto frente a terceros tiene la reserva de dominio regulada en el art. 10 de la Ley 3/2004. Es más, el precepto implícitamente niega los efectos de esta cláusula frente a tercero. Por lo tanto, nada nuevo introduce la mencionada ley en relación con la configuración o naturaleza jurídica de la reserva de dominio.

E. ¿Puede el acreedor garantizado ejercitar la tercería de dominio ante el embargo del bien por un acreedor del comprador?

Uno de los campos en los que la reserva de dominio debe mostrar su efectividad es en el supuesto de embargo del bien por un tercero acreedor del comprador. Bajo la vieja Ley 50/1965, era opinión común en la doctrina defensora de la tesis dominical el conceder al vendedor o financiador una tercería de dominio (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, *Las ventas a plazos...*, cit., pp. 113; EGUSQUIZA BALMASEDA, “Sobre el pacto de reserva de dominio...”, cit., pp. 27; ROJO AJURIA, “Las garantías mobiliarias...”, cit., pp. 754). En cambio, los autores que apoyaban la concepción garantista de la reserva de dominio sostenían que, ante el embargo del bien trabado por un acreedor del comprador,

el vendedor podía utilizar, no la tercería de dominio, sino la tercería de mejor derecho (BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, *Comentarios...*, *cit.*, pp. 254; BALDO DEL CASTAÑO, *Régimen jurídico...*, *cit.*, pp. 197).

La disputa que acaba de citarse continúa tras la publicación de la Ley 28/1998. Los autores que acogen la teoría dominical de la reserva de dominio otorgan al acreedor la tercería de dominio para levantar el embargo trabado sobre el bien vendido o financiado a plazos (GESTO ALONSO, “La venta de bienes muebles a plazos con reserva de dominio y el procedimiento de suspensión de pagos: Derechos del vendedor”, *AC*, 2000-II, pp. 2287). Sin embargo, si se admite, como yo admito, que la reserva de dominio es una garantía que protege al acreedor, y en consecuencia se acepta que en la venta a plazos o préstamo de financiación con reserva de dominio el comprador adquiere la propiedad del bien, debe necesariamente concluirse que el acreedor no puede interponer con éxito la tercería de dominio (BARRADO ORELLANA, “Aproximación al pacto de reserva...”, *cit.*, pp. 294).

Tampoco dispone de la tercería registral para levantar el embargo trabado sobre el bien. Desde la teoría dominical, la tercería registral sí produciría el levantamiento del embargo; como el acreedor con reserva de dominio es propietario del bien, le bastaría con acreditar que éste consta inscrito a su nombre en el Registro de Bienes Muebles, tal y como prevé el artículo 15.3 LVP, para conseguir el levantamiento del embargo (GESTO ALONSO, “La venta de bienes muebles...”, *cit.*, pp. 2296). Sucede, sin embargo, que la propiedad del bien la tiene el comprador, y que así debe constar en el Registro. Por eso no podrá el acreedor utilizar la tercería registral. En definitiva, el acreedor no es el titular registral de la propiedad del bien, sino titular de un crédito garantizado con reserva de dominio.

Sí podrá ejercitar el acreedor con reserva de dominio la tercería de mejor derecho (arts. 614 y ss. LEC), aunque para ello es necesario que el deudor haya incumplido su obligación y que el crédito del tercerista, de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Supremo, sea líquido, vencido y exigible (SSTS de 27 de abril de 1967, RJ 1967, 2036; 21 de mayo de 1975, RJ 1975, 2193; 14 de mayo de 1992, RJ 1992, 4122; 1 de diciembre de 1999, RJ 1999, 9014). En todo caso, la protección del acreedor permanece intacta si el acreedor no puede o no quiere ejercitar la citada tercería, pues la traba del bien gravado y su posterior adjudicación provoca la cancelación de las inscripciones registrales posteriores, pero en modo alguno afecta a los derechos inscritos con anterioridad, como la reserva de dominio. La reserva de dominio, como garantía anteriormente inscrita, no se cancela por el simple embargo del bien, ni hay además ninguna alteración del derecho que la reserva de dominio atribuye a su titular, quien ni siquiera debe ser notificado de la ejecución sobre el bien (cfr. art. 659 LEC que, aunque relativo a ejecuciones sobre inmuebles, debe ser aplicado analógicamente a las subastas de bienes muebles susceptibles de inscripción). Por eso, sobre el bien, que ha sido adjudicado en la subasta a un tercer adquirente, sigue pesando la reserva de dominio como garantía de la obligación de pago del deudor de la venta a plazos o préstamo de financiación (cfr. art. 16.3 LVP).

Mediante el ejercicio exitoso de la tercería de mejor derecho el acreedor garantizado con reserva de dominio podrá cobrar su crédito con preferencia al tercero ejecutante (art. 620 LEC). Lógicamente, ello sucederá siempre que en el procedimiento en que se sustancie la tercería de mejor derecho (por los cauces del juicio ordinario; art. 617.1

LEC) se acredite por el acreedor con reserva de dominio –el tercerista- que su crédito es preferente respecto al crédito del ejecutante. La situación es diferente cuando el embargo es trabado por acreedores preferentes al acreedor con reserva de dominio. Son siempre preferentes al acreedor con reserva de dominio los créditos salariales que cuenten con alguno de los privilegios establecidos en los números 1 y 2 del artículo 32 del Estatuto de los Trabajadores. También son preferentes al acreedor con reserva de dominio los créditos con hipoteca mobiliaria y prenda sin desplazamiento inscritas con anterioridad a la constitución de la reserva de dominio. Si estos acreedores pretenden el embargo de la cosa sobre la que recae la reserva de dominio, no prosperaría la tercería de mejor derecho interpuesta por el acreedor con reserva de dominio (lógicamente, si el crédito asegurado hubiera vencido), pues aquellos acreedores son preferentes.

En definitiva, en la hipótesis de embargo del bien por un acreedor del comprador, el acreedor con reserva de dominio es tratado de manera similar a un acreedor garantizado con hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento. Lo que, sin duda, constituye un argumento más a favor de la concepción garantista de la reserva de dominio. Lo cierto es que no puede afirmarse que el acreedor con reserva de dominio quede desprotegido, pues: i) Si puede ejercitar la tercería de mejor derecho, lo normal es que el procedimiento de tercería concluya con sentencia que estime su preferencia para el cobro, de manera que será el quien cobre en primer lugar. Repito que esto será lo habitual, porque el crédito con reserva de dominio ocupa un lugar preferente en el orden de prelación de los créditos. Y ii) Si no puede o no quiere ejercitar esta tercería, tampoco queda en una situación desventajosa. Pues la traba del bien y su posterior adjudicación no afecta a la reserva de dominio inscrita con anterioridad. Por eso, sobre el bien, adquirido por un tercero en la subasta, sigue pesando la reserva de dominio como garantía de la obligación de pago del deudor de la venta a plazos o préstamo de financiación. Además, la protección del acreedor es aun mayor si existe en el contrato una prohibición de disponer, pues en tal caso el adjudicatario del bien responderá solidariamente con el primitivo deudor de la deuda garantizada pendiente de pago (art. 15.3 II LVP).

Si esto es así, no cabe sino concluir que es ilegal el artículo 4.c) IV, frase segunda, de la ORVP, que establece que el bien vendido con reserva de dominio no podrá ser embargado por deudas del comprador (literalmente, establece que “tampoco podrán ser embargados dichos bienes por deudas del comprador”). De nuevo la Ordenanza se extralimita en sus funciones, pues “crea” derecho sustantivo sin estar habilitada para ello por la Ley.

Debemos ahora detenernos en el tratamiento jurisprudencial de esta materia. Bajo la vieja Ley 50/1965, el Tribunal Supremo ha admitido la tercería de dominio interpuesta por el vendedor o financiador garantizado con reserva de dominio inscrita, lo que obedece a una previa asunción de la concepción dominical de la reserva de dominio. Así sucede, entre otras, en las SSTs de 11 de noviembre de 1983 (RJ 1983, 4208), 10 de mayo de 1990 (RJ 1990, 3699), 10 de diciembre de 1991 (RJ 1991, 8926), 12 de julio de 1996 (RJ 1996, 5886), 28 de abril de 2000 (RJ 2000, 3233), 20 de junio de 2000 (RJ 2000, 5294), 11 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8795), 18 noviembre 2003 (RJ 2003, 8331). Como ejemplo de la doctrina del Tribunal Supremo cabe citar un extracto de la STS de 14 de octubre de 2003 (RJ 2003, 6498), que aunque versa sobre una reserva de dominio sobre inmuebles, puede generalizarse: el pacto de reserva de dominio “viene a constituir una garantía del cobro del precio aplazado, cuyo completo pago actúa a modo

de condición suspensiva de la adquisición por el comprador del pleno dominio de la cosa comprada. Durante el período de pendencia de la expresada condición, si bien el comprador ha adquirido la posesión y el goce de la cosa, carece en absoluto de poder de disposición o facultad transmisiva de la misma, por lo que si antes de haber completado el pago dispone de ella –voluntariamente o forzosamente, en procedimiento de apremio promovido contra él por sus propios acreedores– podrá el vendedor, con base en el pacto de reserva de dominio, ejercitar las acciones procedentes (reivindicatoria o tercería de dominio) para obtener la recuperación del bien de que se trate” (JF 2º).

La jurisprudencia menor ha seguido mayoritariamente la doctrina sentada con anterioridad, en el sentido de estimar que el vendedor o financiador con reserva de dominio pueden ejercitar con éxito la tercería de dominio, y levantar así el embargo trabado sobre el bien por un acreedor del comprador. En este sentido, entre otras, las SSAP Murcia de 18 de diciembre de 2002 (JUR 2003, 34423), Cantabria de 7 de noviembre de 2002 (AC 2002, 2219), Segovia de 25 de abril de 2002 (JUR 2002, 184995), León de 28 de febrero de 2002 (JUR 2002, 118054), Toledo de 15 de febrero de 2002 (AC 2002, 450), Sevilla de 31 de enero de 2002 (JUR 2002, 160225), etc. Aunque en ocasiones algunas sentencias han negado la tercería de dominio cuando quien la ejercita es una entidad prestamista, con el argumento de que nunca tuvo el financiador un derecho de propiedad que pudiera reservarse; así, SSAP Albacete de 20 de mayo de 1999 (AC 1999, 6193), Guipúzcoa de 26 de marzo de 1999 (AC 1999, 4062), Málaga de 15 de mayo de 2000 (AC 2000, 3529), Girona de 22 de marzo de 2000 (AC 2000, 4985), Murcia de 16 de marzo de 2002 (JUR 2002, 129225), etc. Y en esta misma línea parece asentarse la SAP de San Sebastián de 30 de octubre de 1998, casada posteriormente por la sentencia del Tribunal Supremo objeto de este comentario, cuando dispone que “ciertamente, desde una perspectiva teórica cabe señalar que no existe la posibilidad de «otorgar» la propiedad por la simple voluntad de alguno de los sujetos intervinientes, ya que ésta se transmite conforme a la teoría del título y el modo. De otra parte, esta situación no se correspondería con una «reserva del dominio», dado que el financiador es un sujeto distinto del vendedor de la cosa, por lo que no puede «reservarse» algo que no tenía con anterioridad a la operación de venta”.

La STS de 5 de mayo de 2005, objeto de este comentario, se separa de esta línea jurisprudencial, puesto que desestima la tercería de dominio interpuesta por la entidad prestamista que tiene a su favor una reserva de dominio inscrita. Sin embargo, no explica las razones por las que se llega a esa conclusión. El Tribunal Supremo se limita a negar la interpretación acogida por la Audiencia Provincial, que considera la reserva de dominio como una especie de venta en garantía, de modo que, al ser el acreedor propietario del bien conforme al Registro, queda autorizado para ejercitar con éxito la tercería de dominio. Según el alto tribunal, “no nos hallamos en presencia de un negocio fiduciario..., pues, en el caso, el dominio permanece en el comprador y no se ha derivado a la financiera” (FJ 3º). En consecuencia, al Tribunal Supremo le basta con señalar que no hay transmisión fiduciaria de la propiedad, por lo que la propiedad sobre el bien la tiene el comprador. Consecuencia de ello es que se desestime la tercería de dominio interpuesta por el prestamista.

III. EL CONTRATO DE FINANCIACIÓN A COMPRADOR CON RESERVA DE DOMINIO COMO UN SUPUESTO DE TRANSMISIÓN FIDUCIARIA DE LA PROPIEDAD.

La sentencia del Tribunal Supremo se centra especialmente en la relación entre la reserva de dominio y la transmisión de la propiedad en garantía o “venta en garantía”. El alto tribunal rechaza los argumentos que sobre el particular se realizan en la sentencia de la Audiencia Provincial, y por eso casa la sentencia, desestimando la tercería de dominio ejercitada por la entidad prestamista.

En realidad, es la sentencia de primera instancia, a la que luego sigue la Audiencia Provincial, la que califica la reserva de dominio a favor del financiador como un supuesto de venta en garantía. Transcribo a continuación tres párrafos de la sentencia de instancia, en los que explica su posición sobre el particular:

“Para resolver esta cuestión debe partirse del principio de libertad de pacto que establece el artículo 1255 del Código Civil. El comprador de un bien mueble, en virtud de esa libertad de pacto, puede acordar con el financiador que le ha proporcionado el dinero necesario para la compra, una transferencia de la propiedad a los meros efectos de garantía, hasta el total pago de su precio, expresándolo así en el contrato, mediante las correspondientes cláusulas. Esta cláusula no puede estimarse que atente contra Ley alguna o que puede perjudicar a tercero. En el primer aspecto viene expresamente reconocida no sólo en el artículo 1255 del Código Civil, sino en la Ley 50/1965 de venta de bienes muebles a plazos, en sus artículos 2.2, 3.2 y 6 apartado 12 y 13, y en cuanto al perjuicio a tercero, no puede producirse siempre y cuando se le de la necesaria publicidad, mediante la inscripción en el Registro Público correspondiente, al que cualquier particular puede acceder.

Esta modalidad contractual debe de encuadrarse en lo que se ha venido denominando venta en garantía, negocio fiduciario, por el cual una persona trasmite a otra la propiedad de una cosa, materializando esta transferencia de la propiedad a través del contrato celebrado a tal efecto y la entrega simbólica que implica el documento intervenido por fedatario público con igual valor que la escritura pública (art. 1462 del Código Civil). Esta entrega tiene por objeto garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de esta de transmitirla a su anterior propietario cuando la obligación garantizada se haya cumplido.

Este pacto es válido y plenamente oponible a terceros, al estar dicho pacto inscrito en el Registro de venta a plazos de bienes muebles”.

La Audiencia Provincial sigue el razonamiento de la sentencia de instancia. Admite como punto de partida que el financiador garantizado con reserva de dominio no es un auténtico propietario del bien. En este sentido, establece que “el financiador es un sujeto distinto del vendedor de la cosa, por lo que no puede “reservarse” algo que no tenía con anterioridad a la operación de venta”. Hasta ahí la argumentación no es problemática. Sin embargo, da una vuelta de tuerca cuando sostiene que la operación es una “especie de «venta en garantía» o «cesión fiduciaria de la propiedad»”. Y añade que “a juicio de esta Sala, esa es la consideración que se debe aplicar a tales medidas de garantía, que, aunque no se corresponde con la dogmática de la reserva de dominio, pueden tener su efectividad en el seno de nuestro ordenamiento mediante su debido encaje en la figura de la «fiducia cum creditore»”. A continuación, entiende que, como según la Ley 50/1965 debe atenderse a los fines económicos que se persiguen con las operaciones realizadas, dejando a un segundo plano las formas jurídicas, la figura de la *fiducia cum*

creditore no debe quedar excluida del ámbito de la Ley de venta a plazos de bienes muebles. Debe ser tratada, en consecuencia, como una reserva de dominio; y como está inscrita en el Registro, “surte efectos respecto de terceros, y en concreto respecto de los acreedores del comprador, como es el caso de la Tesorería General de la Seguridad Social”.

El Tribunal Supremo rechaza los argumentos utilizados por la sentencia de apelación. Para el alto tribunal, “que no nos hallamos en este supuesto litigioso en presencia de un negocio fiduciario, en la concreta modalidad indicada en la resolución de apelación, cuya esencia, según constante doctrina jurisprudencial, de ociosa cita, consiste en un negocio jurídico en virtud del cual una persona (fiduciante) transmite la titularidad formal de un determinado bien o derecho a otra distinta (fiduciario) para garantizarle el pago de una deuda, con la obligación por parte de ésta de transferirlo al verdadero titular cuando la obligación garantizada se haya cumplido («pactum fiduciae»), pues, en el caso, el dominio permanece en el comprador y no se ha derivado a la financiera, y la reserva de dominio sólo alcanza los meros efectos de garantía, sin que aparezca la exigencia de que revierta de nuevo en el propietario en el momento en que la obligación de que se trata fuera hecha efectiva”.

Comparto la solución acogida por el Tribunal Supremo, en el sentido de que en el caso de autos no hay una transmisión fiduciaria de la propiedad a la entidad prestamista. Pero las razones esgrimidas por la STS carecen de solidez. No cabe sostener que no hay venta en garantía porque el dominio del bien permanece en el comprador, puesto que en puridad la venta en garantía no implica una auténtica transmisión de la propiedad del deudor al acreedor, de modo que la propiedad del bien continúa en el deudor-fiduciante (el comprador). En realidad, no hay transmisión de la propiedad en garantía porque no se ha empleado el expediente generalmente utilizado para constituir esta figura jurídica, y se ha utilizado la fórmula de la “reserva de dominio”, cuyo contenido jurídico y consecuencias prácticas son distintos.

Son tres los puntos que merecen ser comentados en la relación entre la reserva de dominio y la venta en garantía. En primer lugar, hay que conocer cuál es el régimen jurídico básico de la venta en garantía, y en particular la viabilidad de la tercería de dominio ejercitada por el acreedor. En segundo lugar, conviene analizar si la reserva de dominio inscrita a favor del financiador puede configurarse como una transmisión de la propiedad en garantía. Y en tercer y último lugar, hay que preguntarse si es posible que el prestamista que concede un préstamo para financiar la adquisición de un bien o un servicio puede garantizar su crédito mediante la venta en garantía.

A. El régimen jurídico de la venta en garantía y viabilidad de la tercería de dominio ejercitada por el acreedor.

En la transmisión de la propiedad en garantía o “venta en garantía”, la garantía del acreedor consiste, como su propio nombre indica, 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. Sobre esta materia ya he tenido oportunidad de detenerme en otros lugares (en CARRASCO PERERA/CORDERO LOBATO/MARÍN LÓPEZ, *Tratado de los derechos de garantía*, Pamplona, Aranzadi, 2002, Capítulo 32, pp. 1057 y ss, y en el “Comentario a la STS de 26 de abril de 2002”, *CCJC*, 2002, núm.

58, § 1568, pp. 147 y ss.). Conviene destacar aquellos aspectos de la institución que ahora nos interesan.

Para averiguar la verdadera naturaleza de la venta en garantía, hay que partir de su consideración como un negocio fiduciario. Más exactamente, es un supuesto de fiducia *cum creditore*. 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 éste de transmitirlo a su anterior propietario cuando la obligación asegurada se haya cumplido. Conforme a la doctrina más autorizada (DE CASTRO, *El negocio jurídico*, Madrid, Civitas, 1991, pp. 423; 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), el acreedor tiene lo que se denomina una “titularidad fiduciaria”. 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.

Conforme a la naturaleza fiduciaria de la operación, debe entenderse que la venta en garantía no implica una auténtica transmisión de la propiedad del deudor al acreedor. Así lo entiende la doctrina (DE CASTRO, *El negocio jurídico, cit.*, pp. 433; DE ANGEL, “Problemas que suscita...”, *cit.*, pp. 59; GARRIDO, *Tratado..., cit.*, pp. 499; ROJO AJURIA, “Las garantías mobiliarias...”, *cit.*, pp. 762) y la mejor jurisprudencia (SSTS de 19 de mayo de 1989, RJ 1989, 3780; 7 de mayo de 1991, RJ 1991, 3583; 12 de noviembre de 1991, RJ 1991, 8109; 14 de febrero de 1996, RJ 1996, 1253; 26 de abril de 2001, RJ 2001, 2037). El acreedor adquiere una mera titularidad formal nunca oponible, como derecho de dominio, al deudor fiduciante. Como no hay compraventa, la propiedad del bien continúa en el deudor-fiduciante.

Entonces, ¿qué tipo de garantía ostenta el acreedor? Es evidente que, ante el incumplimiento del deudor, el acreedor fiduciario no puede hacerse definitivamente con la propiedad del bien, porque así se haya pactado en el contrato, o incluso en ausencia de pacto. La generalidad de la doctrina (GARRIDO, *Tratado..., cit.*, pp. 501; DURÁN RIVACOBIA, *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 AAVV, *Tratado de garantías en la contratación mercantil*, Tomo II, Vol. 1, Madrid, Civitas, pp. 439; FELIÚ REY, *La prohibición del pacto comisorio y la opción en garantía*, Madrid, Civitas, 1995, pp. 138) y la mejor jurisprudencia (SSTS de 22 de diciembre de 1988, RJ 1988, 9748; 22 de febrero de 1995, RJ 1995, 1700; 13 de mayo de 1998, RJ 1998, 3687; 26 de abril de 2001, RJ 2001, 2037; RDGRN 30 de junio de 1987, RJ 1987, 4843) rechazan este proceder, pues supone una violación de la prohibición de pacto comisorio contenida en el artículo 1859 CC. No resulta fácil dar una respuesta a la cuestión planteada. En mi opinión, 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

reconducir 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. Debe tenerse en cuenta que el fenómeno de la “conversión” no constituye una novedad en nuestro derecho, pues ha sido admitido en la cesión de créditos en garantía (PANTALEÓN PRIETO, “Cesión de créditos”, *ADC*, 1998, IV, pp. 1049). Sin embargo, 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, lo que obliga además a hacer distinciones en función del carácter mueble o inmueble del bien y de quién tenga su posesión.

Si la venta en garantía recae sobre un bien mueble, y se ha transmitido la posesión del bien al acreedor, puede admitirse la “conversión” en un derecho de prenda (GARRIDO, *Tratado...*, *cit.*, pp. 500; DE ANGEL, “Problemas que suscita...”, *cit.*, pp. 60; PANTALEÓN PRIETO, “Cesión de créditos”, *cit.*, pp. 1049), siempre que la cosa “vendida” pertenezca al deudor enajenante y éste tenga la libre disposición sobre ese bien (art. 1857 CC). En este caso, no existe inconveniente en considerar al acreedor como un acreedor prendario, pues la constitución de la prenda no requiere de especiales formalidades o de inscripción en Registro alguno (arts. 1857 y 1863).

La situación es diferente en los casos de venta en garantía de un bien mueble en los que el deudor-fiduciante continúa en posesión del bien. Ello se debe a que el ordenamiento jurídico exige una determinada forma y la inscripción en un determinado Registro para la constitución de los derechos reales de garantía sin desplazamiento posesorio (hipoteca mobiliaria, prenda sin desplazamiento y reserva de dominio). Como punto de partida, cabe sostener que si el contrato de compraventa no está inscrito, en ningún caso puede utilizarse el proceso de “conversión”. Por este motivo, no es posible la conversión de la venta en garantía en un derecho real de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento. Y ello porque un contrato de venta en garantía nunca podrá inscribirse en el Registro de Hipoteca Mobiliaria y Prenda sin desplazamiento, pues a este Registro únicamente tienen acceso los derechos de hipoteca mobiliaria o prenda sin desplazamiento, y los hechos que afectan a estos derechos (art. 68 LHMPD).

Por otra parte, tampoco resulta fácil la “conversión” de la venta en garantía en una reserva de dominio a favor del acreedor-fiduciario. Para que la reserva de dominio produzca sus efectos, es preciso que el contrato en el que se inserta como cláusula contractual esté inscrito en el Registro de Venta a Plazos de Bienes Muebles (hoy, Registro de Bienes Muebles). De modo que, si no hay inscripción, no puede haber conversión. La duda se presenta en aquellos casos en los que la venta del bien mueble se inscribe en el citado Registro. ¿Puede considerarse al acreedor-fiduciario como un acreedor garantizado con reserva de dominio? Entiendo que sí, porque de este modo se respeta la real intención de los contratantes, que pretenden constituir una garantía que asegure el cumplimiento de la obligación del deudor y que permita al acreedor cobrar con la preferencia legalmente atribuida a la reserva de dominio. Además, la situación de los terceros está adecuadamente protegida, en la medida en que el Registro publica algo más que un derecho real de garantía, como es la “propiedad” del acreedor-comprador. En consecuencia, los terceros acreedores del fiduciante no verán lesionados sus intereses si aquél que en el Registro aparece como propietario es en realidad un acreedor que goza de la preferencia y prelación establecidos en los artículos 1922.2º y 1926.1º CC (art. 16.5 I LVP). Por otra parte, si el deudor incumple, ¿podrá el acreedor utilizar el

procedimiento del artículo 16.2 LVP, que prevé la venta del bien en pública subasta, para conseguir la satisfacción de su crédito? Creo que no existe inconveniente en admitir que el acreedor pretenda un cumplimiento extrajudicial, realizando su reclamación a través de fedatario público competente; y que, si el deudor no paga el crédito pero le entrega el bien, el acreedor pueda adjudicarse conforme a lo previsto en el artículo 16.2.e) LVP. Lo que no podrá, si el deudor le entrega el bien, es enajenarlo en pública subasta notarial como prevé el artículo 16.2.c) LVP, pues para que así suceda es necesario que en el contrato conste el valor en que las partes tasan el bien para que sirva de tipo a la primera subasta [art. 16.2.c) II LVP]. Y es evidente que en el contrato de venta (en garantía) no existe una mención de este tipo. En este caso, el acreedor tiene vía libre para utilizar el procedimiento previsto en el artículo 120.1.10º LEC, con el fin de obtener una sentencia condenatoria que permita dirigir la ejecución exclusivamente contra el bien vendido. Este mismo mecanismo estará también a su disposición cuando el deudor no atienda a la reclamación extrajudicial, ni pagando su deuda, ni entregando el bien al acreedor.

Cabe ahora plantearse qué sucede en la hipótesis de embargo del bien objeto de venta en garantía por acreedores del deudor-fiduciante, cuando la posesión del bien la tiene este último sujeto (el deudor-fiduciante). En este caso el acreedor-fiduciario no podrá ejercitar una tercería de dominio para levantar el embargo, pues él no es el verdadero propietario del bien. Sí podrá ejercitar, en su caso, una tercería de mejor derecho, de manera que cobrará con la preferencia que le concede su crédito.

B. ¿Cabe considerar la reserva de dominio a favor del financiador como un supuesto de transmisión de la propiedad en garantía?

En mi opinión, la respuesta ha de ser necesariamente negativa. La inclusión en el contrato de financiación a comprador de una cláusula de reserva de dominio a favor del prestamista no permite afirmar que estamos ante un caso de transmisión de la propiedad en garantía. La entidad prestamista ostenta un crédito que está garantizado con una “reserva de dominio”, cuyas consecuencias jurídicas son las previstas por la ley (básicamente por la Ley 28/1998). El establecimiento a su favor de una reserva de dominio no provoca una transmisión fiduciaria de la propiedad. Como con acierto señala el Tribunal Supremo, no se ha celebrado un negocio fiduciario de esa naturaleza; es decir, el prestatario no ha transmitido la titularidad formal del bien al prestamista, asumiendo éste la obligación de retransmitirle la propiedad del bien cuando la obligación garantizada se haya cumplido. La reserva de dominio no provoca *per se* unas consecuencias de ese tipo, sino otras, en concreto las previstas en los arts. 16.3 y 16.5 LVP.

La consideración de la reserva de dominio como una fórmula de transmisión fiduciaria de la propiedad constituye un mecanismo al que han tenido que acudir, casi obligados, los defensores de la teoría dominical de la reserva de dominio. En efecto, conforme a esa concepción, la reserva de dominio es una auténtica reserva de la propiedad, de modo que el vendedor que vende a plazos con reserva de dominio continúa siendo propietario del bien hasta el completo pago del precio por el comprador. Sin embargo, no resulta fácil admitir que el financiador con reserva de dominio es propietario del bien, pues mal puede “reservarse” el dominio aquél que nunca lo ha tenido. La salida a este embrollo la encuentran en la venta en garantía. La reserva de dominio a favor del financiador no es sino una forma de transmisión fiduciaria de la propiedad al financiador. Estas piruetas

en la argumentación jurídica no son necesarias para quienes defienden la concepción garantista de la reserva de dominio, que es, tal y como se ha expuesto, la tesis que implícitamente asume la Ley 28/1998: el vendedor y el financiador no son propietarios del bien, sino simples acreedores garantizados con la reserva de dominio.

Pero es que, aunque pudiera calificarse la reserva de dominio a favor del financiador como una hipótesis de transmisión de la propiedad en garantía, lo que en ningún caso podría hacer el financiador es ejercitar con éxito una tercería de dominio, pues como se ha expuesto, en la venta en garantía la propiedad del bien la sigue conservando el deudor-fiduciante (en nuestro caso, el prestatario), por lo que el acreedor-fiduciario (el prestamista) lo único que podría ejercitar, en su caso, sería una tercería de mejor derecho.

C. Posibilidad del financiador de garantizar su crédito mediante una transmisión fiduciaria de la propiedad.

Lo que acaba de exponerse no impide que el prestamista que concede un préstamo para financiar la adquisición de un bien o un servicio pueda, como cualquier acreedor, garantizar su crédito utilizando el mecanismo de la venta en garantía. Para ello no bastará con que se acuerde una “reserva de dominio”, sino que habrá que transferir formalmente la propiedad del bien. En efecto, es necesario que se transmita formalmente al prestamista la propiedad de un bien del prestatario (el mismo que ha adquirido con la financiación u otro distinto). En definitiva, puede pactarse que el comprador del bien lo vende en garantía al prestamista, pero ello no autoriza a éste, en ningún caso, a ejercitar la tercería de dominio si el bien es embargado por acreedores del vendedor en garantía.